

2020

CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE
ANNOTE
Mis à jour 15 01 2020

Frédéric Allaire

Maitre de conférences
Directeur Master 2 Droit public des Affaires

Titre - Préliminaire	14
PREMIÈRE PARTIE - DÉFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION	16
Livre Ier - CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE	16
Titre I - LES MARCHES PUBLICS	19
Chapitre I - LE MARCHÉ PUBLIC	19
Section 1 - Définition	19
Section 2 - Objet	20
Chapitre II - LE MARCHÉ DE PARTENARIAT	22
Chapitre III - LE MARCHÉ PUBLIC DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ	22
Titre II - LES CONTRATS DE CONCESSION	22
Chapitre I - LE CONTRAT DE CONCESSION	22
Section 1 - Définition	22
Section 2 - Objet du contrat de concession	25
Chapitre II - LE CONTRAT DE CONCESSION DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ	25
Livre II - LES ACTEURS DE LA COMMANDE PUBLIQUE	26
Titre I - LES ACHÉTEURS ET LES AUTORITÉS CONCÉDANTES	26
Chapitre I - LES POUVOIRS ADJUDICATEURS	26
Chapitre II - LES ENTITÉS ADJUDICATRICES	27
Titre II LES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES, LES CANDIDATS ET LES SOUMISSIONNAIRES .	29
Livre III - LES CONTRATS MIXTES	31
Titre I CONTRATS MIXTES PORTANT SUR DES BESOINS RELEVANT DU PRÉSENT CODE ET D'AUTRES BESOINS	31
Chapitre I CONTRATS MIXTES COMPORTANT DES PRESTATIONS DISSOCIABLES	31
Chapitre II CONTRATS MIXTES COMPORTANT DES PRESTATIONS INDISSOCIABLES	31
TITRE II - CONTRATS RÉPONDANT À DES BESOINS D'ACHÉTEURS ET D'AUTORITÉS CONCÉDANTES	34
CHAPITRE Ier - CONTRATS COMPORTANT DES PRESTATIONS DISSOCIABLES	34
Chapitre III - Contrats comportant des prestations relevant des marchés de défense ou de sécurité	34
Titre III : CONTRATS COMPORTANT DES PRESTATIONS RÉPONDANT AUX INTÉRÊTS ESSENTIELS DE SÉCURITÉ	34
Livre IV - DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER	35
Titre Ier - DISPOSITIONS PARTICULIÈRES À LA GUADELOUPE, LA GUYANE, LA MARTINIQUE, LA RÉUNION ET MAYOTTE	35
Titre II - DISPOSITIONS PARTICULIÈRES À SAINT-BARTHÉLEMY	35
Chapitre unique	35

Titre III - DISPOSITIONS PARTICULIÈRES À SAINT-MARTIN	35
Titre IV - DISPOSITIONS PARTICULIÈRES À SAINT-PIERRE-ET-MIQUELON	35
Chapitre unique	35
Titre V - DISPOSITIONS APPLICABLES DANS LES ÎLES WALLIS ET FUTUNA	35
Chapitre unique	35
Titre VI - DISPOSITIONS APPLICABLES EN POLYNÉSIE FRANÇAISE	36
Chapitre unique	36
Titre VII - DISPOSITIONS APPLICABLES EN NOUVELLE-CALÉDONIE	36
Chapitre unique	36
Titre VIII - DISPOSITIONS APPLICABLES DANS LES TERRES AUSTRALES ET ANTARCTIQUES FRANÇAISES	37
Chapitre unique	37

PARTIE II - MARCHES PUBLICS.....	39	Section 2 - Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de la qualité de l'acheteur.....	67
Livre préliminaire MARCHÉS PUBLICS MIXTES	39	Chapitre III - Marchés passés selon une procédure adaptée.....	68
Livre Ier - DISPOSITIONS GÉNÉRALES	40	Section 1 - Conditions de recours à une procédure adaptée.....	68
Titre I - PREPARATION DU MARCHÉ PUBLIC	41	Section 2 - Règles applicables	69
Chapitre I - DEFINITION DU BESOIN.....	41	Section 3 - Règles particulières aux services juridiques.....	69
Section 1 - Formalisation du besoin par des spécifications techniques	42	Chapitre IV - Marchés passés selon une procédure formalisée.....	70
Sous-section 2 - Formulation des spécifications techniques.....	44	Section 1 - Appel d'offres	70
Section 3 - Utilisation de labels	45	Section 2 - Procédure avec négociation.....	71
Section 2 - Schéma de promotion des achats responsables.....	46	Section 3 - Dialogue compétitif	76
Chapitre II - Contenu du marché	46	Chapitre V - Techniques d'achat	77
Section 1 - Règles générales	46	Titre III - ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE DE PASSATION	79
Section 2 - Durée	47	Chapitre Ier - Publicité préalable	79
Section 3 - Prix.....	47	Section 1 - Supports de publication	79
Sous-section 1 - Forme des prix.....	48	Sous-section 1 - Avis de préinformation et avis périodique indicatif manifestant l'intention des acheteurs de passer un marché.....	79
Paragraphe 1 - Prix fermes.....	49	Sous-section 2 - Avis de préinformation et avis périodique indicatif constituant un appel à la concurrence	79
Paragraphe 2 - Prix révisables.....	50	Paragraphe 1 - Dispositions applicables aux marchés autres que ceux relatifs aux services sociaux et autres services spécifiques	79
Paragraphe 3 - Prix affecté par les fluctuations des cours mondiaux.....	50	Paragraphe 2 - Dispositions applicables aux marchés de services sociaux et autres services spécifiques	79
Sous-section 3 - Prix provisoires	50	Paragraphe 3 - Dispositions communes relatives à l'invitation à confirmer l'intérêt.....	80
Section 1 - Mutualisation de l'achat.....	51	Sous-section 3 - Avis de marché	80
Sous-section 1 - Centrales d'achat.....	51	Paragraphe 1 - Avis de marché pour certains marchés passés selon une procédure adaptée	80
Sous-section 2 - Groupement de commandes.....	53	Paragraphe 2 - Modalités de publicité pour les marchés de services sociaux et autres services spécifiques	80
Sous-section 3 - Entités communes transnationales.....	54	Paragraphe 3 - Avis de marché pour les marchés passés selon une procédure formalisée	80
Section 2 - Allotissement	54	Paragraphe 4 - Publicité supplémentaire	81
Section 3 - Réservation	60	Section 2 - Publication.....	81
Sous-section 1 - Réservation de marchés aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés et défavorisés	60	Chapitre II - Communication et échanges d'informations	81
Sous-section 2 - Réservation de marchés aux entreprises de l'économie sociale et solidaire.....	61	Section 1 - Confidentialité	81
Titre II - CHOIX DE LA PROCÉDURE DE PASSATION	62	Sous-section 1 - Mise à disposition des documents de la consultation	81
Chapitre Ier - Calcul de la valeur estimée du besoin	62	Sous-section 2 - Support des communications et échanges d'informations	82
Section 1 - Dispositions générales	62	Section 2 - Dématérialisation des communications et échanges d'informations.....	83
Section 2 - Prise en compte de la nature des prestations.....	62	Titre IV - PHASE DE CANDIDATURE	84
Section 3 - Dispositions propres aux accords-cadres, systèmes d'acquisition dynamique et partenariats d'innovation	63	Chapitre Ier - Motifs d'exclusions de la procédure de passation	84
Chapitre II - Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables	64		
Section 1 - Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leur montant ou de leur objet	64		

Section 1 - Exclusions de plein droit.....	84	Section 1 - Offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées.....	113
Section 2 - Exclusions à l'appréciation de l'acheteur	86	Section 2 - Offres anormalement basses	115
Section 3 - Changement de situation des opérateurs économiques au regard des motifs d'exclusion.....	91	Section 3 - Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.....	116
Section 4 - Groupements d'opérateurs économiques et sous-traitants	91	Sous-section 1 - Choix des critères d'attribution	117
Chapitre II - Conditions de participation.....	91	Sous-section 2 - Utilisation du coût du cycle de vie comme critère d'attribution	126
Section 1 - Dispositions générales.....	96	Sous-section 3 - Publicité des critères et de leurs modalités de mise en œuvre	126
Sous-section 1 - Conditions générales	96	Section 4 - Mise au point du marché.....	130
Sous-section 2 - Conditions relatives à l'aptitude à exercer une activité professionnelle	98	Chapitre III - Offres présentées par des opérateurs économiques ou comportant des produits d'Etats tiers.....	130
Sous-section 3 - Conditions relatives aux capacités économiques et financières	98	Section 1 - Principes généraux	130
Sous-section 4 - Conditions relatives aux capacités techniques et professionnelles	99	Section 2 - Marchés de fournitures des entités adjudicatrices	131
Section 2 - Réduction du nombre de candidats.....	100	Titre VI - RÈGLES APPLICABLES AUX PROCÉDURES DE PASSATION ET AUX TECHNIQUES D'ACHAT	132
Section 3 - Groupements d'opérateurs économiques.....	100	Chapitre Ier - RÈGLES APPLICABLES AUX PROCÉDURES FORMALISÉES.....	132
Chapitre III - Contenu des candidatures	103	Section 1 - Appel d'offres	132
Section 1 - Présentation des candidatures	103	Sous-section 1 - Appel d'offres ouvert.....	132
Sous-section 1 - Délai de réception des candidatures.....	103	Sous-section 2 - Appel d'offres restreint.....	132
Sous-section 2 - Eléments à produire par le candidat.....	104	Section 2 - Procédure avec négociation.....	133
Section 2 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve	105	Sous-section 1 - Règles applicables aux pouvoirs adjudicateurs	133
Sous-section 1 - Dispositions générales.....	105	Sous-section 2 - Règles applicables aux entités adjudicatrices.....	133
Sous-section 2 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve de l'absence de motifs d'exclusion	106	Section 3 - Dialogue compétitif	134
Sous-section 3 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve relatifs aux conditions de participation	107	Chapitre II - RÈGLES APPLICABLES AUX TECHNIQUES D'ACHAT	134
Sous-section 4 - Accès des acheteurs aux documents justificatifs et moyens de preuve	107	Section 1 - Accords-cadres	134
Sous-section 5 - Opérateurs agréés et certifiés	108	Sous-section 1 - Dispositions générales.....	134
Section 3 - Traduction en français.....	108	Sous-section 2 - Dispositions propres aux marchés subséquents	139
Chapitre IV - Examen des candidatures.....	108	Sous-section 3 - Dispositions propres aux bons de commande	140
Section 1 - Modalités de vérification	108	Section 2 - Concours	141
Section 2 - Invitation des candidats sélectionnés	111	Sous-section 1 - Déroulement du concours.....	141
Titre V - Phase d'offre.....	112	Sous-section 2 - Composition du jury	143
Chapitre Ier - Présentation et contenu des offres	112	Section 3 - Système de qualification des entités adjudicatrices.....	144
Section 1 - Présentation des offres	112	Sous-section 1 - Règles de publicité	144
Sous-section 1 - Délais de réception.....	112	Sous-section 2 - Qualification des opérateurs économiques	145
Sous-section 2 - Modalités de remise	112	Sous-section 3 - Règles de passation des marchés conclus sur la base d'un système de qualification.....	145
Sous-section 3 - Variantes	112	Section 4 - Système d'acquisition dynamique	145
Chapitre II - Examen des offres	113	Sous-section 1 - Mise en place du système d'acquisition dynamique	145
		Paragraphe 1 - Formalités de publicité.....	145

Paragraphe 2 - Documents de la consultation.....	145	Chapitre II - Signature et notification du marché.....	161
Sous-section 2 - Sélection des opérateurs économiques participant au système d'acquisition dynamique.....	146	Section 1 - Signature du marché.....	161
Sous-section 3 - Règles de passation des marchés spécifiques conclus sur la base d'un système d'acquisition dynamique.....	146	Section 2 - Notification du marché.....	161
Section 5 - Catalogues électroniques.....	146	Chapitre III - Avis d'attribution.....	161
Section 6 - Enchères électroniques.....	147	Chapitre IV - Conservation des informations	162
Titre VII - RÈGLES APPLICABLES À CERTAINS MARCHÉS.....	149	Section 1 - Rapport de présentation de la procédure menée par les pouvoirs adjudicateurs.....	162
Chapitre Ier - Règles applicables à certains marchés globaux	149	Section 2 - Informations conservées par les entités adjudicatrices	163
Section 1 - Caractéristiques des marchés globaux.....	149	Chapitre V - Abandon de la procédure.....	163
Sous-section 1 - Marché de conception-réalisation	149	Titre IX - EXÉCUTION DU MARCHÉ	165
Sous-section 2 - Marché global de performance	150	Section 1 - Avances	165
Sous-section 3 - Dispositions communes aux marchés globaux comportant des prestations de conception d'un ouvrage de bâtiment.....	150	Sous-section 1 - Dispositions générales.....	165
Section 2 - Procédure de passation des marchés globaux applicable aux acheteurs soumis au livre IV	151	Sous-section 2 - Dispositions particulières	166
Section 3 - Versement d'une prime.....	152	Section 2 - Acomptes.....	166
Section 4 - Marchés globaux sectoriels	152	Section 3 - Régime des paiements.....	167
Section 5 - Identification et mission de la maîtrise d'œuvre dans les marchés globaux	152	Sous-section 1 - Dispositions générales.....	167
Chapitre II - Règles applicables à certains marchés en fonction de leur objet	153	Sous-section 2 - Règlement partiel définitif	167
Section 1 - Marchés de maîtrise d'œuvre.....	153	Sous-section 3 - Mise en œuvre de la clause de variation de prix.....	167
Sous-section 1 - Définition.....	153	Sous-section 4 - Règles applicables en cas de résiliation du marché	167
Sous-section 2 - Procédures applicables.....	153	Section 4 - Garanties	167
Sous-section 3 - Primes	153	Sous-section 1 - Retenue de garantie.....	168
Section 2 - Marchés de décoration des constructions publiques	153	Sous-section 2 - Garantie à première demande et caution personnelle et solidaire	168
Sous-section 1 - Marchés inférieurs aux seuils européens	154	Sous-section 3 - Autres garanties.....	168
Sous-section 2 - Marchés supérieurs aux seuils européens	154	Section 5 - Cession ou nantissement des créances	169
Sous-section 3 - Composition et fonctionnement du comité artistique.....	154	Sous-section 1 - Exemplaire unique et certificat de cessibilité	169
Section 3 - Partenariats d'innovation	155	Sous-section 2 - Notification au comptable assignataire et encaissement de la créance	169
Sous-section 1 - Contenu du partenariat d'innovation.....	156	Sous-section 3 - Information des bénéficiaires.....	170
Sous-section 2 - Passation du partenariat d'innovation	156	Sous-section 4 - Privilège résultant de l'article L. 3253-22 du code du travail.....	170
Sous-section 3 - Déroulement du partenariat d'innovation	157	Chapitre II - Modalités de facturation et de paiement.....	171
Section 4 - Marchés réalisés dans le cadre de programmes expérimentaux.....	157	Section 1 - Facturation électronique.....	171
Titre VIII - ACHÈVEMENT DE LA PROCÉDURE	159	Sous-section 1 - Transmission et réception des factures sous forme électronique	171
Section 1 - Marchés passés selon une procédure adaptée	159	Paragraphe 1- Norme de facturation électronique.....	171
Section 2 - Marchés passés selon une procédure formalisée	160	Paragraphe 2 - Mentions obligatoires des factures sous forme électronique	171
Section 3 - Informations des candidats et soumissionnaires évincés dans le cadre d'un système de qualification passé par une entité adjudicatrice.....	160	Section 2 - Délais de paiement.....	171
		Sous-section 1 - Fixation du délai de paiement	172
		Sous-section 2 - Intérêts moratoires, indemnités forfaitaire et complémentaire pour frais	

de recouvrement.....	172
Paragraphe 1 - Dispositions générales	172
Paragraphe 2 - Dispositions propres à certains marchés.....	173
Paragraphe 3 - Dispositions propres à l'intervention d'un tiers habilité à recevoir les demandes de paiement	173
Paragraphe 4 - Dispositions propres aux sous-traitants bénéficiant du paiement direct.....	173
Paragraphe 5 - Dispositions propres aux avances, aux garanties et aux indemnités de résiliation	174
Sous-section 3 - Interruption du délai de paiement.....	174
Sous-section 4 - Amende administrative en cas de retard de paiement.....	175
Section 3 - Paiement par carte d'achat des marchés des personnes morales de droit public dotées d'un comptable public	175
Chapitre III - Sous-traitance.....	176
Section 1 - Acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.....	176
Sous-section 1 - Modalités d'acceptation et d'agrément	176
Sous-section 2 - Modalités de modification de l'exemplaire unique et du certificat de cessibilité en cas de prestations confiées à un sous-traitant admis au paiement direct	178
Sous-section 3 - Offres anormalement basses des sous-traitants.....	178
Section 2 - Paiement du sous-traitant	179
Sous-section 1 - Paiement direct du sous-traitant	179
Sous-section 2 - Modalités de paiement	181
Section 3 - Régime financier	182
Sous-section 1 - Avances.....	182
Sous-section 2 - Cession ou nantissement de créances	183
Chapitre IV - Modification du marché	185
Sous-section 1 - Clauses contractuelles.....	185
Sous-section 2 - Travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires	185
Sous-section 3 - Circonstances imprévues	186
Sous-section 4 - Substitution d'un nouveau titulaire	187
Sous-section 5 - Modification non substantielle	187
Sous-section 6 - Modification de faible montant	188
Chapitre V - Résiliation du marché	188
Chapitre VI - Informations relatives à l'achat	192
Section 1 - Obligation de conservation des documents	192
Section 2 - Mise à disposition des données essentielles.....	192
Section 3 - Recensement économique.....	193
Sous-section 1 - Observatoire économique de la commande publique.....	193

Sous-section 2 - Modalités du recensement économique.....	193
Section 4 - Contrôle du coût de revient des marchés de l'Etat et de ses établissements publics	193
Chapitre VII - Règlement alternatif des différends	194
Section 1 - Conciliation et médiation	194
Sous-section 1 - Dispositions générales.....	194
Sous-section 2 - Comités consultatifs de règlement amiable des différends.....	194
Paragraphe 1 - Compétences des comités consultatifs de règlement amiable des différends	194
Paragraphe 2 - Composition des comités consultatifs de règlement amiable des différends	195
Paragraphe 3 - Nomination des membres des comités consultatifs de règlement amiable des différends	195
Paragraphe 4 - Animation, coordination et secrétariat des comités consultatifs de règlement amiable des différends.....	195
Paragraphe 5 - Dispositions financières relatives aux comités consultatifs de règlement amiable des différends	195
Paragraphe 6 - Saisine des comités consultatifs de règlement amiable des différends	196
Paragraphe 7 - Modalités de fonctionnement des comités consultatifs de règlement amiable des différends	196
Paragraphe 8 - Notification des avis des comités consultatifs de règlement amiable des différends	196
Sous-section 3 - Le médiateur des entreprises.....	196
Section 2 - Transaction.....	196
Section 3 - Arbitrage	196
Sous-section 1 - Recours à l'arbitrage par les acheteurs de droit public	196
Sous-section 2 - Recours à l'arbitrage par les acheteurs de droit privé	197

Livre II - DISPOSITIONS PROPRES AUX MARCHÉS DE PARTENARIAT	198
Titre Ier - PRÉPARATION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT	198
Chapitre Ier - Conditions de recours au marché de partenariat.....	198
Section 1 - Acheteurs autorisés.....	198
Section 2 - Seuils.....	198
Section 3 - Bilan plus favorable.....	198
Chapitre II - Instruction du projet	199
Section 1 - Evaluation du mode de réalisation du projet	199
Section 2 - Etude de soutenabilité budgétaire.....	199
Section 3 - Etude de soutenabilité budgétaire.....	200
Section 4 - Instruction des projets pour le compte des acheteurs non autorisés.....	200
Chapitre III - Contenu du marché de partenariat.....	200
Section 1 - Durée du marché de partenariat	200
Section 2 - Conditions d'exécution du marché de partenariat.....	200
Section 3 - Financement du projet et rémunération du titulaire	201
Sous-section 1 - Financement des investissements	201
Paragraphe 2 - Dispositions applicables à la constitution d'une société dédiée à la réalisation du projet.....	201
Sous-section 2 - Rémunération du titulaire	201
Section 4 - Dispositions relatives à l'occupation domaniale par le titulaire du marché de partenariat.....	201
Sous-section 1 - Autorisation d'occupation du domaine public.....	201
Sous-section 2 - Mise à disposition de l'acheteur des ouvrages, équipements ou biens immatériels.....	201
Sous-section 3 - Acquisition des installations édifiées dans le cadre du contrat.....	201
Sous-section 4 - Propriété des ouvrages, équipements ou biens immatériels en fin de contrat	201
Section 5 - Part d'exécution du contrat réservée aux PME.....	201
Titre II - PASSATION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT	203
Chapitre Ier - Autorisations préalables à l'engagement de la procédure.....	203
Section 1 - Dispositions applicables à l'Etat, ses établissements publics et aux acheteurs non autorisés	203
Section 2 - Dispositions applicables aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux.....	203
Section 3 - Dispositions applicables aux autres acheteurs	203
Chapitre II - Présentation des documents de la consultation, des offres et critères d'attribution.....	203
Section 1 - Caractère ajustable des modalités de financement.....	203

Section 2 - Contenu de l'offre du soumissionnaire en cas de conception d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels.....	203
Section 3 - Critères d'attribution.....	203
Chapitre III - Achèvement de la procédure	203
Section 1 - Accord préalable à la signature.....	203
Sous-section 1 - Dispositions applicables à l'Etat, ses établissements publics et aux acheteurs non autorisés.....	203
Sous-section 2 - Dispositions applicables aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux.....	204
Sous-section 3 - Dispositions applicables aux autres acheteurs	204
Section 2 - Transmission à l'organisme expert.....	204
Titre III - EXECUTION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT	204
Chapitre Ier - Acquisition des biens et cession de contrats.....	204
Chapitre II - Exécution financière	204
Section 1 - Règles applicables au titulaire du marché de partenariat	204
Sous-section 1 - Avances et acomptes	204
Sous-section 2 - Cessions de créance, crédits-bails et hypothèques.....	204
Sous-section 3 - Encaissement des paiements des usagers.....	205
Section 2 - Règles applicables aux relations entre le titulaire et ses fournisseurs	205
Chapitre III - Valorisation domaniale par le titulaire du marché de partenariat.....	205
Chapitre IV - Suivi et contrôle de l'exécution du marché de partenariat.....	205
Section 1 - Rapport annuel du titulaire	205
Section 2 - Contrôle de l'exécution du marché de partenariat par l'acheteur.....	205
Chapitre V - Indemnisation en cas d'annulation ou de résiliation du marché de partenariat	206
Chapitre VI - Recours à l'arbitrage	206

Livre III - DISPOSITIONS APPLICABLES AUX MARCHÉS DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ ...	207
Titre Ier - PRÉPARATION DU MARCHÉ	207
Chapitre Ier - Définition du besoin	207
Section 1 - Aide à la définition du besoin.....	207
Section 2 - Formalisation du besoin par des spécifications techniques	207
Sous-section 1 - Contenu des spécifications techniques.....	207
Sous-section 2 - Formulation des spécifications techniques.....	207
Section 3 - Utilisation d'écolabels	207
Chapitre II - Contenu du marché	207
Section 1 - Règles générales	207
Section 2 - Durée	208
Section 3 - Prix.....	208
Sous-section 1 - Forme des prix.....	208
Sous-section 2 - Prix définitifs.....	208
Sous-section 3 - Prix provisoires	208
Chapitre III - Organisation de l'achat	208
Section 1 - Mutualisation de l'achat.....	209
Section 2 - Allotissement	209
Section 3 - Marchés à tranches.....	209
Section 4 - Réservation	209
Titre II - CHOIX DE LA PROCÉDURE DE PASSATION	209
Chapitre Ier - Calcul de la valeur estimée du besoin	209
Section 1 - Dispositions générales	209
Section 2 - Prise en compte de la nature des prestations.....	209
Section 3 - Dispositions propres aux accords-cadres et aux partenariats d'innovation	209
Chapitre III - Marchés passés selon une procédure adaptée	211
Section 1 - Conditions de recours à une procédure adaptée.....	211
Chapitre IV - Marchés passés selon une procédure formalisée.....	211
Section 1 - Appel d'offres restreint.....	212
Section 2 - Procédure avec négociation.....	212
Section 3 - Dialogue compétitif	212
Chapitre V - Techniques d'achat	212
Titre III - ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE DE PASSATION	212
Chapitre Ier - Publicité préalable	212
Section 1 - Support de publicité	212
Sous-section 1 - Avis de préinformation.....	212

Sous-section 2 - Avis de marché	212
Paragraphe 1 - Avis de marché pour les marchés passés selon une procédure adaptée en raison de leur montant.....	212
Paragraphe 2 - Avis de marché pour les marchés passés selon une procédure adaptée en raison de leur objet.....	213
Paragraphe 3 - Avis de marché pour les marchés passés selon une procédure formalisée	213
Paragraphe 4 - Publicité supplémentaire de l'avis de marché	213
Section 2 - Publication.....	213
Chapitre II - Communication et échanges d'informations	213
Section 1 - Confidentialité	213
Section 2 - Dématérialisation des communications et échanges d'informations.....	213
Sous-section 1 - Mise à disposition des documents de la consultation	213
Sous-section 2 - Support des communications et échanges d'informations	213
Titre IV - PHASE DE CANDIDATURE	214
Chapitre Ier - Motifs d'exclusions de la procédure de passation	214
Section 1 - Exclusions de plein droit	214
Section 2 - Exclusions à l'appréciation de l'acheteur.....	215
Section 3 - Changement de situation des opérateurs économiques au regard des motifs d'exclusion	215
Section 4 - Groupements d'opérateurs économiques et sous-traitants.....	215
Chapitre II - Conditions de participation	215
Sous-section 2 - Conditions relatives à l'aptitude à exercer une activité professionnelle	215
Sous-section 3 - Conditions relatives aux capacités économiques et financières.....	215
Sous-section 4 - Conditions relatives aux capacités techniques et professionnelles	215
Sous-section 5 - Conditions de participation des opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen.....	215
Section 2 - Réduction du nombre de candidats.....	216
Section 3 - Groupements d'opérateurs économiques	216
Chapitre III - Contenu des candidatures	216
Section 1 - Présentation des candidatures.....	216
Sous-section 1 - Délai de réception des candidatures	216
Sous-section 2 - Eléments à produire par le candidat.....	216
Section 2 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve.....	217
Sous-section 1 - Dispositions générales.....	217
Sous-section 2 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve de l'absence de motifs d'exclusion.....	217

Sous-section 3 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve relatifs aux conditions de participation	217	Sous-section 3 - Dispositions propres aux bons de commande	222
Sous-section 4 - Accès des acheteurs aux documents justificatifs et moyens de preuve	217	Section 2 - Catalogues électroniques	223
Sous-section 5 - Opérateurs agréés et certifiés	217	Section 3 - Enchères électroniques	223
Section 3 - Traduction en français	218	Titre VII - RÈGLES APPLICABLES À CERTAINS MARCHÉS DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ	224
Chapitre IV - Examen des candidatures	218	Chapitre Ier - Règles applicables à certains marchés globaux	224
Section 1 - Modalités de vérification	218	Section 1 - Caractéristiques des marchés globaux	224
Sous-section 1 - Dispositions générales	218	Sous-section 1 - Marchés de conception-réalisation	224
Sous-section 2 - Dispositions particulières aux opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen	218	Sous-section 2 - Marchés globaux de performance	224
Section 2 - Invitation des candidats sélectionnés	218	Sous-section 3 - Dispositions communes aux marchés globaux comportant des prestations de conception d'un ouvrage de bâtiment	224
Titre V - PHASE D'OFFRE	218	Section 2 - Procédure de passation des marchés globaux	224
Chapitre Ier - Présentation et contenu des offres	219	Section 3 - Versement d'une prime	224
Section 1 - Présentation des offres	219	Chapitre II - Règles applicables à certains marchés de défense ou de sécurité en fonction de leur objet	224
Sous-section 1 - Délais de réception	219	Section 1 - Marchés de maîtrise d'œuvre	224
Sous-section 2 - Modalités de remise	219	Sous-section 1 - Définition	224
Sous-section 3 - Variantes	219	Sous-section 2 - Procédures applicables	224
Section 2 - Informations et documents à produire dans l'offre	219	Sous-section 3 - Primes	225
Chapitre II - Examen des offres	220	Section 2 - Marchés de décoration des constructions publiques	225
Section 1 - Offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées	220	Sous-section 1 - Marchés inférieurs aux seuils européens	225
Section 2 - Offres anormalement basses	220	Paragraphe 1 - Marchés portant sur la commande d'une ou plusieurs réalisations artistiques à créer	225
Section 3 - Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse	220	Paragraphe 2 - Marchés portant sur l'achat d'une ou plusieurs réalisations artistiques existantes	225
Sous-section 1 - Choix des critères d'attribution	220	Sous-section 2 - Marchés de décoration des constructions publiques supérieurs aux seuils européens	225
Sous-section 2 - Publicité des critères et de leurs modalités de mise en œuvre	221	Sous-section 3 - Composition et fonctionnement du comité artistique	225
Section 4 - Mise au point du marché	221	Section 3 - Partenariats d'innovation	225
Chapitre III - Offres présentées par des opérateurs économiques ou comportant des produits d'Etats tiers	221	Section 4 - Marchés présentant des aléas techniques importants	226
Titre VI - RÈGLES APPLICABLES AUX PROCÉDURES DE PASSATION ET AUX TECHNIQUES D'ACHAT	221	Section 5 - Marchés relatifs à l'achat de véhicules à moteur	226
Chapitre Ier - RÈGLES APPLICABLES AUX PROCÉDURES FORMALISÉES	221	Chapitre III - Marchés de partenariat de défense ou de sécurité	226
Section 1 - Appel d'offres restreint	221	Titre VIII - ACHÈVEMENT DE LA PROCÉDURE	227
Section 2 - Procédure avec négociation	221	Chapitre Ier - Information des candidats et des soumissionnaires évincés	227
Section 3 - Dialogue compétitif	222	Chapitre II - Signature et notification du marché	227
Chapitre II - RÈGLES APPLICABLES AUX TECHNIQUES D'ACHAT	222	Section 1 - Signature du marché	227
Section 1 - Accords-cadres	222	Section 2 - Notification du marché	227
Sous-section 1 - Dispositions générales	222	Section 1 - Modalités de publication	227
Sous-section 2 - Dispositions propres aux marchés subséquents	222	Section 2 - Dispositions particulières relatives au contenu des avis d'attribution	227

Chapitre IV - Conservation des informations	227	Paragraphe 1 - Règles de passation communes aux sous-contrats	233
Section 1 - Rapport de présentation de la procédure menée par les acheteurs.....	227	Paragraphe 2 - Passation des sous-contrats dont la valeur estimée du besoin est inférieure aux seuils de procédure formalisée.....	233
Section 2 - Durée de conservation.....	227	Paragraphe 3 - Passation des sous-contrats dont la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée	233
Chapitre V - Abandon de la procédure	228	Sous-section 4 - Conditions de rejet par l'acheteur du sous-contractant proposé par le titulaire.....	234
Titre IX - EXÉCUTION DU MARCHÉ	229	Sous-section 5 - Communication des sous-contrats à l'acheteur	234
Section 1 - Avances	229	Section 2 - Dispositions applicables aux sous-contrats qui présentent le caractère de sous-traité	234
Sous-section 1 - Dispositions générales.....	229	Sous-section 1 - Modalités d'acceptation.....	234
Paragraphe 1 - Principe de versement d'une avance	229	Paragraphe 1 - Déclaration de sous-traitance au moment de l'offre	234
Paragraphe 2 - Modalités de calcul du montant de l'avance.....	229	Paragraphe 2 - Déclaration de sous-traitance après la notification du marché.....	234
Paragraphe 3 - Modalités de remboursement de l'avance	229	Sous-section 2 - Modalités de modification de l'exemplaire unique et du certificat de cessibilité en cas de prestations confiées à un sous-traitant admis au paiement direct	235
Sous-section 2 - Dispositions particulières	229	Sous-section 3 - Paiement du sous-traitant	235
Paragraphe 1 - Marchés à tranches.....	229	Sous-section 4 - Régime financier	235
Paragraphe 2 - Marchés reconductibles.....	229	Paragraphe 1 - Avances.....	235
Paragraphe 3 - Accords-cadres à bons de commande	229	Paragraphe 2 - Cession ou nantissement de créances	235
Section 2 - Acomptes	230	Section 3 - Dispositions applicables aux sous-contrats qui ne présentent pas le caractère de sous-traités	235
Section 3 - Régime des paiements	230	Chapitre IV - Modification du marché.....	236
Sous-section 1 - Dispositions générales.....	230	Chapitre V - Résiliation du marché.....	236
Sous-section 2 - Règlement partiel définitif.....	230	Chapitre VI - Informations relatives à l'achat.....	236
Section 4 - Garanties	230	Section 1 - Obligation de conservation des documents.....	236
Sous-section 1 - Retenue de garantie	230	Section 2 - Recensement économique.....	236
Sous-section 2 - Garantie à première demande et caution personnelle et solidaire.....	230	Section 3 - Contrôle du coût de revient des marchés de l'Etat et de ses établissements publics	236
Sous-section 3 - Autres garanties	230	Section 4 - Eléments de sécurité pouvant être demandés par l'acheteur	237
Chapitre II - Modalités de facturation et de paiement	230	Chapitre VII - Règlement alternatif des différends	237
Section 1 - Facturation électronique	230	Section 1 - Conciliation et médiation	237
Sous-section 1 - Transmission et réception des factures sous forme électronique.....	231	Sous-section 1 - Comités consultatifs de règlement amiable des différends	237
Paragraphe 1- Norme de facturation électronique.....	231	Sous-section 2 - Le médiateur des entreprises.....	237
Paragraphe 2 - Mentions obligatoires des factures sous forme électronique	231	Section 2 - Transaction.....	237
Sous-section 2- Portail public de facturation.....	231	Section 3 - Arbitrage	237
Section 2 - Délais de paiement.....	231		
Section 3 - Paiement par carte d'achat des marchés des personnes morales de droit public dotées d'un comptable public	231		
Chapitre III - Dispositions relatives aux sous-contrats.....	231		
Section 1 - Dispositions communes aux sous-contrats.....	232		
Sous-section 1 - Obligation du titulaire de mettre en concurrence les sous-contractants	232		
Sous-section 2 - Obligation du titulaire de sous-contracter	233		
Sous-section 3 - Procédure de mise en concurrence des sous-contractants	233		

Livre IV - DISPOSITIONS PROPRES AUX MARCHÉS PUBLICS LIÉS À LA MAÎTRISE D'OUVRAGE PUBLIQUE ET À LA MAÎTRISE D'ŒUVRE PRIVÉE.....	238
Titre Ier - CHAMP D'APPLICATION.....	238
Chapitre Ier - Maîtres d'ouvrage.....	238
Chapitre II - Ouvrages.....	238
Titre II - MAÎTRISE D'OUVRAGE.....	238
Chapitre Ier - Attributions du maître d'ouvrage.....	238
Section 1 - Dispositions générales.....	238
Section 2 - Programme et enveloppe financière prévisionnelle de l'opération.....	239
Chapitre II - Organisation de la maîtrise d'ouvrage.....	240
Section 1 - Assistance à maîtrise d'ouvrage.....	240
Section 2 - Conduite d'opération.....	241
Section 3 - Mandat de maîtrise d'ouvrage.....	241
Sous-section 1 - Attributions du mandataire.....	241
Sous-section 2 - Contenu du contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage.....	242
Sous-section 3 - Obligations et responsabilités du mandataire.....	242
Sous-section 4 - Incompatibilités.....	243
Section 4 - Transfert de maîtrise d'ouvrage.....	244
Titre III - MAÎTRISE D'ŒUVRE PRIVÉE.....	244
Chapitre Ier - Mission de maîtrise d'œuvre privée.....	244
Section 1 - Dispositions générales.....	245
Section 2 - Éléments de mission de maîtrise d'œuvre privée portant sur les ouvrages de bâtiment.....	245
Sous-section 1 - Mission de base.....	245
Sous-section 2 - Dispositions propres aux opérations de construction neuve de bâtiment.....	246
Sous-section 3 - Dispositions propres aux opérations de réhabilitation de bâtiment....	247
Section 3 - Éléments de mission de maîtrise d'œuvre privée portant sur les ouvrages d'infrastructure.....	247
Section 4 - Éléments de mission de maîtrise d'œuvre privée spécifiques.....	248
Section 5 - Éléments de mission de maîtrise d'œuvre privée portant sur des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essais ou d'expérimentation.....	249
Section 6 - Dispositions diverses.....	249
Chapitre II - Marché public de maîtrise d'œuvre privée.....	249
Section 1 - Dispositions générales.....	249
Section 2 - Engagements du maître d'œuvre privé.....	249
Section 3 - Rémunération du maître d'œuvre privé.....	249
Livre V - AUTRES MARCHÉS PUBLICS.....	251

Titre Ier - CHAMP D'APPLICATION.....	251
Chapitre Ier - Relations internes au secteur public.....	251
Section 1 - Quasi-régie.....	251
Section 2 - Coopération entre pouvoirs adjudicateurs.....	253
Section 3 - Marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée.....	254
Section 4 - Marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise..	254
Chapitre II - Marchés publics conclus par un acheteur.....	254
Section 1 - Marchés publics conclus en application de règles internationales.....	254
Section 2 - Marchés publics liés à la sécurité ou à la protection d'intérêts essentiels de l'Etat.....	254
Section 3 - Autres marchés.....	255
Chapitre III - Marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur.....	255
Chapitre IV - Marchés publics conclus par une entité adjudicatrice.....	256
Titre II - RÈGLES APPLICABLES.....	256
Chapitre unique.....	256
Livre VI - DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER.....	258

TROISIÈME PARTIE - CONCESSIONS.....	259	Sous-section 5 - Groupements d'opérateurs économiques et travaux ou services confiés à des tiers.....	266
Livre préliminaire CONTRATS DE CONCESSION MIXTES.....	259	Sous-section 6 - Réduction du nombre de candidats.....	267
Livre Ier - DISPOSITIONS GÉNÉRALES	259	Section 2 - Conditions de participation	267
Titre Ier - PRÉPARATION DU CONTRAT DE CONCESSION.....	259	Sous-section 1 - Délai de réception des candidatures	267
Chapitre Ier - Définition du besoin	259	Sous-section 2 - Eléments à produire par le candidat.....	267
Chapitre II - Mutualisation.....	260	Sous-section 3 - Examen des candidatures	268
Chapitre III - Réservation	260	Chapitre IV - Phase d'offre	268
Chapitre IV - Contenu du contrat de concession	260	Section 1 - Organisation de la négociation des offres.....	268
Section 1 - Règles générales relatives aux conditions d'exécution	260	Section 3 - Délais de remise des offres	268
Section 2 - Droits d'entrée, redevances et tarifs.....	260	Section 3 - Choix de l'offre	268
Section 4 - Part du contrat exécutée par des tiers.....	261	Sous-section 1 - Offres irrégulières ou inappropriées	268
Titre II - PROCÉDURE DE PASSATION	261	Sous-section 2 - Choix de l'offre présentant le meilleur avantage économique global ..	269
Chapitre Ier - Détermination des règles procédurales applicables.....	261	Section 4 - Accès aux contrats de concession de défense ou de sécurité d'opérateurs économiques ou de produits d'Etats tiers	269
Section 1 - Calcul de la valeur estimée du contrat de concession	262	Chapitre V - Achèvement de la procédure	269
Section 2 - Passation des contrats de concessions.....	262	Section 1 - Information des candidats et des soumissionnaires évincés	269
Sous-section 1 - Contrats de concession passés avec publicité et mise en concurrence préalables.....	262	Section 2 - Signature du contrat de concession	270
Sous-section 2 - Contrats de concession passés sans publicité ni mise en concurrence préalables.....	262	Chapitre VI - Règles particulières à la passation de certains contrats de concession	270
Chapitre II - Engagement de la procédure de passation.....	262	Section 1 - Publicité préalable.....	270
Section 1 - Publicité préalable	262	Section 2 - Communications et échanges d'information.....	271
Sous-section 1 - Avis de concession	262	Section 3 - Candidatures	271
Sous-section 2 - Supports de publication	263	Section 4 - Offres	271
Sous-section 3 - Modalités de publication des avis de concession.....	263	Section 5 - Achèvement de la procédure.....	271
Section 2 - Communications et échanges d'informations	263	Section 6 - Dispositions particulières aux contrats de concession de services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route.....	271
Sous-section 1 - Consignation des étapes de la procédure	263	Titre III - EXÉCUTION DU CONTRAT DE CONCESSION	272
Sous-section 2 - Confidentialité.....	263	Chapitre Ier - Transparence et rapport d'information de l'autorité concédante	272
Sous-section 3 - Mise à disposition des documents de la consultation	264	Section 1 - Mise à disposition des données essentielles.....	272
Sous-section 4 - Moyens de communication et échanges d'informations	264	Sous-section 1 - Mise à disposition des données essentielles par l'autorité concédante	272
Chapitre III - Phase de candidature.....	264	Sous-section 2 - Mise à disposition de données par le concessionnaire en cas de gestion concédée d'un service public	272
Section 1 - Motifs d'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession	264	Section 2 - Rapport d'information à l'autorité concédante.....	272
Sous-section 1 - Exclusions de plein droit	264	Section 3 - Observatoire économique de la commande publique	273
Sous-section 2 - Exclusions à l'appréciation de l'autorité concédante	265	Chapitre II - Occupation domaniale et biens de la concession	273
Sous-section 3 - Exclusions de plein droit propres aux contrats de concession de défense ou de sécurité	266	Chapitre III - Exécution financière	273
Sous-section 4 - Changement de situation des opérateurs économiques au regard des motifs d'exclusion	266	Section 1 - Facturation électronique.....	273

Paragraphe 1 - Norme de facturation électronique.....	274
Paragraphe 2 - Mentions obligatoires des factures sous forme électronique	274
Sous-section 2 : Portail public de facturation.....	274
Section 2 - Délais de paiement.....	274
Sous-section 1 - Fixation du délai de paiement.....	274
Sous-section 2 - Intérêts moratoires, indemnités forfaitaire et complémentaire pour frais de recouvrement.....	274
Paragraphe 1 - Dispositions générales	275
Paragraphe 2 - Dispositions propres à certains contrats de concession	275
Paragraphe 3 - Disposition propre à l'intervention d'un tiers habilité à recevoir les demandes de paiement	275
Paragraphe 4 - Disposition propre aux indemnités de résiliation	275
Sous-section 3 - Interruption du délai de paiement.....	275
Sous-section 4 - Intérêts moratoires, indemnités forfaitaire et complémentaire pour frais de recouvrement.....	276
Chapitre IV - Exécution du contrat de concession par des tiers.....	276
Chapitre V - Modification du contrat de concession.....	276
Section 1 - Modifications autorisées	277
Sous-section 1 - Clauses contractuelles.....	277
Sous-section 2 - Travaux ou services supplémentaires devenus nécessaires	277
Sous-section 3 - Circonstances imprévues	278
Sous-section 4 - Substitution d'un nouveau concessionnaire	278
Sous-section 5 - Modification non substantielle	279
Sous-section 6 - Modification de faible montant	280
Section 2 - Avis de modification	280
Chapitre VI - Fin des relations contractuelles	280
Section 1 - Résiliation des contrats de concession	280
Section 2 - Modalités particulières d'indemnisation du concessionnaire	284
Chapitre VII - Règlement alternatif des différends	286
Section 1 - Conciliation et médiation.....	286
Section 2 - Transaction	286
Section 3 - Arbitrage.....	286
Livre II - AUTRES CONTRATS DE CONCESSION	286
Titre Ier - CHAMP D'APPLICATION.....	286
Chapitre Ier - Relations internes au secteur public.....	286
Section 1 - Quasi-régie	286
Section 2 - Coopération entre pouvoirs adjudicateurs.....	288

Section 3 - Contrats de concession attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée.....	288
Section 4 - Contrats de concession attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise	289
Chapitre II - Contrats de concession conclus par une autorité concédante.....	289
Section 1 - Contrats de concession conclus en application de règles internationales... ..	289
Section 2 - Contrats de concession liés à la sécurité ou à la protection d'intérêts essentiels de l'Etat.....	289
Section 3 - Autres contrats de concession	289
Chapitre III - Contrats de concession conclus par un pouvoir adjudicateur	290
Chapitre IV - Contrats de concession conclus par une entité adjudicatrice.....	290
Chapitre V - Contrats de concession de défense ou de sécurité	290
Titre II - RÈGLES APPLICABLES	291
Chapitre unique.	291
Livre III - DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER	291
ANNEXE.....	291

CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Titre - Préliminaire

Article L1

Les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique.

Article L2

Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

Les contrats de la commande publique sont les marchés publics et les concessions définis au livre Ier de la première partie, quelle que soit leur dénomination. Ils sont régis par le présent code et, le cas échéant, par des dispositions particulières.

Contrat

CJUE 21 déc. 2016, aff. C-51/15, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord, concl. av. gén. P. Mengozzi, pt 43 :

« Le caractère synallagmatique du contrat est ainsi une caractéristique essentielle d'un marché public »

Article L3

Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

CJCE 14 juin 2007, C-6/05, Medipac-Kazantzidis

« Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence s'opposent à ce qu'un pouvoir adjudicateur, ayant lancé une procédure d'appel d'offres pour la fourniture de dispositifs médicaux et précisé que ces derniers doivent être conformes à la pharmacopée européenne et munis du marquage CE rejette, directement et en dehors du cadre de la procédure de sauvegarde prévue aux articles 8 et 18 de la directive 93/42/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, relative aux dispositifs médicaux, telle que modifiée par le règlement (CE) n° 1882/2003 du Parlement européen et du Conseil, du 29 septembre 2003, pour des raisons relatives à la protection de la santé publique, les matériels proposés dès lors qu'ils respectent cette condition technique exigée. Si le pouvoir adjudicateur considère que ceux-ci sont susceptibles de compromettre la santé publique, il est tenu d'en informer l'organisme national compétent en vue de la mise en œuvre de ladite procédure de sauvegarde ».

Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit

« Considérant, en troisième lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables ; qu'en particulier, les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel : "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" ;

Aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global ; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé ;

CJCE, 7 déc. 2000, C-324/98, Telaustria

« Nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté. Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ».

Article L4

Les contrats de la commande publique ne peuvent être attribués à des opérateurs économiques ayant fait l'objet des mesures d'exclusion définies par le présent code.

Article L5

Ces contrats sont conclus pour une durée limitée.

Article L6

S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs, sous réserve de ceux mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie. Les contrats mentionnés dans ces livres, conclus par des personnes morales de droit public, peuvent être des contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses.

A ce titre :

- 1° L'autorité contractante exerce un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat, selon les modalités fixées par le présent code, des dispositions particulières ou le contrat ;
- 2° Les contrats qui ont pour objet l'exécution d'un service public respectent le principe de continuité du service public ;
- 3° Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ;
- 4° L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat ;
- 5° L'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code. Lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général, le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat.

CE, 5 février 2018, N° 414846, Centre national d'études spatiales

« Les marchés passés par le Centre national d'études spatiales (CNES), établissement public national scientifique et technique, à caractère industriel et commercial, portant sur la maintenance des installations et les moyens de fonctionnement du Centre spatial guyanais, passés selon une procédure convenue entre le CNES et l'Agence spatiale européenne et financés majoritairement par celle-ci, relèvent du b) du 13° de l'article 14 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et ne sont, comme tels, pas soumis à ladite ordonnance. Si par suite, ces contrats n'ont pas le caractère de contrats administratifs par détermination de la loi, toutefois ces marchés sont d'une part, soumis à un cahier des clauses administratives particulières élaboré par le CNES, qui renvoie aux différents cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés publics. Pour les marchés en cause, est ainsi rendu applicable le cahier des clauses administratives générales des marchés de fournitures courantes et de services. D'autre part, leur exécution est également régie par le cahier des clauses administratives particulières du CNES, lequel confère à l'établissement public des prérogatives particulières à l'égard de ses cocontractants pour assurer, pour le compte de l'Etat, sa mission régaliennne tendant à l'exécution des engagements internationaux liant la France à l'Agence spatiale européenne. Ce renvoi au cahier des clauses administratives générales des marchés de fournitures courantes et de services et l'application du cahier des clauses administratives particulières du CNES doivent être regardés comme introduisant dans ces contrats des clauses impliquant dans l'intérêt général qu'ils relèvent d'un régime exorbitant de droit public. L'existence de ces clauses confère par suite à ces contrats un caractère administratif ».

PREMIÈRE PARTIE - DÉFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION

Livre Ier - CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Article L1100-1

Ne sont pas soumis au présent code, outre les **contrats de travail**, les contrats ou conventions ayant pour objet :

1° Des **transferts de compétences ou de responsabilités** entre acheteurs ou entre autorités concédantes en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles ;

2° Les **subventions** définies à l'article 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ;

3° L'**occupation domaniale**.

Les contrats de travail

CJUE, 25 oct. 2018, aff. C-260/17, Anodiki Services EPE c/ GNA O Evangelismos – Ophthalmiatreio Athinon – Polykliniki e.a.

« L'article 10, sous g), de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2015/2170 de la Commission, du 24 novembre 2015, doit être interprété en ce sens que relèvent de la notion de « contrats d'emploi », visée à cette disposition, des contrats de travail, tels que ceux en cause au principal, à savoir des contrats de travail à durée déterminée individuels qui sont conclus avec des personnes sélectionnées sur le fondement de critères objectifs tels que la durée du chômage, l'expérience antérieure et le nombre d'enfants mineurs à la charge de celles-ci ».

Les transferts de compétences ou de responsabilités

CJUE, 21 déc. 2016, aff. C-51/15, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord, concl. av. gén. P. Mengozzi :

« L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens que ne constitue pas un marché public un accord passé entre deux collectivités territoriales, tel celui en cause au principal, sur la base duquel celles-ci adoptent un règlement statutaire portant création d'un syndicat de collectivités, personne morale de droit public, et transférant à cette nouvelle entité publique certaines compétences dont ces collectivités étaient investies jusqu'alors et qui sont désormais propres à ce syndicat de collectivités.

Toutefois, un tel transfert de compétences concernant l'accomplissement de missions publiques n'existe que s'il porte, à la fois, sur les responsabilités liées à la compétence transférée et sur les pouvoirs qui sont le corollaire de celle-ci, de sorte que l'autorité publique nouvellement compétente dispose d'une autonomie décisionnelle et financière ».

CJUE 13 juin 2013, aff. C-386/11, Piepenbrock

« Un contrat tel que celui en cause au principal, par lequel, sans instaurer une coopération entre les entités publiques contractantes en vue de la mise en œuvre d'une mission de service public commune, une entité publique confie à une autre entité publique la mission de nettoyer certains bâtiments à usage de bureaux, de locaux administratifs et d'établissements scolaires, tout en se réservant le pouvoir de contrôler la bonne exécution de cette mission, moyennant une compensation financière censée correspondre aux coûts engendrés par la réalisation de ladite mission, la seconde entité étant en outre autorisée à recourir à des tiers ayant éventuellement la capacité d'agir sur le marché pour l'accomplissement de cette mission, constitue un marché public de services au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous d), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil,

du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ».

CJUE, 19 décembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., C-159/11

« Tel qu'il ressort du sens normal et habituel des termes « à titre onéreux », un contrat ne saurait échapper à la notion de marché public du seul fait que sa rémunération reste limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu ».

CE, 10 novembre 2010, n° 319109, Société Carso-Laboratoire Santé Hygiène Environnement

La convention constitutive d'un groupement d'intérêt public (GIP) créé conjointement par un département et une société privée, ayant pour objet, non de répondre aux besoins du département en matière de prestations d'analyses dans les domaines de la santé publique vétérinaire et de l'hydrologie mais d'effectuer ces prestations, ainsi que des prestations complémentaires d'audit, de conseil, de recherche et de formation, au bénéfice de tiers sur l'ensemble du territoire national et l'arrêté interministériel l'ayant approuvée n'ont pas pour effet de permettre à ce groupement d'être attributaire d'un marché avec le département.

En créant avec une société un groupement d'intérêt public (GIP) destiné à reprendre les activités auparavant exercées par son laboratoire départemental d'analyses, un département doit être regardé comme ayant renoncé à mettre en œuvre de telles activités dans le cadre de ses missions de service public exercées à titre facultatif, et ne peut être regardé par suite comme ayant confié la gestion d'un service public dont il a la responsabilité à un délégataire public ou privé.

CJCE 9 juin 2009, aff. C-480/06, Commission c/ Allemagne

« Il y a lieu de relever que le contrat litigieux instaure une coopération entre collectivités locales ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à ces dernières, à savoir l'élimination de déchets [...]

38 En outre, il est constant que le contrat passé entre les services de voirie de la ville de Hambourg et les Landkreise concernés doit être analysé comme l'aboutissement d'une démarche de coopération intercommunale entre les parties à celui-ci et qu'il comporte des exigences propres à assurer la mission d'élimination des déchets [...]

39 L'objet de ce contrat, tel qu'il est expressément indiqué dans ses premières stipulations, consiste principalement dans l'engagement des services de voirie de la ville de Hambourg de mettre à la disposition des quatre Landkreise concernés, chaque année, une capacité de traitement de 120 000 tonnes de déchets en vue de leur valorisation thermique dans l'installation de Rugenberger Damm. Ainsi qu'il est ensuite précisé dans le contrat, les services de voirie de la ville de Hambourg n'assument nullement la responsabilité de l'exploitation de cette installation et n'offrent aucune garantie à cet égard. En cas d'arrêt ou de dysfonctionnement de l'installation, leurs obligations se limitent à offrir des capacités de remplacement, cette obligation étant toutefois conditionnée à deux égards. D'une part, l'élimination des déchets de la ville de Hambourg doit être assurée en priorité et, d'autre part, des capacités doivent être disponibles dans d'autres installations auxquelles les services de voirie de la ville de Hambourg ont accès.

40 En contrepartie du traitement de leurs déchets dans l'installation de Rugenberger Damm, tel qu'il est décrit au point précédent du présent arrêt, les quatre Landkreise concernés versent, aux services de voirie de la ville de Hambourg, une rémunération annuelle dont le mode de calcul et les modalités de paiement sont déterminés dans le contrat. Les capacités de livraison et de prise en charge des déchets sont arrêtées, pour chaque semaine, entre les services de voirie de la ville de Hambourg et un interlocuteur désigné par ces Landkreise.

43 Enfin, la fourniture de services d'élimination des déchets donne lieu au paiement d'un prix au seul exploitant de l'installation. Il ressort, en revanche, des stipulations du contrat en cause que la coopération que ce dernier instaure entre les services de voirie de la ville de Hambourg et les quatre Landkreise concernés ne donne lieu, entre ces entités, à d'autres mouvements financiers que ceux correspondant au remboursement de la part des charges incombant auxdits Landkreise, mais payée à l'exploitant par ces services de voirie.

44 Il apparaît ainsi que le contrat litigieux constitue tant le fondement que le cadre juridique pour la construction et l'exploitation futures d'une installation destinée à l'accomplissement d'un service

public, à savoir la valorisation thermique des déchets. Ledit contrat n'a été conclu que par des autorités publiques, sans la participation d'une partie privée, et il ne prévoit ni ne préjuge la passation des marchés éventuellement nécessaires pour la construction et l'exploitation de l'installation de traitement des déchets ».

Les subventions

Article 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000

« Constituent des subventions, au sens de la présente loi, les contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. Ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires.

Ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent ».

CAA Bordeaux, 21 juin 2011, n° 10BX01717, Région Limousin

« Constitue une subvention l'allocation de 2,25 millions d'euros à diverses structures en vue de la création de plates-formes de formation de premier niveau à destination des demandeurs d'emploi faisant suite à un courrier adressé par le recteur de l'académie de Limoges par lequel ils sollicitaient cette subvention ».

CE, 23 mai 2011, n° 342520, Commune de Six Fours Les Plages

« La convention du 28 mars 2007, signée sans procédure de publicité et mise en concurrence, a été conclue à l'initiative la COMMUNE DE SIX-FOURS-LES-PLAGES, en vue de confier à un professionnel du spectacle des prestations d'exploitation de la billetterie et de promotion du festival des Voix du Gaou ; qu'elle prévoit ainsi la fourniture d'un service à la commune pour répondre à ses besoins, moyennant un prix tenant en l'abandon des recettes du festival et au versement d'une somme annuelle de 495 000 euros ; que, dès lors, la convention litigieuse doit être regardée comme constitutive d'un marché public de services ».

CAA Paris, 1er févr. 2010, n° 07PA01502, Commune de Pfstatt

« Il résulte des stipulations précitées, éclairées par la délibération en date du 22 mai 1991 transmise au représentant de l'État et autorisant le maire à signer la convention litigieuse, et qu'il n'est pas contesté que le membre de phrase la fraction du capital de l'emprunt figurant à l'article 6 de la convention doit être regardé dans la commune intention des parties comme désignant la somme de 4 millions de francs intervenant dans le dispositif de calcul prévu audit article, somme correspondant à la subvention effectivement versée par la commune à la société de crédit-bail ; que les clauses des documents contractuels précités ou leur combinaison ne sauraient se rapporter à la définition d'un emprunt de la commune alors même, au demeurant, que la société Dollfus-Miegët Cie se borne à soutenir que la somme précitée est susceptible de revêtir la qualification de prêt ; qu'il s'ensuit que la convention précitée ne saurait être regardée comme relative à un emprunt de la part de la commune au sens du 4° de l'article L. 2131-2 du code général des collectivités territoriales »

CAA Douai, 19 févr. 2009, n° 07DA00027, Département de l'Oise

« Il résulte des termes de la convention conclue le 21 décembre 2005 entre le DEPARTEMENT DE L'OISE et la société X Multimédia, qu'en contrepartie du versement d'une somme de 65 000 euros hors taxes par le DEPARTEMENT DE L'OISE, cette société s'engageait à créer un site Internet d'accès à certains de ses logiciels pédagogiques au profit des élèves des collèges du département de l'Oise ; que, de plus, un certain nombre d'élèves inscrits dans des établissements scolaires désignés par la collectivité auraient un accès libre aux logiciels développés par cet éditeur ; qu'en outre, les personnes accédant au site verraient apparaître sur leurs écrans une mention de la participation financière du département au développement de celui-ci ainsi que le logo de cette collectivité

territoriale ;

Considérant que, dans le cadre du dispositif mis en place par le département lui-même, sa contribution financière, qualifiée d'aide par la convention, alors même que le département fait valoir l'absence de lien direct avec des prestations individualisées, a été calculée et versée en contrepartie d'un service rendu en exécution d'un contrat passé à l'initiative du département ; qu'un tel versement n'avait pas, ainsi, le caractère de subvention, mais celui de prix d'une prestation effectuée pour le compte du département ».

CE, 26 mars 2008, n° 284412, Région Réunion

« En relevant que la contribution financière versée par une région à une société en application des conventions qui avaient pour objet de confier à celle-ci une partie des prestations de formation que la région avait décidé de faire réaliser était la contrepartie du service rendu par la société pour l'exécution de ces contrats et en en déduisant que les sommes en cause, qui prenaient en compte l'intégralité des frais exposés par la société pour organiser ces formations ainsi que la rémunération des stagiaires, quelle que soit la dénomination qui leur avait été donnée, devaient être regardées non comme une subvention mais comme la rémunération d'une prestation effectuée pour le compte de la région relevant des règles fixées par le code des marchés publics ».

CAA Nancy, 5 avril 2007, n° 04NC00406, Cie nationale des ingénieurs et experts forestiers en bois

« Il ressort de l'ensemble de ces circonstances et des stipulations des conventions litigieuses que, d'une part, l'élaboration de l'étude en cause, décidée à l'initiative des établissements publics susmentionnés, ne résulte pas d'une commande de l'Etat, lequel ne saurait, contrairement à ce que soutiennent les requérants, être qualifié de maître d'ouvrage et que, d'autre part, l'opération juridique découlant des décisions et conventions de subvention susmentionnées ne peut être regardée comme un marché public de prestations intellectuelles conclu entre l'Etat, en sa qualité de personne responsable du marché, et les deux établissements publics, en qualité de titulaires »

CAA Marseille 1^{er} mars 2004, n° 99MA02079, Groupement agricole d'exploitation en commun L'Aurier

« La convention n'a pas le caractère d'une subvention unilatérale à raison de laquelle le seul fait pour le G.A.E.C., bénéficiaire de l'aide, de ne pas remplir ou de remplir partiellement seulement l'une de ses obligations, impliquerait la résolution rétroactive du contrat et la restitution de l'intégralité des sommes versées par l'Etat depuis l'origine mais se présente, compte tenu des exigences et obligations respectives des parties qui y sont stipulées, comme une convention de prestation de services, l'aide de l'Etat devant y être regardée comme constituant en réalité le prix rémunérant ladite prestation »

CE, 6 juillet 1990, n° 88224, CODIAC

« Le "Comité pour le Développement Industriel et Agricole du Choletais", (CODIAC), est une association de la loi du 1er juillet 1901 qui a pour objet l'étude et la promotion de toute action propre à favoriser l'expansion économique de la région du Choletais. Le budget du comité, qui ne facturait pas ses actions aux entreprises ni aux communes, a été alimenté exclusivement par des subventions versées par la ville et la chambre de commerce et d'industrie de Cholet. Ces contributions, fixées globalement par celles-ci en fonction des perspectives générales d'action du comité, ne correspondaient pas à des prestations de services individualisées au profit de la ville et de la chambre de commerce et d'industrie de Cholet et étaient donc sans relation nécessaire avec les avantages immédiats que la collectivité locale et l'établissement public pouvaient retirer des actions du comité. Dès lors, en l'absence d'un lien direct entre le montant des contributions versées au comité et les opérations réalisées par lui, ce dernier ne peut être regardé comme ayant effectué de façon générale des prestations de services à titre onéreux au sens des articles 256 et 256 A du C.G.I.. Toutefois, le Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais a passé avec la ville de Cholet une convention particulière qui lui confiait la réalisation pour le compte de cette dernière d'une étude précisément déterminée et qui prévoyait qu'une rémunération spécifique de 510 000 F lui serait versée. Cette activité constitue une prestation de services effectuée à titre onéreux au

sens de l'article 256 du C.G.I. et doit donc être soumise à la taxe sur la valeur ajoutée ».

CE, 26 janvier 1990, n° 108190, Woerth

« L' "Association de développement économique de l'Oise", fondée par le conseil général de l'Oise, qui a pour mission de coordonner sous le contrôle du conseil général et pour le compte du département l'ensemble des interventions économiques de cette collectivité, dont le président du conseil général est, de droit, le président, dont le conseil d'administration et le bureau sont composés en très grande majorité de membres du conseil général et dont le financement est assuré, pour la quasi-totalité par des subventions départementales, doit être regardée en dépit de sa forme juridique comme ayant la nature d'un service du conseil général. Son directeur général tombe, par conséquent, sous le coup de l'inéligibilité édictée par les dispositions de l'article L.231 du code électoral dans sa rédaction résultant de la loi n° 88-1262 du 30 décembre 1988 ».

CAA Marseille 20 juillet 1999, n° 98MA01735, Commune de Toulon

« L'opération par laquelle une collectivité territoriale accorde une subvention à une personne morale de droit privé dont l'action répond aux objectifs d'intérêt général recherchés par la collectivité et qui ne donne lieu à aucune prestation de service réalisée au profit de la collectivité ne saurait être assimilée à un contrat passé en vue de la réalisation de travaux, fournitures ou services au sens de l'article premier du code des marchés publics »

Les titres d'occupation domaniale

Circ. n° INTA1919298J, 22 juill. 2019

Circulaire modifiant la circulaire n° CPAE1727822C du 19 octobre 2017 relative à l'application des dispositions de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 aux professions foraines et circassiennes

Circulaire n° CPAE1727822C du 19 octobre 2017 relative à l'application des dispositions de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 aux professions foraines et circassiennes

CE, 30 avr. 2019, n° 426698, Société Total Marketing France

« Si l'article L. 122-20 du code de la voirie routière, issu de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, a ainsi étendu la compétence du juge du référé précontractuel aux marchés publics de travaux, fournitures ou services passés par les sociétés concessionnaires d'autoroute, dont la passation a été soumise par cette loi à des règles de procédure, aucune disposition législative n'a étendu cette compétence aux contrats, tel celui de l'espèce, d'exploitation des installations annexes passés par les sociétés concessionnaires d'autoroute, lorsque ces sociétés n'ont ni la qualité de pouvoir adjudicateur ni celle d'entité adjudicatrice, alors même que la loi du 6 août 2015 a soumis la passation de ces contrats à des règles de procédure ».

TA Marseille, 18 Avril 2019, n° 1902792, « ASSOCIATION COLLECTIF DE DÉFENSE DU LITTORAL »

« En l'état de l'instruction et compte tenu, notamment, des explications apportées à l'audience, le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 2122-1-4 du CG3P est de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée. En effet, l'article L. 2122-1-4, créé par l'article 3 de l'Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 et entré en vigueur le 1er juillet 2017, précise : « Lorsque la délivrance du titre mentionné à l'article L. 2122-1 intervient à la suite d'une manifestation d'intérêt spontanée, l'autorité compétente doit s'assurer au préalable par une publicité suffisante, de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente. ». Il ressort de l'arrêté du préfet de région du 9 août 2017 que le deuxième dossier de demande de concession a été reçu en préfecture le 11 juillet 2017. Les dispositions précitées lui sont donc applicables, de sorte que l'autorisation de concession devait donner lieu à une publicité spécifique dès juillet 2017.

L'association MSM produit au dossier plusieurs avis d'insertion dans la presse quotidienne. Toutefois les deux avis publiés dans La Provence et La Marseillaise le 6 juillet 2017, soit antérieurement au dépôt du deuxième dossier de demande, ne peuvent viser que la première demande de concession, déposée le 24 octobre 2016 et ayant donné lieu à l'autorisation du préfet du 26 novembre 2016, retirée par la suite. En outre, ces avis visent les articles R. 2124-1 à R. 2124-12 du CG3P et non l'article L 2122-1-4, se bornent à porter à la connaissance du public la demande de concession déposée et ne sollicitent aucune « autre manifestation d'intérêt concurrente ». Les avis publiés les 20 et 23 janvier 2017 concernent également le site initial, ainsi qu'il a été ajouté en manuscrit sur les factures. Les avis du 27 avril 2018 s'en tiennent à annoncer l'enquête publique, enfin l'avis du 17 janvier 2019 ne fait qu'annoncer l'émission par le préfet de l'arrêté du 19 novembre 2018 autorisant la concession. Il suit de là qu'en l'état de l'instruction, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 2122-1-4 du CG3P apparaît propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée. »

CE, 28 déc. 2018, n° 412019, Cne Faa'a

« Il ressort des pièces du dossier qu'alors même qu'ils sont intervenus sous la forme d'autorisations temporaires d'occupation du domaine public, les arrêtés du 22 décembre 2006 et du 30 décembre 2009 ont, en réalité, pour effet d'attribuer à la société SETIL une concession pour l'exploitation de l'aérodrome de Tahiti Faa'a et de prolonger cette concession. Dans ces conditions, le recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'arrêté du 30 décembre 2009 doit être regardé comme tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la décision du Haut-commissaire de la République en Polynésie française de prolonger la concession accordée par l'Etat pour la construction, l'entretien et l'exploitation de l'aérodrome de Tahiti-Faa'a. Il résulte des dispositions citées au point précédent qu'une telle concession ne pouvait légalement être accordée ou prolongée que par arrêté interministériel ou décret en Conseil d'Etat. Il s'ensuit que le Haut-commissaire de la République n'était pas compétent pour arrêter le principe, par l'arrêté attaqué, d'une prolongation de la concession accordée à la société SETIL en ce qui concerne l'aérodrome de Tahiti-Faa'a ».

CE, 30 novembre 2018, n°414377, société Philippe Vediaud Publicité

« Le marché de mobilier urbain passé par la commune a pour objet de permettre la réalisation et la fourniture de prestations de service en matière d'information municipale par voie d'affichage. Ce contrat répond aux besoins de la commune. En contrepartie des prestations assurées, le cocontractant se rémunère par l'exploitation, à titre exclusif, d'une partie des mobiliers urbains à des fins publicitaires. Un tel contrat ne constitue ainsi ni une simple convention domaniale, ni une convention se rapportant à la gestion de la voirie..., Par suite, si l'installation sur le domaine public routier des dispositifs de mobilier urbain nécessite la délivrance d'une autorisation de la part de la communauté urbaine, seule gestionnaire du domaine public en vertu de l'article L. 5215-20-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) alors en vigueur, celle-ci n'est compétente ni pour prendre la décision de recourir à ce mode d'affichage, ni pour l'exploiter. Dès lors, commet une erreur de droit une cour administrative d'appel qui déduit de la circonstance que l'implantation des mobiliers urbains sur le domaine public routier nécessite la délivrance d'une permission de voirie par la communauté urbaine l'incompétence de la commune pour passer un tel contrat ».

CJUE, 14 juillet 2016, n° C-458/14, Promoiempres srl e.a. contre Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e.a., §47

« Dans les affaires au principal, ainsi que le souligne la Commission, les concessions portent non pas sur une prestation de services déterminée par l'entité adjudicatrice, mais sur l'autorisation d'exercer une activité économique dans une zone domaniale. Il en découle que les concessions en cause au principal ne relèvent pas de la catégorie des concessions de services (voir, par analogie, arrêt du 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, points 26 à 28).

Titre I - LES MARCHES PUBLICS

Article L. 1110-1

Les marchés, marchés de partenariat et marchés de défense ou de sécurité définis au présent titre sont des marchés publics soumis aux dispositions de la deuxième partie.

Chapitre I - LE MARCHÉ PUBLIC

Section 1 - Définition

Article L. 1111-1

Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs **acheteurs** soumis au présent code avec un ou plusieurs **opérateurs économiques**, pour répondre à leurs **besoins** en matière de travaux, de fournitures ou de services, **en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent**.

Acheteur (s)

Article L. 1210-1

Opérateurs économiques

CE, 14 juin 2019, n° 411444, Sté Vinci construction maritime et fluvial

« Hormis celles qui leur sont confiées pour le compte de l'État, les compétences dont disposent les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération s'exercent en vue de satisfaire un intérêt public local. Si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou leurs établissements publics de coopération se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est-à-dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de la mission...,b) La candidature d'une collectivité territoriale à l'attribution d'un contrat de commande publique peut être regardée comme répondant à un intérêt public local lorsqu'elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité a la charge, notamment parce que l'attribution du contrat permettrait d'amortir des équipements dont dispose la collectivité. **Cet amortissement ne doit toutefois pas s'entendre dans un sens précisément comptable, mais plus largement comme traduisant l'intérêt qui s'attache à l'augmentation du taux d'utilisation des équipements de la collectivité, dès lors que ces derniers ne sont pas surdimensionnés par rapport à ses propres besoins...**,c) Département de la Vendée engageant une procédure d'appel d'offres en vue de la réalisation de travaux de dragage, et attribuant ce marché au département de la Charente-Maritime. **Il ressort des pièces du dossier que la drague acquise par le département de la Charente-Maritime, a été dimensionnée pour faire face aux besoins et spécificités des ports de ce département mais n'est utilisée qu'une partie de l'année pour répondre à ces besoins. Dès lors, son utilisation hors du territoire départemental peut être regardée comme s'inscrivant dans le prolongement du service public de création, d'aménagement et d'exploitation des ports maritimes de pêche dont le département a la charge en application des dispositions de l'article L. 601-1 du code des ports maritimes**, sans compromettre l'exercice de cette mission, une telle utilisation de cette drague permettant d'amortir l'équipement et de valoriser les moyens dont dispose, dans ce cadre, le service public de dragage de la Charente-Maritime. Par suite, le moyen tiré de ce que la candidature du département de la Charente-Maritime n'aurait pas répondu à un intérêt public local doit être écarté....

2) a) Une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence. En particulier, le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de

service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié. Ces règles s'appliquent enfin sans préjudice des coopérations que les personnes publiques peuvent organiser entre elles, dans le cadre de relations distinctes de celles d'opérateurs intervenant sur un marché concurrentiel...**,Lorsque le prix de l'offre d'une collectivité territoriale est nettement inférieur aux offres des autres candidats, il appartient au pouvoir adjudicateur de s'assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que l'ensemble des coûts directs et indirects a été pris en compte pour fixer ce prix, afin que ne soient pas faussées les conditions de la concurrence...**,b) Si l'offre de la collectivité est retenue et si le prix de l'offre est contesté dans le cadre d'un recours formé par un tiers, il appartient au juge administratif de vérifier que le pouvoir adjudicateur ne s'est pas fondé, pour retenir l'offre de la collectivité, sur un prix manifestement sous-estimé au regard de l'ensemble des coûts exposés et au vu des documents communiqués par la collectivité candidate ».

CAA Nancy, 10 avril 2018, n° 17NC00165, Société Pierrette TBA

« Considérant que si les prestations de traitement du linge d'un autre établissement hospitalier sont au nombre des prestations de service que les établissements publics de santé peuvent assurer en vertu de l'article L. 6141-1 du code de santé publique dès lors qu'elles constituent le complément normal de leur mission et sont directement utiles pour l'amélioration des conditions d'exercice de celle-ci, c'est à condition qu'elles conservent un caractère subsidiaire par rapport à l'exercice de leur activité et qu'en particulier elles s'exercent à moyens constants ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment du compte financier de l'exercice 2013 de la blanchisserie du centre hospitalier de Sélestat que le coût de transport de l'activité blanchisserie est exclusivement lié à la réalisation de cette prestation pour le compte de clients extérieurs ; que cette activité nécessite ainsi des moyens supplémentaires dont il n'est pas justifié que l'établissement hospitalier disposait déjà pour l'exécution de ses missions principales ; qu'ainsi le centre hospitalier de Sélestat ne démontre pas que les prestations de traitement de linge pour lesquelles il a présenté sa candidature, seraient exécutées à moyens matériels constants, conformément aux dispositions précitées de l'article R. 6145-48 du code de la santé publique ; que cette candidature, présentée en méconnaissance du principe de spécialité des établissements publics de santé, ne pouvait donc régulièrement être accueillie par le pouvoir adjudicateur ».

CE, 18 septembre 2015, n° 390041, Assoc. de gestion du CNAM des Pays de la Loire,

Il appartient au juge du référé précontractuel, saisi de moyens sur ce point, de s'assurer que l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur pour exclure ou admettre une candidature ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Dans ce cadre, lorsque le candidat est une personne morale de droit public, il lui incombe de vérifier que l'exécution du contrat en cause entrerait dans le champ de sa compétence et, s'il s'agit d'un établissement public, ne méconnaîtrait pas le principe de spécialité auquel il est tenu. Un établissement public ne méconnaît pas le principe de spécialité en candidatant à un marché dont l'objet constitue un complément normal de sa mission statutaire.

CE 30 déc. 2014, n° 355563, Sté Armor SNC

« Les compétences dont disposent les collectivités territoriales ou les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) s'exercent, hormis celles qui leur sont confiées pour le compte de l'Etat, en vue de satisfaire un intérêt public local. Si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou ces EPCI se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est à dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission... Une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence. En particulier, le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des

coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié ».

CJUE, 18 déc. 2014, aff. C-568/13, Azienda Ospedali-Universitaria Careggi-Firenze c/Data medical Service Srl

« L'article 1^{er}, sous c), de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, s'oppose à une législation nationale excluant la participation d'un établissement hospitalier public, tel que celui en cause au principal, aux procédures d'attribution de marchés publics, en raison de sa qualité d'organisme public économique, si et dans la mesure où cet établissement est autorisé à opérer sur le marché conformément à ses objectifs institutionnels et statutaires.

Les dispositions de la directive 92/50, et en particulier les principes généraux de libre concurrence, de non-discrimination et de proportionnalité qui sous-tendent cette directive, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une législation nationale permettant à un établissement hospitalier public, tel que celui en cause au principal, participant à un appel d'offres de soumettre une offre à laquelle aucune concurrence ne peut faire face, grâce aux financements publics dont il bénéficie. Toutefois, dans le cadre de l'examen du caractère anormalement bas d'une offre sur le fondement de l'article 37 de cette directive, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération l'existence d'un financement public dont bénéficie un tel établissement au regard de la faculté de rejeter cette offre ».

CJUE, 19 novembre 1999, C-107/98, Teckal SRL c/ Commune Di Viano et Azienda Gas-Aqua Consorziale

« La directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non ».

Satisfaire leurs besoins

CE, 30 novembre 2018, n° 414377, société Philippe Vediaud Publicité

« Le marché de mobilier urbain passé par la commune a pour objet de permettre la réalisation et la fourniture de prestations de service en matière d'information municipale par voie d'affichage. Ce contrat répond aux besoins de la commune. En contrepartie des prestations assurées, le cocontractant se rémunère par l'exploitation, à titre exclusif, d'une partie des mobiliers urbains à des fins publicitaires. Un tel contrat ne constitue ainsi ni une simple convention domaniale, ni une convention se rapportant à la gestion de la voirie... Par suite, si l'installation sur le domaine public routier des dispositifs de mobilier urbain nécessite la délivrance d'une autorisation de la part de la communauté urbaine, seule gestionnaire du domaine public en vertu de l'article L. 5215-20-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) alors en vigueur, celle-ci n'est compétente ni pour prendre la décision de recourir à ce mode d'affichage, ni pour l'exploiter. Dès lors, commet une erreur de droit une cour administrative d'appel qui déduit de la circonstance que l'implantation des mobiliers urbains sur le domaine public routier nécessite la délivrance d'une permission de voirie par la communauté urbaine l'incompétence de la commune pour passer un tel contrat ».

Travaux

Article L. 1111-2

Fournitures

Article L. 1111-3

Services

Article L. 1111-4

En contrepartie d'un prix ou de tout équivalent

CE, 15 mai 2013, n° 364593, Ville de Paris

Au surplus, la convention ne prévoit ni la renonciation de la personne publique à percevoir des redevances ni la perception de redevances inférieures à celles normalement attendues du concessionnaire autorisé à occuper le domaine public aux fins d'y installer des supports publicitaires. La seule circonstance que l'occupant exerce une activité économique sur le domaine ne peut caractériser l'existence d'un abandon de recettes de la part de la personne publique. Par suite, cette convention ne peut être regardée comme comportant un prix payé par la personne publique à son cocontractant et ne peut, pour ce motif également, être qualifiée de marché public.

CE, 4 novembre 2005, n° 247298, Société J.-C. Decaux

« En contrepartie des prestations assurées par la SOCIETE JEAN-CLAUDE DECAUX, la commune l'a autorisée à exploiter, à titre exclusif, une partie du mobilier urbain à des fins publicitaires et l'a exonérée de redevance pour occupation du domaine public; que la cour a pu juger, sans commettre d'erreur de droit, que l'autorisation et l'exonération ainsi accordées constituaient des avantages consentis à titre onéreux par la commune en contrepartie des prestations fournies par la société alors même que ces avantages ne se traduisent par aucune dépense effective pour la collectivité ».

CJCE, 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi

« La directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, s'oppose à une législation nationale en matière d'urbanisme lorsque celle-ci permet, en dehors des procédures prévues par cette directive, la réalisation directe par le titulaire d'un permis de construire ou d'un plan de lotissement approuvé d'un ouvrage d'équipement, en déduction de tout ou partie de la contribution due au titre de l'octroi du permis, et que la valeur de cet ouvrage égale ou dépasse le seuil fixé par ladite directive ».

CE, 28 février 1980, n° 11939, Société anonyme Les Sablières Modernes D'Aresy

« La commune, en échange de la réalisation de ces travaux cède gratuitement à la société S.A.S.M.A. les matériaux qui seront extraits de ses terrains dans l'emprise du projet et qu'aux termes du dernier alinéa de l'article 8 la société S.A.S.M.A., par accord tacite avec la commune de Meillon s'engage à maintenir aux mêmes conditions le chenal en état de fonctionnement au-delà de la période fixée par arrêté préfectoral »

Section 2 - Objet

Article L1111-2

Un marché de travaux a pour objet :

- 1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au présent code ;
 - 2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.
- Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

CE, 15 mars 2019, n° 409499, D... et C... et Assoc. Savès-Accueil-Transparence

« Quelles qu'aient été les conditions de réalisation de l'établissement d'accueil des personnes âgées dépendantes de la commune de Rieumes, construit dans les circonstances rappelées au points 2 et 3, et achevé dans le courant de l'année 2008, le bail emphytéotique conclu entre la commune de Rieumes et l'OPH de Haute-Garonne et la convention de mise à disposition conclue entre ce dernier et l'EHPAD La Prade de Rieumes, établis en 2013 en exécution d'un protocole d'accord transactionnel, ont uniquement pour objet de régir pour l'avenir les modalités de fonctionnement de cet établissement. Ainsi, la cour administrative d'appel de Bordeaux a dénaturé l'objet de ces trois documents contractuels en estimant qu'il portait sur l'exécution de travaux ou la réalisation d'un ouvrage alors qu'il visait seulement à donner un fondement juridique aux relations entre les parties

pour l'avenir pour l'exploitation d'un équipement construit près de cinq ans auparavant. Par suite, la cour administrative d'appel de Bordeaux a commis une erreur de qualification juridique des faits en estimant que l'ensemble contractuel formé par ces trois conventions présentait le caractère d'un marché public de travaux au sens des dispositions de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 citées au point 6 et en annulant, pour ce motif, l'ensemble des délibérations litigieuses des 9 et 16 avril 2013 ».

CJUE, 10 juill. 2014, aff. C-213/13, Impresa Pizzarotti & C. SpA

« L'article 1^{er}, sous a), de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, doit être interprété en ce sens qu'un contrat qui a pour objet principal la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur constitue un marché public de travaux et ne relève pas, dès lors, de l'exclusion visée à l'article 1^{er}, sous a), iii), de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, alors même qu'il comporte un engagement de donner en location l'ouvrage concerné.

Il en va ainsi lorsque ce dernier a pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci (voir, en ce sens, arrêt Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, point 67).

Dans l'affaire au principal, le projet d'«acte d'engagement de donner en location», qui est mentionné par la juridiction de renvoi comme étant la dernière forme suggérée du contrat proposé par Pizzarotti au Comune di Bari, se réfère, à son considérant 10, au cadre d'exigences qui avait été établi par la Corte d'appello di Bari aux fins de la publication de l'avis d'étude de marché concerné. L'article 7 de ce projet d'acte réserve à l'administration le droit de vérifier, avant la réception de l'ouvrage, la conformité de celui-ci à ce même cadre d'exigences.

Ce dernier précise les différentes caractéristiques techniques et technologiques de l'ouvrage projeté ainsi que, en fonction d'un ensemble de données statistiques relatives aux activités juridictionnelles de l'arrondissement de Bari (nombre d'affaires civiles et pénales, nombre hebdomadaire d'audiences par juridiction, nombre de magistrats du siège ou du parquet, nombre de membres du personnel administratif, de la police judiciaire ou des services de sécurité, nombre d'avocats inscrits au barreau de Bari, etc.), les besoins spécifiques de chacune des juridictions relevant de cet arrondissement judiciaire (nombre de bureaux et de salles d'audience, de conférence, de réunion et d'archivage nécessaires, superficie des pièces, modes de communication interne), de même que certains besoins communs, tels que la capacité d'accueil des parcs de stationnement ».

Concl.

« Il me semble opportun de rappeler un paramètre clé dont il doit être tenu compte pour déterminer si une opération relève ou non du champ d'application des directives portant coordination des procédures de passation de marchés publics: la réglementation de l'Union en matière de marchés publics a pour objectif premier d'éliminer les restrictions aux libertés fondamentales et de favoriser une mise en concurrence effective.

Cette finalité est compromise dès lors qu'un pouvoir adjudicateur, sans avoir préalablement mis en œuvre les procédures de passation des marchés visées par la réglementation de l'Union, charge une entreprise d'exécuter des travaux ou des services, quels que soient les raisons et le contexte de la réalisation desdits travaux ou services et quelle qu'en soit la destination.

La poursuite efficace dudit objectif implique nécessairement que la qualification d'une opération donnée de marché de travaux doit être largement entendue et, parallèlement, que les cas d'exclusion doivent, quant à eux, être envisagés de manière restrictive ».

CAA Marseille, 25 févr. 2010, n° 07MA03620, Cne de Rognes,

« Considérant qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose aux collectivités locales de faire précéder la simple cession d'un immeuble du domaine privé de mesures de publicités et d'organiser une mise en concurrence des acquéreurs éventuels ; que toutefois, la conclusion par ces personnes publiques de contrats emportant cession d'un immeuble de leur domaine privé dont l'objet principal est de confier à un opérateur économique la réalisation de travaux en vue de la construction, selon des spécifications précises imposées par les lesdites personnes publiques, d'ouvrages qui,

même destinés à des tiers, répondent à un besoin d'intérêt général défini par lesdites collectivités, est soumise aux obligations de publicité et de mise en concurrence résultant es principes généraux de la commande publique ».

CE, 8 févr. 1991, n° 57679, Région Midi-Pyrénées c/ Synd. de l'architecture de la Haute-Garonne

« Délibération du bureau du conseil régional de la région Midi-Pyrénées donnant mandat à son président, pris en tant qu'organe exécutif de la région, aux fins de signer un protocole d'accord avec la société M. en vue de la passation d'un contrat par lequel cette société vendrait à la région, dans les conditions prévues à l'article 1601-3 du code civil, un immeuble en l'état futur d'achèvement destiné à constituer l'hôtel de région. Il ressort des pièces du dossier que l'opération qui devait faire l'objet du contrat passé entre la région Midi-Pyrénées et ladite société a été engagée à l'initiative de la région et qu'elle tendait à faire réaliser, selon les caractéristiques définies par celle-ci, un immeuble destiné à devenir entièrement sa propriété et conçu pour satisfaire les besoins propres auxquels devait répondre l'édification de cet ouvrage public. Si aucune disposition législative n'interdit aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers en utilisant le contrat de vente en l'état futur d'achèvement prévu à l'article 1601-3 du code civil, elles ne sauraient légalement avoir recours à ce contrat de vente de droit privé, dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage et qui échappe tant aux règles de passation, notamment celles relatives à la mise en concurrence, prévues par le code des marchés, qu'au régime d'exécution des marchés de travaux publics, lorsque, comme en l'espèce, l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres. Par suite, la délibération est entachée d'excès de pouvoir ».

Article L1111-3

Un marché de fournitures a pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits.

Il peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation.

CAA Nantes, 10 mai 2019, n° 17NT02735, Pharmacie de la Chataignerai

« Il résulte de l'instruction que l'acte d'engagement du marché en cause indique que celui-ci concerne la " fourniture et livraison de médicaments pour les résidents des trois établissements médico-sociaux de Lanester ". Par ailleurs, selon les stipulations de l'article 1.1. du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) du marché celui-ci a pour objet " la fourniture et la préparation des médicaments pour les résidents des trois établissements médico-sociaux par un pharmacien dispensateur aux fins d'organisation de la prestation pharmaceutique dans les meilleures conditions sanitaires et techniques ". En outre, l'article 1.1 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) stipule que le contrat " assure aux patients qui le souhaitent et qui ont mandaté à cette fin l'établissement où ils résident, l'organisation d'une prestation pharmaceutique qualifiée visant à la sécurisation du circuit du médicament au sein des trois établissements ainsi qu'au bon usage des médicaments ". De plus, le CCTP stipule que le titulaire du marché doit assurer la " dispensation des médicaments " (article 2.1), la " dotation en soins urgents " (article 2.3) ainsi que la " gestion des alertes sanitaires " (article 2.4). Enfin, il est constant que le marché litigieux assure la dotation des trois établissements gérés par le CCAS de Lanester en matière de produits pharmaceutiques. Dans ces conditions, l'objet du marché en cause vise essentiellement à satisfaire les besoins des établissements médico-sociaux gérés par le CCAS en produits pharmaceutiques ainsi que les besoins des résidents en fourniture et préparation de médicaments. Ainsi, la pharmacie de la Châtaignerai ne peut sérieusement soutenir que le marché en cause ne viserait pas à satisfaire un besoin du pouvoir adjudicateur, alors même que la préparation des doses de médicaments à administrer doit être assurée par le pharmacien dispensateur et permet ainsi une réallocation des ressources humaines au sein des établissements concernés par l'économie du temps que les infirmières passaient à cette tâche.

6. En deuxième lieu, il résulte de l'instruction, en particulier du règlement de la consultation, que le montant annuel du marché est estimé à 100 000 euros HT. La rémunération du titulaire du marché est ainsi constituée, d'une part, par la facturation des médicaments aux résidents des trois

établissements gérés par le centre communal qui ont souscrit au dispositif et, d'autre part, par la facturation aux établissements eux-mêmes des produits pharmaceutiques d'usage courant qui leur sont destinés, sur la base des prix unitaires prévus au bordereau annexé à l'acte d'engagement. Ainsi, eu égard à la part prépondérante que revêtent ces deux modalités de rémunération du titulaire du marché, celui-ci a été conclu à titre onéreux, conformément à l'article 1er du code des marchés publics, alors même que selon l'article 4 du CCAP " la préparation des médicaments par le pharmacien dispensateur revêt un caractère gratuit dans la mesure où les médicaments sont achetés par les résidents des trois établissements auprès de la pharmacie titulaire du marché " et qu'une trousse d'urgence, un stock tampon et un chariot d'urgence sont mis gracieusement à la disposition des établissements par la pharmacie titulaire du marché. Dès lors doit être écarté le moyen tiré de ce que le marché en cause n'aurait pas été conclu à titre onéreux ».

Article L1111-4

Un marché de services a pour objet la réalisation de prestations de services.

Article L1111-5

Lorsqu'un marché porte sur des travaux et sur des fournitures ou des services, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.
Lorsqu'un marché a pour objet des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées.

Chapitre II - LE MARCHE DE PARTENARIAT

Article L. 1112-1

Un marché de partenariat est un marché public qui a pour objet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement. Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.

Cette mission globale peut en outre comprendre :

- 1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;
- 2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;
- 3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

Chapitre III - LE MARCHE PUBLIC DE DEFENSE OU DE SECURITE

Article L. 1113-1

Un marché de défense ou de sécurité est un marché conclu par l'Etat ou l'un de ses établissements publics et ayant pour objet :

- 1° La fourniture d'équipements, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, qui sont destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre, qu'ils aient été spécifiquement conçus à des fins militaires ou qu'ils aient été initialement conçus pour une utilisation civile puis adaptés à des fins militaires ;
- 2° La fourniture d'équipements destinés à la sécurité, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale ;
- 3° Des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement mentionné au 1° ou au 2°, y compris la fourniture d'outillages, de moyens d'essais ou de soutien spécifique, pour tout ou partie du cycle de vie de l'équipement. Pour l'application du présent alinéa, le cycle de vie de l'équipement est l'ensemble des états successifs qu'il peut connaître, notamment la recherche et développement, le

développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait, le démantèlement et l'élimination ;

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

Les principes énoncés à l'article L. 3, lorsqu'ils s'appliquent à des marchés de défense ou de sécurité, ont également pour objectif d'assurer le renforcement de la base industrielle et technologique de défense européenne.

[CE, 18 déc. 2019, n° 431696, Ministre de la transition écologique et solidaire](#)

« Il résulte des articles 1er et 2 de la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009, éclairés par ses neuvième et dixième considérants, de la liste figurant dans la décision n° 255/58 du Conseil du 15 avril 1958 et de l'article 6 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics qu'au titre du 1° de cet article 6, seuls les achats, par l'Etat ou par ses établissements publics, pour les besoins de la défense ou de la sécurité nationale, d'équipements conçus ou adaptés à des fins spécifiquement militaires, sont soumis à des exigences particulières justifiant le régime dérogatoire applicable aux marchés de défense et de sécurité. La circonstance que des équipements figurent sur la liste établie par la décision n° 255/58 du Conseil du 15 avril 1958 ne suffit pas, à elle seule, pour qualifier les marchés de fourniture de ces équipements de marchés de défense et de sécurité.... »,2) Un marché portant sur des moyens matériels destinés à l'exercice de missions de police en mer ne peut être regardé comme un marché de défense et de sécurité au sens de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ».

Titre II - LES CONTRATS DE CONCESSION

Article L. 1120-1

Les contrats de concession de travaux ou de services et les contrats de concession de défense ou de sécurité définis au présent titre sont soumis aux dispositions de la troisième partie.

Chapitre I - LE CONTRAT DE CONCESSION

Section 1 - Définition

Article L. 1121-1

Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à **un ou plusieurs opérateurs économiques**, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés.

Un ou plusieurs opérateurs économiques

[CE, 18 septembre 2019, n° 430368, CCIRB](#)

« Lorsqu'une personne publique est candidate à l'attribution d'un contrat de concession, il appartient à l'autorité concédante, dès lors que l'équilibre économique de l'offre de cette personne publique diffère substantiellement de celui des offres des autres candidats, de s'assurer, en demandant la production

des documents nécessaires, que l'ensemble des coûts directs et indirects a été pris en compte pour la détermination de cette offre, afin que ne soient pas faussées les conditions de la concurrence....

„b) Il incombe au juge du référé précontractuel, saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le contrat n'a pas été attribué à une personne publique qui a présenté une offre qui, faute de prendre en compte l'ensemble des coûts exposés, a faussé les conditions de la concurrence....

La candidature d'un établissement public à un contrat de concession n'est pas soumise à la condition de l'existence d'un intérêt public local. Le moyen tiré de ce que cette candidature n'est pas justifiée par un tel intérêt est donc inopérant ».

CJUE, 18 déc. 2018, aff. C-37517/17, Stanley International Betting Ltd , Stanleybet Malta Ltd. Contre Ministero dell'Economia e delle Finanze

« Les articles 49 et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit, pour la concession de la gestion du service du jeu de loto automatisé et des autres jeux numériques à cote fixe, un modèle à concessionnaire unique, à la différence des autres jeux, concours de pronostics et paris, auxquels s'applique un modèle à concessionnaires multiples, pour autant que la juridiction nationale établit que la réglementation nationale poursuit effectivement de manière cohérente et systématique les objectifs légitimes invoqués par l'État membre concerné.

2) Les articles 49 et 56 TFUE ainsi que les principes de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale et aux actes adoptés en vue de son application, tels que ceux en cause dans l'affaire au principal, qui prévoient, pour la concession de la gestion du service du jeu de loto automatisé et des autres jeux numériques à cote fixe, une valeur de base du marché élevée, à condition que cette valeur soit formulée de manière claire, précise et univoque et qu'elle soit objectivement justifiée, ce qu'il incombe à la juridiction nationale de vérifier.

3) Les articles 49 et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une disposition, telle que celle en cause au principal, contenue dans un modèle de convention de concession accompagnant un appel d'offres et qui prévoit la déchéance de la concession pour la gestion du service du jeu de loto automatisé et des autres jeux numériques à cote fixe :

– dans toute hypothèse de délit pour lequel le renvoi devant un juge a été ordonné et que le pouvoir adjudicateur, en raison de sa nature, de sa gravité, de ses modalités d'exécution et de son lien avec l'objet de l'activité donnée en concession, juge de nature à exclure la fiabilité, le professionnalisme et la qualité morale du concessionnaire,

– ou si le concessionnaire commet une violation de la réglementation en matière de répression du jeu irrégulier, illicite et clandestin et, en particulier, lorsque, en propre ou à travers des sociétés détenues ou liées, quel que soit leur lieu d'établissement, il commercialise d'autres jeux assimilables au jeu de loto automatisé et aux autres jeux numériques à cote fixe sans avoir obtenu le titre requis à cet effet,

à condition que ces clauses soient justifiées, s'avèrent proportionnées à l'objectif poursuivi et soient conformes au principe de transparence, ce qu'il incombe à la juridiction nationale de vérifier à la lumière des indications que comporte le présent arrêt ».

CAA Bordeaux, 8 oct. 2018, n° 16BX02772, Cne Saint-Benoît

« Pour soutenir que la convention litigieuse constitue une délégation de service public en sens des dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, ce dont elle indique s'être d'ailleurs assurée lors de la définition de ses clauses en recourant à un assistant à maîtrise d'ouvrage, la commune de Saint-Benoît se prévaut, comme elle d'a déjà fait devant les premiers juges, de ce que les services de restauration collective organisés par les collectivités publiques constituent une activité de service public pouvant donner lieu à délégation de service public et de ce que le délégataire assure, en l'espèce, la gestion de ce service à ses risques et périls en percevant auprès des usagers un prix fixé par la collectivité. Toutefois, il résulte des termes mêmes des stipulations précitées des articles 44.1, 44.2 et 45.3 du contrat litigieux que **le prix des prestations réalisées par le délégataire intègre, d'une part, une subvention forfaitaire d'exploitation annuelle (SFE) couvrant les charges fixes et devant représenter au moins 60 % du montant**

total de sa rémunération annuelle ainsi que, d'autre part, une provision destinée à couvrir les éventuels impayés susceptibles de se produire en cours d'exécution du contrat, le délégataire percevant en outre un complément de prix unitaire au repas servi couvrant les charges variables, notamment liées à l'approvisionnement en denrées alimentaires. Ainsi, le risque économique du délégataire ne porte que sur la différence entre les repas comptabilisés et/ou commandés et les repas servis ainsi que sur les impayés. A cet égard, et ainsi que l'a relevé le tribunal, il résulte du compte d'exploitation prévisionnel joint à son offre par la SOGECCIR, gestionnaire sortant de la cuisine municipale de Saint-Benoît, que pour chacune des dix années d'exécution du contrat, celle-ci évalue ses recettes, d'un montant total de 4 940 986 euros, égal au montant prévisionnel des dépenses, comme provenant de 3 161 728 euros de la subvention forfaitaire d'exploitation annuelle (SFE), de 1 055 258 euros de la subvention unitaire au repas servi et pour seulement 724 000 euros des recettes des écoles, de sorte que les recettes retirées par la SOGECCIR en provenance des usagers ne représentent que 15 % du montant total des recettes, 64 % provenant de la SFE, et 21 % de la subvention complémentaire versée au titre des charges variables. En outre, le risque d'une différence entre le nombre de repas servis et le nombre de repas commandés se trouve notablement réduit par le dispositif de commande prévu par le stipulations précitées de l'article 16.2 de la convention litigieuse, en vertu desquelles le prévisionnel de repas établi par la commune de Saint Benoît doit être confirmé au délégataire la veille du jour de consommation pour les scolaires ou avant 9 h 00 le jour-même de consommation pour les accueils de loisirs, tant en période scolaire qu'en période de vacances. Par ailleurs, compte tenu de l'objet du service, consistant en la fourniture de repas pour les cantines scolaires, pour les crèches et pour les centres aérés, pour un total prévu, par l'article 14 du contrat, de 140 jours par an environ pour la restauration scolaire, 90 jours par an environ pour les accueils de loisir et 226 jours par an environ pour les 3 EAJ existants, le nombre d'usagers n'est pas non plus susceptible de variations substantielles durant l'exécution de la convention. Dans ces conditions, et alors même qu'ainsi que le soutient la commune de Saint-Benoît en appel, le nouveau dispositif de pointage et de facturation instauré à compter de 2014 exigeait un important changement de pratique pour le délégataire et pour les familles et avait engendré une dégradation des impayés au 31 décembre 2014 de 198 081 euros, la part de risque transférée au délégataire n'implique pas une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que le cocontractant ne peut être regardé comme supportant un risque lié à l'exploitation du service, ainsi que l'a d'ailleurs jugé le Conseil d'Etat dans un arrêt n° 407213 du 24 mai 2017 rendu dans le cadre du recours, formé par la société " Régal des Iles ", contre la convention provisoire pour la gestion du service public de restauration municipale signée le 28 novembre 2016 par la collectivité territoriale avec la société Dupont Restauration Réunion. Par suite, la convention litigieuse ne revêt pas le caractère d'une délégation de service public, mais celui d'un marché public de services.

CE, 25 mai 2018, n° 416825, Philippe Védiaud Publicité

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le contrat litigieux, dont l'objet et l'équilibre économique ont été rappelés au point 3 ci-dessus, ne comporte aucune stipulation prévoyant le versement d'un prix à son titulaire ; que celui-ci est exposé aux aléas de toute nature qui peuvent affecter le volume et la valeur de la demande d'espaces de mobilier urbain par les annonceurs publicitaires sur le territoire de la commune, sans qu'aucune stipulation du contrat ne prévienne la prise en charge, totale ou partielle, par la commune des pertes qui pourraient en résulter ; qu'il suit de là que ce contrat, dont l'attributaire se voit transférer un risque lié à l'exploitation des ouvrages à installer, constitue un contrat de concession et non un marché public ».

CE, 14 février 2017, n°405157, SMPA

« La convention de terminal conclue dans le cadre de l'article R. 5312-84 du code des transports entre le Grand port maritime de Bordeaux (GPMB) et une société confiée à cette dernière le soin de réaliser les investissements nécessaires, d'assurer la pérennité de l'exploitation et de permettre le développement de l'activité conteneurs sur le site du Verdon. A cette fin, la société s'engage à investir sur le terminal, à construire et entretenir les équipements, bâtiments, outillages et terre-pleins nécessaires au maintien et au développement de l'activité portuaire, à assurer l'exploitation technique et commerciale du terminal en ayant la responsabilité des opérations de débarquement, d'embarquement, de manutention et de stockage des conteneurs et autres marchandises. Cette

exploitation donne lieu au versement au GPMB d'une redevance composée d'une part fixe et d'une part variable indexée sur le trafic réalisé. En contrepartie, la société attributaire se voit mettre à disposition les terrains et ouvrages nécessaires et reconnaître le droit d'exploiter le terminal, le GPMB s'engageant à assurer l'entretien des infrastructures. Alors même que l'article R. 5312-84 du code des transports dispose que les conventions de terminal valent autorisation d'occuper le domaine public, la convention litigieuse doit, compte tenu des engagements réciproques des parties, être regardée non comme une simple convention d'occupation du domaine public mais comme un contrat administratif conclu pour répondre aux besoins du GPMB qui, en application de l'article L. 5312-2 du code des transports, a en charge non seulement la gestion et la valorisation du domaine dont il est propriétaire ou qui lui est affecté, mais aussi la construction et l'entretien de l'infrastructure portuaire, ainsi que l'aménagement et la gestion des zones industrielles ou logistiques liées à l'activité portuaire, sans pouvoir en principe, en vertu de la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008, assurer lui-même l'exploitation des outillages portuaires de manutention. Cette convention de terminal a ainsi pour objet principal l'exécution, pour les besoins du GPMB, d'une prestation de services rémunérée par une contrepartie économique constituée d'un droit d'exploitation, et qui transfère au cocontractant le risque d'exploitation. Elle revêt pour ces motifs le caractère d'une concession de services au sens et pour l'application de l'article 5 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016.»

Fiche technique DAJ – Les marchés publics et autres contrats, p. 20

« Les concessions d'aménagement

Les concessions d'aménagement, prévues aux articles L. 300-4 et suivants et R.* 300-4 et suivants du code de l'urbanisme, permettent à l'État, aux collectivités territoriales ainsi que leurs établissements publics, de concéder à un tiers, aménageur, sous sa maîtrise d'ouvrage, la réalisation d'une opération ayant pour objet de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur, de lutter contre l'insalubrité et l'habitat indigne ou dangereux, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels.

L'aménageur assure la réalisation des travaux et équipements concourant à l'opération prévue dans la concession d'aménagement, ainsi que les études et toutes missions nécessaires à leur exécution. Il peut également être chargé par le concédant d'acquérir des biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par voie d'expropriation ou de préemption. Le concessionnaire se rémunère en procédant à la vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession.

Le critère de distinction entre les concessions d'aménagement qui relèvent du droit des marchés publics et celles qui relèvent du droit des concessions réside dans la question de savoir si un risque d'exploitation est supporté par l'aménageur ».

CAA Nantes, 2 février 2015, n°13NT02139, SARL les Farfadets

« L'aménageur doit s'apprécier au regard de l'ensemble des stipulations du contrat s'agissant du mode de rémunération retenu, de l'importance des apports et subventions des collectivités publiques, du sort des biens non commercialisés en fin de contrat et des garanties consenties par la personne publique contractante ».

Le régime des concessions d'aménagement emportant transfert d'un risque économique lié à l'opération d'aménagement est aligné sur le régime des contrats de concession de l'ordonnance et du décret relatif aux contrats de concession. Ainsi, l'ancien article R.* 300-11-7 du code de l'urbanisme prévoyait un régime de procédure et de publicité adaptés aux caractéristiques de chaque contrat pour les concessions d'aménagement d'un montant inférieur au seuil européen. Cet article a été abrogé. Le décret relatif aux contrats de concession maintient toutefois une garantie procédurale pour la passation de ces concessions d'aménagement qui présentent les caractéristiques des contrats de concession. En effet, quelle que soit la valeur estimée du contrat de concession, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice organise la procédure en respectant les dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et son décret d'application n° 2016-86 du 1er février 2016. À l'inverse, les concessions d'aménagement qui

n'emportent pas transfert d'un risque économique lié à l'opération d'aménagement relèvent du droit des marchés publics. Dans ce cas, l'ordonnance n° 2015-899 et son décret d'application n° 2016-360 s'appliquent, sous réserve des règles spécifiques édictées par les articles R.* 300-11-2 et R.* 300-11-3 du code de l'urbanisme ».

Fiche technique DAJ – Les marchés publics et autres contrats, p.21 :

« Les contrats de revitalisation artisanale et commerciale

L'article 19 de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises prévoit la mise en œuvre par l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, à titre expérimental et pour une période de cinq ans, de contrats de revitalisation artisanale et commerciale. Ces contrats de revitalisation artisanale et commerciale ont pour objet de favoriser la diversité, le développement et la modernisation des activités commerciales dans des zones marquées par le développement de la mono-activité, la dégradation ou la disparition de l'offre commerciale de proximité.

L'adoption de cette disposition résulte du constat de l'inadaptation de la formule de la concession d'aménagement pour dynamiser le commerce en ville, lorsque la mission confiée par la collectivité ne relève pas d'une opération globale d'aménagement comprenant des équipements publics. Ces contrats, attribués après mise en concurrence, autorisent l'opérateur à acquérir les biens nécessaires à leur mise en œuvre, le cas échéant, par voie de préemption. Il peut, de plus, procéder à la vente ou à la location des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre d'intervention. Le critère de distinction entre les contrats de revitalisation artisanale et commerciale qui relèvent du droit des marchés publics et ceux qui relèvent du droit des concessions réside dans la question de savoir si un risque d'exploitation est supporté par le cocontractant. Le régime des contrats de revitalisation artisanale et commerciale emportant transfert d'un risque économique lié à l'opération d'aménagement est aligné sur le régime des contrats de concession de l'ordonnance et du décret relatif aux contrats de concession. Quelle que soit la valeur estimée du contrat de concession, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice organise la procédure en respectant les dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et son décret d'application n° 2016-86 du 1er février 2016. À l'inverse, lorsqu'il n'y a pas de transfert de risque de l'opération, ce contrat sera qualifié de marché public et soumis à l'ordonnance n° 2015-899 et à son décret d'application n° 2016-360, sous réserve des dispositions spécifiques de l'article 4 du décret n° 2015-815 du 3 juillet 2015 relatif à la procédure d'attribution des contrats de revitalisation artisanale et commerciale ».

TC, 7 avril 2014, n° C3949

« Contrat par lequel un office municipal de tourisme, établissement public local tenant sa qualité d'établissement public industriel et commercial de la loi n° 64-698 du 10 juillet 1964 relative à la création d'offices du tourisme dans les stations classées, confie à une société l'édition d'un guide touristique et concède en contrepartie à cette société l'exploitation, à titre exclusif, de la publicité dans ce guide, et prévoit que cette société tirera sa rémunération de l'exercice de cette activité économique en vendant des espaces aux annonceurs...» Eu égard à son objet et à son équilibre financier, un tel contrat ne constitue pas un marché public et n'est, dès lors, pas un contrat administratif par détermination de l'article 2 de la loi n° 2001-1168 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF) ».

CE, 7 mars 2014, n° 372897, CHU de Rouen

« Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'eu égard à la nature de l'activité concernée, à son organisation, aux obligations imposées au cocontractant et aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, le CHU - Hôpitaux de Rouen doit être regardé comme ayant entendu confier à son cocontractant la gestion, sous son contrôle, du service public portant sur l'ensemble de la communication extérieure des patients, dont la rémunération est assurée par les résultats de l'exploitation ; qu'il suit de là que le contrat litigieux relève de la procédure de passation d'une délégation de service public et non du code des marchés publics »

CJUE, 10 mars 2011, C-274/09, Stadler c/ Groupement communal de Passau

« Il y a lieu de relever que le risque d'exploitation économique du service doit être compris comme le risque d'exposition aux aléas du marché (voir, en ce sens, arrêt Eurawasser, précité, points 66 et 67), lequel peut se traduire par le risque de concurrence de la part d'autres opérateurs, le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d'absence de couverture intégrale des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service (voir, en ce sens, arrêts du 27 octobre 2005, Contse e.a., C-234/03, Rec. p. I-9315, point 22, ainsi que Hans & Christophorus Oymanns, précité, point 74).

En revanche, des risques tels que ceux liés à une mauvaise gestion ou à des erreurs d'appréciation de l'opérateur économique ne sont pas déterminants aux fins de qualifier un contrat de marché public ou de concession de services, de tels risques étant, en effet, inhérents à tout contrat, que celui-ci corresponde à un marché public de services ou à une concession de services.

[...]

L'article 1^{er}, paragraphes 2, sous d), et 4, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens que, lorsque la rémunération de l'opérateur économique retenu est intégralement assurée par des personnes distinctes du pouvoir adjudicateur ayant attribué le contrat portant sur des services de secours et que cet opérateur économique ne court un risque d'exploitation, fût-il très limité, en raison, notamment, du fait que le montant des droits d'utilisation des services en cause dépend du résultat de négociations annuelles avec des tiers et qu'il n'est pas assuré d'une couverture intégrale des coûts exposés dans le cadre d'une gestion de ses activités conforme aux principes énoncés par le droit national, ledit contrat doit être qualifié de contrat de «concession de services», au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 4, de cette directive ».

Section 2 - Objet du contrat de concession

Article L. 1121-2

Un contrat de concession de travaux a pour objet :

1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au présent code ;

2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante.

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

Article L. 1121-3

Un contrat de concession de services a pour objet la gestion d'un service. Il peut consister à concéder la gestion d'un service public.

Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

La délégation de service public mentionnée à l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales est une concession de services ayant pour objet un service public et conclue par une collectivité territoriale, un établissement public local, un de leurs groupements, ou plusieurs de ces personnes morales.

CAA Nantes, 8 juin 2018, n° 17NT00076, SARL Terrain Service

« En 2011, le conseil municipal d'Hédé-Bazouges a décidé de créer la zone d'aménagement concertée (ZAC). Par un avis d'appel public à la concurrence du 29 octobre 2012, la commune a engagé une procédure de consultation en vue de conclure une convention d'aménagement. Par une délibération du 23 mai 2013, le conseil municipal a décidé de conclure cette convention avec la société d'aménagement et de développement d'Ille-et-Vilaine (SADIV). Le 20 juin 2013, la commune de Hédé-Bazouges a informé le groupement formé des sociétés Espacil et Terrain Service du rejet de

leur offre. La convention de concession a été signée, après autorisation du conseil municipal, le 20 décembre 2013. La société Terrain Service, concurrente évincée, relève appel du jugement du 10 novembre 2016 par lequel le tribunal administratif de Rennes a rejeté sa demande tendant à l'annulation de cette convention, ou à défaut à sa résiliation, et à la condamnation de la commune à lui verser une somme en réparation du préjudice subi du fait de son éviction illégale (recours dit Tropic). Parmi les nombreux arguments invoqués à l'appui de son recours, deux méritent d'être rappelés.

En premier lieu, la requérante contestait le fait de ne pas avoir été invitée à discuter de son offre avec la commune. Après avoir rappelé les dispositions des articles R. 300-8 et R. 300-9 du Code de l'urbanisme, la cour rejette le moyen au motif que la commune « était libre d'engager des discussions avec les candidats de son choix ». L'absence de la requérante dans la phase de discussion n'est pas de nature à entacher la convention de concession d'illégalité.

En second lieu, la requérante faisait valoir que la commune avait, à tort, engagé une procédure négociée : selon elle, la concession d'aménagement ne faisait pas supporter à l'aménageur un risque significatif et aurait donc dû être passée en respectant les règles applicables aux marchés publics. La cour rejette là encore le moyen en procédant à une analyse détaillée des stipulations financières de la convention : « l'aménageur assume les risques de l'opération et tire sa rémunération des résultats de celle-ci » ; toute participation du concédant est exclue ; « dans l'hypothèse où l'opération d'aménagement serait excédentaire à l'expiration de la concession d'aménagement, l'aménageur reversera 30 % des excédents à la commune » ; les charges supportées par l'aménageur sont couvertes pour l'essentiel par les produits des cessions et locations des biens aménagés et les participations dues par les constructeurs et propriétaires ; certes, l'aménageur peut solliciter des aides financières directes ou indirectes, y compris des subventions mais la garantie d'emprunts ou les pénalités ou la possibilité de bénéficier des apports fonciers de l'établissement foncier de Bretagne ne suffisent à neutraliser le risque économique pris par l'aménageur : « En l'absence notamment de toute compensation financière en cas de déficit d'exploitation, l'aménageur assume les risques financiers de l'opération, sans certitude quant à sa rémunération ou à l'équilibre financier de l'opération d'aménagement ».

Article L. 1121-4

Un contrat de concession portant sur des travaux et des services est une concession de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.

Chapitre II - LE CONTRAT DE CONCESSION DE DEFENSE OU DE SECURITE

Article L. 1122-1

Un contrat de concession de défense ou de sécurité est un contrat de concession passé par l'Etat ou ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et ayant pour objet des travaux ou des services mentionnés à l'article L. 1113-1.

Livre II - LES ACTEURS DE LA COMMANDE PUBLIQUE
Titre I - LES ACHETEURS ET LES AUTORITES CONCEDANTES

Article L1210-1

Les acheteurs et les autorités concédantes soumis au présent code sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.

Chapitre I - LES POUVOIRS ADJUDICATEURS

Article L. 1211-1

Les pouvoirs adjudicateurs sont :

- 1° Les personnes morales de droit public ;
- 2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :
 - a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;
 - b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;
 - c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;
- 3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun.

Personnes morales de droit public

CJUE, 17 septembre 1998, C-323/96, Commission c/ Royaume de Belgique

« La définition du pouvoir adjudicateur, qui a un contenu identique dans les deux directives, énonce que, aux fins de chacune d'entre elles, « sont considérés comme 'pouvoirs adjudicateurs', l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public ».

Les personnes morales de droit privé

CE, 30 avr. 2019, n° 426698, Société Total Marketing France

« Si les missions de construction, d'entretien et d'exploitation des autoroutes dont sont chargées à titre principal les sociétés d'autoroutes visent à satisfaire des besoins d'intérêt général au sens des dispositions qui précèdent, la société APRR, qui est une société concessionnaire d'autoroutes à capitaux majoritairement privés, ne répond à aucune des conditions mentionnées aux a, b et c de l'article 9 de l'ordonnance de 2016. Elle ne peut, par suite, être regardée comme un pouvoir adjudicateur ni, en tout état de cause, comme une entité adjudicatrice, ce dont il découle que le juge du référé précontractuel n'est pas compétent pour connaître du contrat litigieux par application des articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative. [...] »

Si l'article L. 122-20 du code de la voirie routière, issu de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, a ainsi étendu la compétence du juge du référé précontractuel aux marchés publics de travaux, fournitures ou services passés par les sociétés concessionnaires d'autoroute, dont la passation a été soumise par cette loi à des règles de procédure, aucune disposition législative n'a étendu cette compétence aux contrats, tel celui de l'espèce, d'exploitation des installations annexes passés par les sociétés concessionnaires d'autoroute, lorsque ces sociétés n'ont ni la qualité de pouvoir adjudicateur ni celle d'entité adjudicatrice, alors même que la loi du 6 août 2015 a soumis la passation de ces contrats à des règles de procédure ».

Rép. min. n° 18662 : JOAN 21 mai 2019, p. 4734 (Q. 9 avr. 2019, Mme Danielle Brulebois)

« Une association est soumise aux règles de la commande publique dans quatre cas : si elle est un pouvoir adjudicateur, si elle est une association transparente, si elle agit comme mandataire d'une personne elle-même soumise aux dispositions du droit de la commande publique. Afin de savoir si les

associations du secteur médico-social, personnes morales de droit privé, peuvent être qualifiées de pouvoirs adjudicateurs, il convient, conformément à l'article L. 1211-1 du code de la commande publique, d'apprécier si elles ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et si elles remplissent une des trois conditions suivantes : leur activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; leur gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; leur organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur. Seul un examen au cas par cas permet de déterminer si une telle association satisfait ou non aux critères énoncés. La notion d'intérêt général telle qu'utilisée pour qualifier une entité de pouvoir adjudicateur est interprétée largement par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). En l'espèce, les associations du secteur médico-social, personnes morales de droit privé, à but non lucratif, visent précisément à satisfaire les besoins de santé de la population. Il semble dès lors difficile de considérer que leur activité ne constituerait pas une activité d'intérêt général. En outre, pour apprécier si des activités d'intérêt général poursuivent un but autre qu'industriel ou commercial, la CJUE se fonde sur un faisceau d'indices liés aux circonstances ayant présidé à la création de l'entité et aux conditions dans lesquelles celle-ci exerce son activité. En l'espèce ces associations à but non lucratif, qui sont pour certaines soumises à l'interdiction de facturation de dépassement des tarifs fixés par l'autorité administrative et des tarifs d'honoraires prévus au 1° du I de l'article L. 162-14-1 du code de la sécurité sociale et qui sont soumis à certaines obligations spécifiques prévues à l'article L. 6112-2 du code de la santé publique, peuvent être considérés comme satisfaisant un but d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial. Le critère du financement public peut être rempli si les financements unilatéraux sans contrepartie de prestations rendues, et notamment les subventions, sont majoritaires. Le critère de la gestion soumise au contrôle d'un pouvoir adjudicateur pourrait être rempli pour certaines associations. Le contrôle requis se caractérise par la capacité d'influencer les décisions de l'organisme concerné. Ce doit être un contrôle actif. Il semble impossible d'affirmer, d'une manière générale, que le critère de la soumission de la gestion à un contrôle d'un pouvoir adjudicateur serait rempli. Il n'est pas exclu que le critère de la gouvernance soit rempli par certaines associations. En application de la jurisprudence, ce critère est rempli lorsque, du fait de la composition des organismes d'administration, de direction ou de surveillance, un pouvoir adjudicateur dispose d'un poids lui permettant d'exercer une influence décisive sur les décisions les plus importantes et les orientations stratégiques de l'entité. En conséquence, il convient d'analyser au cas par cas si ce critère alternatif est rempli. En conclusion, et contrairement à ce qu'affirme la compagnie nationale des commissaires aux comptes, il n'est pas possible de considérer, d'une manière générale, voire pour certaines catégories seulement d'association, du secteur médico-social, que la qualification de pouvoir adjudicateur doit être écartée. Seule une étude au cas par cas est susceptible de permettre de se prononcer sur ce point ».

CJUE, 15 mai 2003, C-214/00, Commission contre royaume d'Espagne

« Il est constant que la SIEPSA a été spécifiquement créée pour assumer, à titre exclusif, l'exécution des programmes et actions prévus dans le plan d'amortissement et de création de centres pénitentiaires, aux fins de la mise en œuvre de la politique pénitentiaire de l'État espagnol. À cet effet, elle exerce, ainsi qu'il ressort de ses statuts, toutes les activités qui s'avèrent nécessaires aux fins de la construction, de la gestion et de la liquidation du patrimoine pénitentiaire de cet État. 85 Les besoins d'intérêt général que la SIEPSA se charge de satisfaire constituant donc une condition nécessaire à l'exercice du pouvoir répressif de l'État, ils sont intrinsèquement liés à l'ordre public ».

Créées

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

« Une entité qui n'a pas été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, mais qui a par la suite pris en charge de tels besoins, dont elle assure, depuis, effectivement la satisfaction, remplit la condition pour pouvoir être qualifiée d'organisme de droit public, à condition que la prise en charge de la satisfaction de ces besoins puisse être constatée objectivement ».

Besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial

CJUE, 15 janvier 1998, C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a

« Une entreprise qui exerce des activités commerciales et dont un pouvoir adjudicateur détient la majorité des parts ne doit pas être considérée comme un organisme de droit public au sens de l'article 1er, sous b), de la directive 93/37 et, partant, comme un pouvoir adjudicateur au sens de cette disposition, au seul motif que cette entreprise aurait été créée par le pouvoir adjudicateur ou que ce dernier lui transférerait des moyens financiers découlant des activités qu'il exerce en vue de satisfaire des besoins d'intérêt général à caractère autre qu'industriel ou commercial.

Un marché public de travaux n'est pas soumis aux dispositions de la directive 93/37 lorsqu'il porte sur un projet qui, depuis son origine, relève, dans son intégralité, de l'objet social d'une entreprise qui ne constitue pas un pouvoir adjudicateur et que les marchés de travaux relatifs à ce projet ont été passés par un pouvoir adjudicateur pour le compte de cette entreprise ».

CJUE, 10 novembre 1998, C-360/96, Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV

« L'article 1er, sous b), deuxième alinéa, de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, doit être interprété en ce sens que le législateur a opéré une distinction entre, d'une part, les besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et, d'autre part, les besoins d'intérêt général ayant un caractère industriel ou commercial.

La notion de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial n'exclut pas des besoins qui sont également satisfaits ou pourraient l'être par des entreprises privées.

La qualité d'organisme de droit public ne dépend pas de l'importance relative de la satisfaction de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dans l'activité de l'organisme en question. Il est également indifférent que des activités commerciales soient exercées par une personne morale distincte qui fait partie du même groupe ou « concern » que lui.

L'article 1er, sous b), deuxième alinéa, de la directive 92/50 doit être interprété en ce sens que l'existence ou l'absence de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial s'apprécie objectivement, la forme juridique des dispositions dans lesquelles de tels besoins sont exprimés étant, à cet égard, indifférente ».

CJUE, 22 mai 2003, C-18/01, Riitta Korhonen Oy

« Une société anonyme créée, détenue et gérée par une collectivité territoriale répond à un besoin d'intérêt général, au sens de l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, lorsqu'elle acquiert des services visant à promouvoir le développement d'activités industrielles ou commerciales sur le territoire de ladite collectivité. Afin d'évaluer si ce besoin est dépourvu de caractère industriel ou commercial, il appartient à la juridiction nationale d'apprécier les circonstances ayant présidé à la création de cette société et les conditions dans lesquelles elle exerce son activité, en ce compris, notamment, l'absence de poursuite d'un but lucratif à titre principal, l'absence de prise en charge des risques liés à cette activité ainsi que le financement public éventuel de l'activité en cause.

La circonstance que les locaux à construire ne soient loués qu'à une seule entreprise n'est pas de nature à remettre en cause la qualité d'organisme de droit public du bailleur dès lors qu'il est établi que celui-ci répond à un besoin d'intérêt général dépourvu de caractère industriel ou commercial ».

Financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur

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

« L'article 1^{er}, paragraphe 9, deuxième alinéa, sous c), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens qu'un organisme, tel un ordre professionnel de droit public, ne remplit ni le critère relatif au financement majoritaire par les pouvoirs publics lorsque cet organisme est financé majoritairement par les

cotisations payées par ses membres, dont la loi l'habilite à fixer et à percevoir le montant, dans le cas où cette loi ne détermine pas l'étendue et les modalités des actions que ledit organisme entreprend dans le cadre de l'accomplissement de ses missions légales, que ces cotisations sont destinées à financer, ni le critère relatif au contrôle de la gestion par les pouvoirs publics du seul fait que la décision par laquelle le même organisme fixe le montant desdites cotisations doit être approuvée par une autorité de tutelle ».

CJUE, 3 octobre 2000, C-380/98, The Queen contre H.M. Treasury ex parte : University of Cambridge

« L'expression « financée... par [un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs] », visée à l'article 1er, sous b), deuxième alinéa, troisième tiret, des directives 92/50/ CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, et 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, doit être interprétée en ce sens qu'elle comprend les bourses ou les subventions accordées par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs aux fins de promouvoir les travaux de recherche ainsi que les bourses destinées aux étudiants versées aux universités par les autorités régionales en charge de l'enseignement et couvrant les frais de scolarité d'étudiants nommément désignés. Ne constituent pas, en revanche, un financement public au sens desdites directives les versements effectués par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs soit dans le cadre d'un contrat de prestations de services comprenant des travaux de recherche, soit en contrepartie de la prestation d'autres services, tels qu'une expertise ou l'organisation de conférences ».

Contrôle

CJUE, 27 février 2003, C-373/00, Adolf Truley

« Au regard des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la troisième question qu'un simple contrôle a posteriori ne répond pas au critère du contrôle de la gestion figurant à l'article 1er , sous b), deuxième alinéa, troisième tiret, de la directive 93/36. Répond en revanche à un tel critère une situation dans laquelle, d'une part, les pouvoirs publics contrôlent non seulement les comptes annuels de l'organisme concerné, mais également sa gestion en cours sous l'angle de l'exactitude des chiffres cités, de la régularité, de la recherche d'économies, de la rentabilité et de la rationalité et, d'autre part, ces mêmes pouvoirs publics sont autorisés à visiter les locaux d'exploitation et les installations dudit organisme et à rapporter les résultats de ces contrôles à une collectivité territoriale détenant, par le biais d'une autre société, le capital de l'organisme en question ».

CJUE, 1er février 2001, C-237/99, Commission contre République française

« Dès lors que les règles de gestion sont très détaillées, la simple surveillance de leur respect peut, à elle seule, aboutir à conférer une emprise importante aux pouvoirs publics ».

Chapitre II - LES ENTITES ADJUDICATRICES

Article L. 1212-1

Les entités adjudicatrices sont :

- 1° Les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies aux articles L. 1212-3 et L. 1212-4 ;
- 2° Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies aux articles L. 1212-3 et L. 1212-4 ;
- 3° Lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice de ces activités et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer celle-ci.

Ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs les droits d'exclusivité accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels

et non discriminatoires.

Les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur

CE, 10 avril 2015, n°387128, Société Automatismes Corses

« Considérant, en premier lieu, qu'ainsi qu'il vient d'être dit, la chambre de commerce et d'industrie territoriale d'Ajaccio et de Corse-du-Sud a pu légalement engager la passation du marché litigieux en tant qu'entité adjudicatrice ; qu'en cette qualité, elle pouvait, sans méconnaître ses obligations de publicité et de mise en concurrence, recourir à une procédure négociée en application des dispositions des articles 144, 165 et 166 du code des marchés publics ».

CE, 23 Novembre 2011, n° 349746, Société GIHP Lorraine Transports

« Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'en passant le marché litigieux, la communauté d'agglomération de Sarreguemines Confluences ne s'est pas bornée à faire l'acquisition d'équipements ou de matériels adaptés au transport des personnes à mobilité réduite et s'intégrant au réseau de transport public de l'ensemble de la population déjà constitué et exploité en régie, mais a confié à un tiers l'exécution d'un service public spécifique directement exploité par le groupement ATS Transport / SE Ambulances Vilhem / SARL Massing Inter Service attributaire du marché ; qu'en confiant ainsi à ce groupement l'exploitation du service de transport des personnes à mobilité réduite, la communauté d'agglomération de Sarreguemines Confluences a agi en qualité de pouvoir adjudicateur et non en qualité d'entité adjudicatrice ; que, par suite, le marché litigieux devait être passé non pas sur le fondement des dispositions de l'article 135 du code des marchés publics mais sur celui des dispositions de la première partie de ce code et, eu égard à son objet et son montant, selon la procédure formalisée prévue par ces dispositions ».

CE, 24 juin 2011, n°346529, Communauté d'agglomération Rennes Métropole

« Considérant que l'acquisition, par un pouvoir adjudicateur, d'un équipement destiné à la constitution d'un réseau de transport public ou s'intégrant à un réseau de transport public déjà constitué, que son exploitation ait été ou non déléguée, doit être regardée, en fonction de son mode de gestion, soit comme une activité d'exploitation d'un réseau soit comme une activité de mise à disposition du réseau, au sens de l'article 135 du code des marchés publics, et par suite comme une activité exercée par une entité adjudicatrice pour l'application de l'article 134 de ce code ; que, dès lors, le juge des référés du tribunal administratif de Rennes a commis une erreur de droit en jugeant que l'acquisition, par la communauté d'agglomération, de bornes d'informations sur le trafic et la desserte de son réseau de transport par autobus n'était pas une activité de mise à disposition du réseau, au motif qu'elle en avait délégué l'exploitation, et en statuant par conséquent sur le fondement des articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative, applicables aux marchés conclus par les pouvoirs adjudicateurs et non à ceux conclus par les entités adjudicatrices ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen du pourvoi, l'ordonnance attaquée doit être annulée ».

Droit spéciaux et exclusifs

Article 2, paragraphe 3, de la directive 93/38/CEE : Il s'agit de droits accordés par une autorité compétente, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux.

Article L1212-2

Sous réserve des dispositions de l'article L. 2192-15, est une entreprise publique au sens du présent code tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété de l'entreprise, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence des pouvoirs adjudicateurs est réputée dominante lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance.

L'article L. 2192-15

Loi 2004-1343 2004-12-09 art. 80 XVII JORF 10 décembre 2004

« II. - Pour l'application du présent article, on entend par entreprise publique tout organisme qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel une ou des personnes publiques exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence des personnes publiques est réputée dominante lorsque celles-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance ».

Article L1212-3

Sont des activités d'opérateur de réseaux :

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

- a) De gaz ou de chaleur ;
- b) D'électricité ;
- c) D'eau potable.

L'alimentation de réseaux comprend la production, la vente en gros et la vente de détail.

Sont également considérées comme des activités d'opérateurs de réseaux lorsqu'elles sont liées aux activités mentionnées au présent 1°, l'évacuation ou le traitement des eaux usées ainsi que les projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, pour autant que le volume d'eau utilisé pour l'alimentation en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau utilisé pour ces projets ;

2° Les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique ayant pour objet :

- a) D'extraire du pétrole ou du gaz ;
- b) De prospecter ou d'extraire du charbon ou d'autres combustibles solides ;
- 3° Les achats ou les activités d'exploitation destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition des transporteurs des aéroports, des ports maritimes, des ports fluviaux ou d'autres terminaux ;
- 4° Les activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramway, trolleybus, autobus, autocar, câble ou tout système automatique, ou les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux.

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

5° Les activités visant à fournir des services postaux mentionnés à l'article L. 1 du code des postes et des communications électroniques ou, lorsqu'ils sont fournis par une entité adjudicatrice exerçant par ailleurs de tels services postaux, les services suivants :

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

Article L1212-4

Ne sont pas des activités d'opérateur de réseaux :

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

- a) La production de gaz ou de chaleur par l'entité concernée est le résultat inévitable de l'exercice d'une activité autre que celles mentionnées à l'article L. 1212-3 ;

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

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

a) La production d'électricité par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées à l'article L. 1212-3 ;

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

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

a) La production d'eau potable par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées à l'article L. 1212-3 ;

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

Titre II LES OPERATEURS ECONOMIQUES, LES CANDIDATS ET LES SOUMISSIONNAIRES

Article L. 1220-1

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

CE 18 sept. 2015, n° 390041, Assoc. de gestion du CNAM des Pays de la Loire

« Il appartient au juge du référé précontractuel, saisi de moyens sur ce point, de s'assurer que l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur pour exclure ou admettre une candidature ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Dans ce cadre, lorsque le candidat est une personne morale de droit public, il lui incombe de vérifier que l'exécution du contrat en cause entrerait dans le champ de sa compétence et, s'il s'agit d'un établissement public, ne méconnaîtrait pas le principe de spécialité auquel il est tenu. Un établissement public ne méconnaît pas le principe de spécialité en candidatant à un marché dont l'objet constitue un complément normal de sa mission statutaire ».

CE 30 déc. 2014, no 355563, Sté Armor SNC

« Les compétences dont disposent les collectivités territoriales ou les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) s'exercent, hormis celles qui leur sont confiées pour le compte de l'Etat, en vue de satisfaire un intérêt public local. Si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou ces EPCI se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est à dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission.... Une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence. En particulier, le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié ».

CJUE, 18 déc. 2014, C-568/13, Azienda Ospedalieri-Universitaria Careggi-Firenze c/Data medical Service Srl

« L'article 1^{er}, sous c), de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, s'oppose à une législation nationale excluant la participation d'un établissement hospitalier public, tel que celui en cause au principal, aux procédures d'attribution de marchés publics, en raison de sa qualité d'organisme public économique, si et dans la mesure où cet établissement est autorisé à opérer sur le marché conformément à ses objectifs institutionnels et statutaires.

Les dispositions de la directive 92/50, et en particulier les principes généraux de libre concurrence, de nondiscrimination et de proportionnalité qui sous-tendent cette directive, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une législation nationale permettant à un établissement hospitalier public, tel que celui en cause au principal, participant à un appel d'offres de soumettre une offre à laquelle aucune concurrence ne peut faire face, grâce aux financements publics dont il bénéficie. Toutefois, dans le cadre de l'examen du caractère anormalement bas d'une offre sur le fondement de l'article 37 de cette directive, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération l'existence d'un financement public dont bénéficie un tel établissement au regard de la faculté de rejeter cette offre ».

CJUE, 19 novembre 1999, C-107/98, Teckal SRL

« La directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non ».

Article L. 1220-2

Un candidat est un opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un contrat de la commande publique.

À participer ou est invité à participer :

CAA Nancy, 18 nov. 2013, n° 12NC01181, Communauté de communes de Vesle Montagne de Reims

« [...] qu'il incombe notamment à la personne responsable du marché d'informer les candidats évincés du rejet de leur candidature ou de leur offre et de respecter un délai raisonnable avant de signer le marché afin de permettre aux intéressés, éventuellement, de contester le rejet qui leur est opposé ».

DAJ, note explicative sur le registre des dépôts (Formulaire OUV1) :

« Les plis arrivant après le jour ou l'heure limite fixé pour la réception des plis sont enregistrés. Les plis transmis sur support papier sont renvoyés sans être ouverts aux candidats, aussitôt après la réunion d'admission des plis. Ils sont conservés en temps qu'archives dans le cas où l'enveloppe extérieure ne permet pas d'identifier l'expéditeur. Les plis transmis par voie électronique ou sur support physique électronique sont détruits ou effacés après épuisement des délais de recours [...] qu'un opérateur économique qui, du fait de circonstances qui lui sont exclusivement imputables, et pour lesquelles il est constant que le comportement du pouvoir adjudicateur n'a exercé aucune influence dans le déroulement chronologique de la phase préparatoire de son dossier, a déposé un pli après l'expiration du délai dont il a eu parfaitement connaissance pour soumissionner, ne peut être regardé comme une entreprise candidate à l'attribution du marché au sens de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative ; que, par suite, il ne peut revendiquer le bénéfice d'un intérêt lui donnant qualité à agir devant le juge des référés contractuels et n'est pas recevable, dès lors, à invoquer devant ce juge des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du marché en cause ». Il ajoute que « la finalité essentielle de cette procédure n'est pas de repêcher les opérateurs économiques qui, du fait exclusif de leurs carences, se sont eux-mêmes placés dans une situation leur interdisant de soumissionner ».

CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Département de Tarn-et-Garonne

« Tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles ».

Article L. 1220-3

Un soumissionnaire est un opérateur économique qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un contrat de la commande publique.

Livre III - LES CONTRATS MIXTES
FICHE DAJ

Article L. 1300-1

Le choix de conclure un contrat destiné à satisfaire des besoins ne relevant qu'en partie du présent code ou relevant de plusieurs de ses parties ne peut avoir pour but de le soustraire aux règles définies par celui-ci.

Ce contrat mixte est soumis aux dispositions du présent livre.

Titre I CONTRATS MIXTES PORTANT SUR DES BESOINS RELEVANT DU PRESENT CODE ET D'AUTRES BESOINS
Chapitre I CONTRATS MIXTES COMPORTANT DES PRESTATIONS DISSOCIABLES

Article L. 1311-1

Lorsqu'un acheteur décide de conclure un contrat unique destiné à satisfaire des besoins, objectivement dissociables, qui, d'une part, relèvent du droit commun des marchés prévu au livre Ier de la deuxième partie ou de son livre II relatif aux marchés de partenariat et, d'autre part, ne relèvent pas du présent code, ce contrat est soumis à ces livres.

Préambule Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, §11

« Dans le cas de marchés mixtes, qui peuvent donner lieu à des marchés séparés, les pouvoirs adjudicateurs sont toujours libres d'attribuer des marchés distincts pour les différentes parties du marché mixte, auquel cas les dispositions applicables à chaque partie distincte devraient être établies exclusivement eu égard aux caractéristiques du marché en question. Cela étant, lorsque les pouvoirs adjudicateurs décident d'inclure d'autres éléments dans le marché, qu'elle qu'en soit la valeur ou quel que soit le régime juridique dont les éléments ajoutés auraient autrement relevé, le principe directeur devrait être que, lorsqu'un marché attribué indépendamment devrait être passé conformément aux dispositions de la présente directive, celle-ci continue de s'appliquer au marché mixte dans son ensemble.

Article L. 1311-2

Lorsqu'une autorité concédante décide de conclure un contrat unique destiné à satisfaire des besoins, objectivement dissociables, qui, d'une part, relèvent du droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la troisième partie et, d'autre part, ne relèvent pas du présent code, ce contrat est soumis à ce livre.

Lorsque ce contrat a pour objet plusieurs activités dont l'une seulement constitue une activité d'opérateur de réseau, il est soumis aux dispositions applicables à son objet principal. Lorsque l'objet principal du contrat ne peut être objectivement déterminé, le contrat est soumis aux dispositions du livre Ier de la troisième partie.

Chapitre II CONTRATS MIXTES COMPORTANT DES PRESTATIONS INDISSOCIABLES

Article L. 1312-1

Lorsqu'un acheteur conclut un contrat unique destiné à satisfaire des besoins, objectivement indissociables, qui, d'une part, relèvent du droit commun des marchés prévu au livre Ier de la deuxième partie ou de son livre II relatif aux marchés de partenariat et, d'autre part, ne relèvent pas du présent code, ce contrat est soumis aux dispositions applicables à son objet principal.

Lorsque l'objet principal du contrat ne peut être objectivement déterminé, le contrat est soumis aux dispositions des livres Ier ou II de la deuxième partie.

Objectivement indissociables

Préambule Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, §11

L'appréciation du caractère séparable ou non des différentes parties devrait être faite au cas par cas,

les intentions exprimées ou présumées du pouvoir adjudicateur de considérer les différents aspects d'un marché mixte comme indivisibles ne devant pas suffire, mais devant être corroborées par des éléments de preuve objectifs de nature à les justifier et à établir la nécessité de conclure un marché unique. Ce besoin justifié de conclure un marché unique pourrait, par exemple, exister dans le cas de la construction d'un seul et même bâtiment dont l'une des parties serait destinée à être utilisée directement par le pouvoir adjudicateur concerné et l'autre à être exploitée sur la base d'une concession, par exemple pour offrir des emplacements de stationnement au public. Il convient de préciser que la nécessité de conclure un marché unique peut être due à des raisons tant techniques qu'économiques ».

CJUE, 22 décembre 2010, C-215/09, Mehiläinen Oy, Terveystalo Healthcare Oy, contre Oulun Kaupunki

« Il importe de souligner que les intentions exprimées ou présumées des parties contractantes de considérer les différents volets composant un contrat mixte comme inséparables ne sont pas suffisantes, mais doivent s'appuyer sur des éléments objectifs susceptibles de les justifier et de fonder la nécessité de conclure un contrat unique ».

CJUE, 29 octobre 2009, C-536/07, Commission contre Allemagne

« L'opération en cause comporte dès lors un volet «construction» et un volet «location» ou «financement». À cet égard, indépendamment des questions de savoir quel est l'élément prépondérant ou l'objectif principal de cette opération et si la ville de Cologne a agi simplement en tant que garant à l'égard de GKM-GbR, dont l'examen relève du fond de l'affaire, il convient de constater que ces différents volets de ladite opération forment un tout indissociable. En effet, la construction des ouvrages, telle que conçue et exécutée, n'aurait pas eu de raison d'être en l'absence du contrat de location, et ce dernier n'aurait pu avoir d'existence autonome sans la future réalisation des ouvrages, telle que prévue dans ledit contrat. Dès lors, ne saurait être accueillie la thèse de la République fédérale d'Allemagne suivant laquelle le contrat principal comporte des parties pertinentes et des parties non pertinentes ou neutres au regard du présent recours ».

Objet principal

CAA Nantes, 19 sept. 2014, n° 12NT02593, Cté de cnes de Vire

« L'opération approuvée par la délibération en litige constitue une vente dont le prix sera partiellement payé sous la forme de la réalisation et du financement par l'acquéreur de travaux de remise en état et de clôture de parcelles privées à la charge de la communauté de communes ; qu'ainsi, ces travaux, qui ne sont qu'une modalité de paiement d'une partie du prix de vente, dont ils représenteront au maximum le quart, ne constituent pas l'objet principal du contrat ; qu'il s'ensuit que l'opération n'a pas le caractère d'une convention publique d'aménagement dont la conclusion devrait être précédée d'une mise en concurrence »

CJUE, 6 mai 2010, C-145/08, Club Hotel Loutraki AE c/ Ethniko Symvoulío Radiotileorasis

« Dans le cas d'un contrat mixte dont, aux termes de l'avis de marché, les différents volets sont liés d'une manière inséparable et forment ainsi un tout indivisible, l'opération en cause doit être examinée dans son ensemble de manière unitaire aux fins de sa qualification juridique.

[...] Un contrat mixte dont l'objet principal est l'acquisition par une entreprise de 49 % du capital d'une entreprise publique et dont l'objet accessoire, indissociablement lié à cet objet principal, porte sur la fourniture de services et l'exécution de travaux ne relève pas, dans son ensemble, du champ d'application des directives en matière de marchés publics ».

CJUE, 29 octobre 2009, Aff. C-536/07, Commission contre Allemagne

« Or, conformément à la jurisprudence de la Cour, lorsqu'un contrat contient à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux ainsi que des éléments ayant trait à un autre type de marché, c'est l'objet principal du contrat qui détermine les règles communautaires applicables. Il convient de constater en outre que les ouvrages concernés ont été réalisés conformément aux spécifications très détaillées explicitées par la ville de Cologne dans le contrat principal. Il ressort de

ce contrat et de ses annexes que lesdites spécifications, qui se rapportent à un descriptif précis des bâtiments à construire, de leur qualité et de leurs équipements, vont bien au-delà des exigences habituelles d'un locataire à l'égard d'un nouvel immeuble d'une certaine envergure ».

« En effet, l'élément déterminant aux fins de la qualification d'un marché tel que celui en cause est l'objet principal de celui-ci, et non le montant de la rémunération de l'entrepreneur ou les modalités de règlement de celle-ci. En outre, une comparaison directe entre les deux montants susvisés, considérés en chiffres absolus, n'est pas possible, dans la mesure où le montant approximatif de 600 millions d'euros sera payé par des versements mensuels échelonnés sur près de 30 ans, tandis que le montant de 235 millions d'euros correspond à la valeur du coût des travaux lors de leur achèvement à la fin de l'année 2005. En réalité, le montant de 600 millions d'euros, considéré en valeur actualisée au moment de l'achèvement des travaux, s'approche considérablement du montant de 235 millions d'euros. En tout état de cause, même si une partie dudit montant de 600 millions d'euros devait représenter la rémunération d'un élément propre à la location, cette partie serait nécessairement peu importante et ne saurait influencer sur la qualification du marché en cause ».

CE, 3 juin 2009, n° 311798, Commune de Saint-Germain-en-Laye

« La COMMUNE DE SAINT-GERMAIN-EN-LAYE a souhaité procéder à la réhabilitation de terrains, appartenant à la ville de Paris, situés dans la plaine d'Achères, en vue d'y développer des espaces paysagers ou forestiers, d'y créer un centre de recherche sur les technologies de l'eau et de l'assainissement et d'y installer un centre d'entraînement du club professionnel du Paris Saint-Germain ; que pour financer l'acquisition de ces terrains, ainsi que leur dépollution, la commune a souhaité en confier la charge à un opérateur moyennant le droit d'exploiter, sur une partie des terrains en cause, pendant une durée de quinze ans, un gisement de granulats compris dans le sous-sol, la ville percevant une rétribution au titre du droit de forage en tenant compte des charges incombant à l'opérateur et du bénéfice qu'il est en droit d'attendre ; que la COMMUNE DE SAINT-GERMAIN-EN-LAYE a lancé en 2006 une consultation en vue du choix de l'opérateur ; que le cahier des charges établi par la commune prévoit notamment, s'agissant des terrains affectés au club du Paris Saint-Germain et qui ne seront pas exploités comme carrière, que l'opérateur prendra à sa charge leur dépollution et qu'à la fin des travaux de dépollution, les terrains devront être rendus à la même altimétrie et conformes à l'aménagement de terrains de sport ; que s'agissant des terrains exploités comme carrière, il dispose que l'opérateur devra apporter les garanties qu'il met en oeuvre une réhabilitation du site assurant durablement sa compatibilité avec le type d'activités prévues au PLU (...) et qu'au terme de leur exploitation, les terrains devront être recouverts de terre saine sur au moins deux mètres pour permettre un aménagement paysager de ces terrains, à la charge de l'opérateur et à l'issue de l'activité d'extraction (...) et que l'aménagement comportera une partie plantée en arbre de haute tige et d'essence forestière. Le reste sera aménagé en prairie.

[...] Considérant que le juge des référés n'a pas dénaturé les termes du cahier des charges ni commis d'erreur de droit au regard de la réglementation applicable en matière d'installations classées en jugeant que si le contrat envisagé concédait à l'exploitant le droit d'extraire les matériaux du sous-sol d'une partie des terrains concernés, en lui rappelant les obligations de remise en état incombant à l'exploitant d'une installation classée, il avait pour objet de répondre, par les travaux demandés au titulaire, à un besoin de la commune en matière de dépollution et d'aménagement des parcelles en cause.

Considérant qu'ayant ainsi caractérisé l'objet du contrat, le juge des référés en a déduit, ainsi qu'il y était explicitement tenu dès lors que sa compétence pour connaître de la procédure était contestée, et sans soulever d'office un moyen, que ce contrat administratif devait être regardé comme un marché public de travaux au sens de l'article 1er de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 ; que la circonstance que la commune n'assurerait pas la maîtrise d'ouvrage des travaux envisagés ne faisant pas obstacle à une telle qualification, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit à cet égard ».

CJUE, 21 février 2008, C-412/04, Commission contre République italienne

« Il ressort, en outre, de la jurisprudence de la Cour que, lorsqu'un contrat contient à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux ainsi que des éléments ayant trait à un autre type de marché, c'est l'objet principal du contrat qui détermine quelle directive communautaire relative à

des marchés publics trouve en principe à s'appliquer (voir arrêt du 18 janvier 2007, Auroux e.a., C-220/05, Rec. p. I-385, point 37).

Ainsi, et en particulier, le champ d'application de la directive 93/37 est lié à l'objet principal du contrat, lequel doit être déterminé dans le cadre d'un examen objectif de l'ensemble du marché sur lequel porte ce contrat.

Cette détermination doit avoir lieu au regard des obligations essentielles qui prévalent et qui, comme telles, caractérisent ce marché, par opposition à celles qui ne revêtent qu'un caractère accessoire ou complémentaire et sont imposées par l'objet même du contrat, le montant respectif des différentes prestations en présence n'étant, à cet égard, qu'un critère parmi d'autres à prendre en compte aux fins de ladite détermination ».

CJCE, 18 janv. 2007, C-220/05, Jean Auroux e. a. c/ Cne Roanne

« En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour que, lorsqu'un contrat contient à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux ainsi que des éléments ayant trait à un autre type de marché public, c'est l'objet principal du contrat qui détermine quelle directive communautaire de marchés publics trouve en principe à s'appliquer (voir arrêt du 19 avril 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Rec. p. I-1329, point 29) ».

« Il ressort de l'analyse de la convention que l'objet principal de celle-ci, ainsi que la Commission l'a soutenu, est l'exécution d'un ensemble de travaux aboutissant à la réalisation d'un ouvrage au sens de l'article 1, sous c), de la directive, à savoir un pôle de loisirs. Les éléments de services prévus par la convention, tels que l'acquisition foncière, la recherche de fonds, l'organisation d'un concours d'architecture et/ou d'ingénierie ainsi que la commercialisation des bâtiments font partie de l'achèvement de cet ouvrage ».

CJCE, 19 avr. 1994, C-331/92, Gestion Hotelera Internacional

« Il y a lieu de répondre que, lorsque les travaux à effectuer dans l'hôtel et le casino n'ont qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet principal de l'adjudication, l'ensemble de cette adjudication ne peut être qualifié de marché public de travaux au sens de la directive 71/305 ».

« Un contrat mixte qui porte à la fois sur l'exécution de travaux et une cession de biens ne relève pas du champ d'application de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, si l'exécution des travaux présente seulement un caractère accessoire par rapport à la cession de biens ».

Article L. 1312-2

Lorsqu'une autorité concédante conclut un contrat unique destiné à satisfaire des besoins, objectivement indissociables, qui, d'une part, relèvent du droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la troisième partie et, d'autre part, qui ne relèvent pas du présent code, ce contrat est soumis aux dispositions applicables à son objet principal.

Lorsque l'objet principal du contrat ne peut être objectivement déterminé, le contrat est soumis aux dispositions du livre Ier de la troisième partie.

CE, Ass., 10 juin 1994, n° 141633, Commune de Cabourg

« le projet de convention dite "bail emphytéotique" et le projet de convention de financement de travaux entre la commune de Cabourg et la société Casa Nostra international, qui ont été déferés par la Société anonyme d'organisation de loisirs et spectacles au président du tribunal administratif de Caen, sur le fondement de l'article L. 22 précité, sont liés l'un à l'autre et ont pour objet de faire réaliser des travaux d'aménagements de l'immeuble communal dit "casino de Cabourg", la rémunération de la société Casa Nostra international consistant dans le droit d'exploiter l'ouvrage pendant une durée de soixante ans dans les conditions prévues par le projet de convention dite "bail emphytéotique" ; que selon les stipulations de ce projet, les constructions qui seront édifiées et les travaux qui seront effectués par la société deviendront la propriété de la commune ; que le montant des travaux prévus dans les projets de conventions est supérieur au montant de 34 700 000 F fixé par l'arrêt ministériel du 31 mars 1992 ; qu'ainsi lesdites conventions entrent dans les prévisions de l'article 11 de la loi du 3 janvier 1991 et doivent faire l'objet des mesures de publicité prévues par le

décret du 31 mars 1992»

TITRE II - CONTRATS RÉPONDANT À DES BESOINS D'ACHETEURS ET D'AUTORITÉS CONCÉDANTES
CHAPITRE Ier - CONTRATS COMPORTANT DES PRESTATIONS DISSOCIABLES

Article L1321-1

Lorsqu'un acheteur décide de conclure un contrat unique alors que ce contrat porte sur des prestations, objectivement dissociables, qui relèvent, d'une part, du droit commun des marchés prévu au livre Ier de la deuxième partie ou de son livre II relatif aux marchés de partenariat et, d'autre part, du droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la troisième partie, ce contrat est soumis :

1° Au droit commun des marchés prévu au livre Ier de la deuxième partie ou de son livre II relatif aux marchés de partenariat si la valeur estimée hors taxe des prestations qui relèvent de ces livres est supérieure aux seuils européens applicables aux marchés publics mentionnés dans l'avis annexé au présent code ;

2° Aux dispositions applicables à son objet principal dans le cas contraire.

Article L1321-2

Lorsqu'une autorité concédante décide de conclure un contrat unique alors que ce contrat porte sur des prestations, objectivement dissociables, qui relèvent à la fois du droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la troisième partie et du droit commun des marchés prévu au livre Ier de la deuxième partie ou de son livre II relatif aux marchés de partenariat, ce contrat est soumis aux dispositions de l'article L. 1321-1.

Lorsque ce contrat a pour objet plusieurs activités dont l'une seulement constitue une activité d'opérateur de réseau, il est soumis aux dispositions applicables à son objet principal. Lorsque l'objet principal du contrat ne peut être objectivement déterminé, le contrat est soumis aux dispositions des livres Ier ou II de la deuxième partie.

Article L1322-1

Lorsqu'un acheteur conclut un contrat unique portant sur des prestations, objectivement indissociables, qui relèvent, d'une part, du droit commun des marchés prévu au livre Ier de la deuxième partie ou de son livre II relatif aux marchés de partenariat et, d'autre part, du droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la troisième partie, ce contrat est soumis aux dispositions applicables à son objet principal.

Lorsque l'objet principal du contrat ne peut être objectivement déterminé, le contrat est soumis au droit commun des marchés prévu au livre Ier de la deuxième partie ou de son livre II relatif aux marchés de partenariat.

Article L1322-2

Lorsqu'une autorité concédante conclut un contrat unique portant sur des prestations, objectivement indissociables, qui relèvent à la fois du droit commun des marchés prévu au livre Ier de la deuxième partie ou de son livre II relatif aux marchés de partenariat et du droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la troisième partie, ce contrat est soumis aux dispositions applicables à son objet principal.

Pour l'application du présent article, lorsque le contrat porte sur des prestations qui relèvent à la fois du contrat de concession de service et des marchés publics de fournitures, son objet principal est déterminé en fonction de la valeur estimée la plus élevée de ces services ou fournitures respectifs.

Chapitre III - Contrats comportant des prestations relevant des marchés de défense ou de sécurité

Article L1323-1

L'acheteur ou l'autorité concédante applique, au choix, le livre III de la deuxième partie relatif aux marchés de défense ou de sécurité ou le droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier

de la troisième partie au contrat portant à la fois sur des prestations qui relèvent des unes et des prestations qui relèvent des autres, à condition que la passation d'un contrat unique soit justifiée par des raisons objectives.

Titre III : CONTRATS COMPORTANT DES PRESTATIONS RÉPONDANT AUX INTÉRÊTS ESSENTIELS DE SÉCURITÉ

Article L1330-1

Par dérogation aux titres Ier et II, lorsqu'un contrat porte à la fois sur des prestations qui relèvent de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et des prestations qui relèvent du droit commun des marchés prévu au livre Ier de la deuxième partie, de son livre II relatif aux marchés de partenariat ou de son livre III relatif aux marchés de défense ou de sécurité ou du droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la troisième partie, le contrat est soumis respectivement au régime juridique particulier applicable aux autres marchés publics prévu au livre V de la deuxième partie ou des autres contrats de concession prévu au livre II de la troisième partie, à condition que la passation d'un contrat unique soit justifiée par des raisons objectives.

Article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

« 1. Les dispositions des traités ne font pas obstacle aux règles ci-après :

a) aucun État membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité,

b) tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires.

2. Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, peut apporter des modifications à la liste, qu'il a fixée le 15 avril 1958, des produits auxquels les dispositions du paragraphe 1, point b), s'appliquent ».

Livre IV - DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

Article L1400-1

En application de l'article 73 de la Constitution, les dispositions du présent code s'appliquent de plein droit en Guadeloupe, en Guyane, à la Martinique, à La Réunion et à Mayotte, sous réserve des dispositions prévues par le titre consacré à ces collectivités dans le livre relatif à l'outre-mer de chaque partie.

Article L1400-2

Les dispositions du présent code s'appliquent de plein droit à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin et à Saint-Pierre-et-Miquelon, sous réserve des dispositions prévues par les titres consacrés à chacune de ces collectivités dans le livre relatif à l'outre-mer de chaque partie.

Article L1400-3

Les dispositions du présent code ne sont applicables dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises que dans la mesure et les conditions prévues par les titres consacrés à chacune de ces collectivités dans le livre relatif à l'outre-mer de chaque partie.

Titre Ier - DISPOSITIONS PARTICULIÈRES À LA GUADELOUPE, LA GUYANE, LA MARTINIQUE, LA RÉUNION ET MAYOTTE

Titre II - DISPOSITIONS PARTICULIÈRES À SAINT-BARTHÉLEMY

Chapitre unique.

Article L1421-1

Pour l'application à Saint-Barthélemy de l'article L. 1330-1, les mots : « l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériels de guerre ».

Titre III - DISPOSITIONS PARTICULIÈRES À SAINT-MARTIN

Titre IV - DISPOSITIONS PARTICULIÈRES À SAINT-PIERRE-ET-MIQUELON

Chapitre unique.

Article L1441-1

Pour l'application à Saint-Pierre-et-Miquelon de l'article L. 1330-1, les mots : « l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériels de guerre ».

Titre V - DISPOSITIONS APPLICABLES DANS LES ÎLES WALLIS ET FUTUNA

Chapitre unique.

Article L1451-1

Sous la réserve des adaptations prévues par le présent titre, les dispositions suivantes sont applicables dans les îles Wallis et Futuna aux marchés publics conclus par l'Etat ou ses établissements publics et aux contrats de concession conclus par l'Etat ou ses établissements publics ainsi que par les autres organismes et personnes de droit public et de droit privé chargés par l'Etat d'une mission de service public administratif, dans leur rédaction résultant de l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018, sauf mention contraire dans le tableau ci-après.

DISPOSITIONS APPLICABLES	DANS LEUR REDACTION
L. 1 à L. 6	
Au livre Ier	
L. 1100-1	
Au titre Ier	
L. 1110-1 à L. 1113-1	
Au titre II	
L. 1120-1 à L. 1122-1	
Au livre II	
Au titre Ier	
L. 1210-1 à L. 1212-4	
Au titre II	
L. 1220-1 à L. 1220-3	
Au livre III	
L. 1300-1	
Au titre Ier	
L. 1311-1 à L. 1312-2	
Au titre II	

L. 1321-1à L. 1323-1	
Au titre III	
L. 1330-1	

Article L1451-2

Pour l'application de la présente partie dans les îles Wallis et Futuna :

1° A l'article L. 1121-3, le troisième alinéa est supprimé ;

2° A l'article L. 1330-1, les mots : « l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériels de guerre ».

Titre VI - DISPOSITIONS APPLICABLES EN POLYNÉSIE FRANÇAISE**Chapitre unique.****Article L1461-1**

Sous la réserve des adaptations prévues par le présent titre, les dispositions suivantes sont applicables en Polynésie française aux marchés publics et aux contrats de concession conclus par l'Etat ou ses établissements publics, sous réserve des compétences dévolues à cette collectivité, dans leur rédaction résultant de l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018, sauf mention contraire dans le tableau ci-après.

DISPOSITIONS APPLICABLES	DANS LEUR REDACTION
L. 1 à L. 6	
Au livre Ier	
L. 1100-1	
Au titre Ier	
L. 1110-1à L. 1113-1	
Au titre II	
L. 1120-1 à L. 1122-1	
Au livre II	
Au titre Ier	

L. 1210-1 à L. 1212-4	
Au titre II	
L. 1220-1 à L. 1220-3	
Au livre III	
L. 1300-1	
Au titre Ier	
L. 1311-1à L. 1312-2	
Au titre II	
L. 1321-1à L. 1323-1	
Au titre III	
L. 1330-1	

Article L1461-2

Pour l'application de la présente partie en Polynésie française :

1° A l'article L. 1121-3, le troisième alinéa est supprimé ;

2° A l'article L. 1330-1, les mots : « l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériels de guerre ».

Titre VII - DISPOSITIONS APPLICABLES EN NOUVELLE-CALÉDONIE**Chapitre unique.****Article L1471-1**

Sous la réserve des adaptations prévues par le présent titre, les dispositions suivantes sont applicables en Nouvelle-Calédonie aux marchés publics et aux contrats de concession conclus par l'Etat ou ses établissements publics, sous réserve des compétences dévolues à cette collectivité, dans leur rédaction résultant de l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018, sauf mention contraire dans le tableau ci-après.

DISPOSITIONS APPLICABLES	DANS LEUR REDACTION
L. 1 à L. 6	

Au livre Ier	
L. 1100-1	
Au titre Ier	
L. 1110-1à L. 1113-1	
Au titre II	
L. 1120-1 à L. 1122-1	
Au livre II	
Au titre Ier	
L. 1210-1 à L. 1212-4	
Au titre II	
L. 1220-1 à L. 1220-3	
Au livre III	
L. 1300-1	
Au titre Ier	
L. 1311-1à L. 1312-2	
Au titre II	
L. 1321-1à L. 1323-1	
Au titre III	
L. 1330-1	

Article L1471-2
 Pour l'application de la présente partie en Nouvelle-Calédonie :
 1° A l'article L. 1121-3, le troisième alinéa est supprimé ;
 2° A l'article L. 1330-1, les mots : « l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union

européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériels de guerre ».

Titre VIII - DISPOSITIONS APPLICABLES DANS LES TERRES AUSTRALES ET ANTARCTIQUES FRANÇAISES

Chapitre unique.

Article L1481-1
 Sous la réserve des adaptations prévues par le présent titre, les dispositions suivantes sont applicables dans les Terres australes et antarctiques françaises aux marchés publics conclus par l'Etat ou ses établissements publics et aux contrats de concession conclus par l'Etat ou ses établissements publics ainsi que par les autres organismes et personnes de droit public et de droit privé chargés par l'Etat d'une mission de service public administratif, dans leur rédaction résultant de l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018, sauf mention contraire dans le tableau ci-après.

DISPOSITIONS APPLICABLES	DANS LEUR REDACTION
L. 1 à L. 6	
Au livre Ier	
L. 1100-1	
Au titre Ier	
L. 1110-1à L. 1113-1	
Au titre II	
L. 1120-1 à L. 1122-1	

Au livre II	
Au titre Ier	
L. 1210-1 à L. 1212-4	
Au titre II	
L. 1220-1 à L. 1220-3	
Au livre III	
L. 1300-1	
Au titre Ier	
L. 1311-1à L. 1312-2	
Au titre II	
L. 1321-1à L. 1323-1	

Au titre III	
L. 1330-1	

Article L1481-2

Pour l'application de la présente partie dans les Terres australes et antarctiques françaises :

1° A l'article L. 1121-3, le troisième alinéa est supprimé ;

2° A l'article L. 1330-1, les mots : « l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériels de guerre ».

PARTIE II - MARCHES PUBLICS
Livre préliminaire MARCHÉS PUBLICS MIXTES

Article L2000-1

Lorsqu'un acheteur conclut un contrat destiné à satisfaire des besoins, objectivement dissociables, qui relèvent, d'une part, du droit commun des marchés prévu au livre Ier de la présente partie et de son livre II relatif aux marchés de partenariat et, d'autre part, du régime juridique particulier applicable aux autres marchés publics prévu au livre V ou aux autres contrats de concession prévu au livre II de la troisième partie, ce contrat est soumis au droit commun des marchés prévu au livre Ier et au livre II relatif aux marchés de partenariat de la présente partie.

Article L2000-2

Lorsqu'un acheteur conclut un contrat destiné à satisfaire des besoins, objectivement indissociables, qui relèvent, d'une part, du droit commun des marchés prévu au livre Ier de la présente partie et de son livre II relatif aux marchés de partenariat et, d'autre part, du régime juridique particulier applicable aux autres marchés publics du livre V ou du livre II de la troisième partie, ce contrat est soumis aux dispositions applicables à son objet principal.

Lorsque l'objet principal du contrat ne peut être objectivement identifié, le contrat est soumis au droit commun des marchés prévu au livre Ier et au livre II relatif aux marchés de partenariat de la présente partie.

Article L2000-3

Lorsqu'un acheteur décide de conclure un contrat qui porte à la fois sur des prestations qui relèvent des marchés publics régis par les livres Ier, II ou III de la présente partie et des prestations qui n'en relèvent pas en vertu de l'article L. 2515-1, ce contrat est soumis au régime juridique particulier applicable aux autres marchés publics prévu au livre V de la présente partie, à condition que la passation d'un contrat unique soit justifiée par des raisons objectives.

Article L2000-4

Lorsqu'un acheteur décide de conclure un marché public qui porte à la fois sur des prestations qui relèvent des marchés de défense ou de sécurité régis par le livre III et des prestations qui relèvent des marchés autres que de défense ou de sécurité régis par les livres Ier ou II, les règles prévues au livre III de la présente partie s'appliquent, quel que soit l'objet principal du contrat, à condition que la passation d'un marché public unique soit justifiée par des raisons objectives.

Article L2000-5

Lorsqu'un acheteur décide de conclure un marché public unique relevant du livre Ier destiné à répondre à un besoin concernant à la fois ses activités de pouvoir adjudicateur et ses activités d'entité adjudicatrice, les règles du livre Ier applicables sont :

- 1° Les règles applicables aux entités adjudicatrices, lorsque le besoin à satisfaire est principalement lié à l'activité d'entité adjudicatrice ;
- 2° Les règles applicables aux pouvoirs adjudicateurs, lorsque le besoin à satisfaire est principalement lié à l'activité de pouvoir adjudicateur ou s'il est impossible de déterminer à quelle activité ce marché public est principalement destiné.

Livre Ier - DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article L2100-1

Sous réserve des dispositions de l'article L. 2500-1, les marchés définis à l'article L. 1111-1 sont régis par les dispositions du présent livre.

Article R2100-1

La Banque de France, l'Institut d'émission des départements d'outre-mer, l'Institut d'émission d'outre-mer, l'Institut de France, l'Académie française, l'Académie des inscriptions et belles-lettres, l'Académie des sciences, l'Académie des beaux-arts, l'Académie nationale de médecine, l'Académie des sciences morales et politiques, les offices publics de l'habitat, Pôle emploi, la Caisse des dépôts et consignations et, pour leurs achats destinés à la conduite de leurs activités de recherche, les établissements publics de l'Etat à caractère administratif ayant dans leurs statuts une mission de recherche appliquent les règles relatives aux acheteurs autres que l'Etat, ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.

Article L2100-2

Les contrats conclus par des personnes de droit privé qui ne sont pas des acheteurs mentionnés à l'article L. 1210-1 et qui sont subventionnés directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur sont soumis aux dispositions de la présente partie, à l'exception des chapitres Ier à III et du chapitre VI du titre IX du présent livre, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° La valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code ;

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

- a) Des activités de génie civil figurant sur la liste mentionnée au 1° de l'article L. 1111-2 ;
- b) Des travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires ainsi qu'aux bâtiments à usage administratif ;
- c) Des prestations de services liés aux travaux mentionnés au présent article.

Ces contrats peuvent toujours être conclus en lots séparés.

Le pouvoir adjudicateur qui octroie des subventions veille au respect des dispositions des livres Ier, II, III et V de la présente partie.

Titre I - PREPARATION DU MARCHÉ PUBLIC
Chapitre I - DEFINITION DU BESOIN

Article L2111-1

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

La nature et l'étendue des besoins

CAA Douai, 17 janvier 2013 n° 12DA00780, Commune de Hazebrouck

« Si les mentions [du CCTP] faisaient largement reposer l'étendue des prestations susceptibles d'être proposées par les candidats sur **une visite des locaux et leur propre évaluation in situ** des besoins eu égard aux contraintes propres à l'établissement, ces mentions ne comportaient pas un encadrement suffisamment précis et complet permettant de connaître les attentes réelles de la collectivité publique, notamment quant au périmètre précis du musée qui devrait être soumis au dispositif de surveillance, aux critères justifiant l'installation de dispositifs de surveillance dans les salles ou à l'extérieur des bâtiments, au nombre, au moins minimal, de caméras à installer compte tenu de la valeur des œuvres, des biens ou de la vulnérabilité des personnes et des lieux, ou encore aux critères de contraintes techniques liées aux équipements de vidéosurveillance souhaités ; que le règlement de la consultation n'était, dès lors, pas de nature à permettre aux candidats de présenter une offre adaptée aux prestations attendues ».

CAA Lyon, 15 décembre 2011, n°11LY00242, Association des contribuables actifs lyonnais

« La location d'une loge dans le stade de Gerland est motivée, dans la délibération attaquée, par le fait que dans le cadre de sa politique de rayonnement de son territoire, la Communauté urbaine souhaite tirer partie de la notoriété des clubs sportifs et des valeurs positives qu'ils représentent pour renforcer son rayonnement et son image auprès de ses habitants, du public français et européen ; que la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON ne peut être regardée comme ayant ainsi défini, préalablement à son achat, la nature de ses besoins, en lien avec l'exercice des compétences qu'elle tient des dispositions précitées du code général des collectivités territoriales ; **qu'elle ne peut utilement se prévaloir, en tout état de cause, ni de ce qu'elle aurait accueilli des entrepreneurs dans cette loge ni de ce que les élus qui s'y rendent seraient amenés à y rencontrer des acteurs de la vie économique et sociale, dès lors que la définition de la nature des besoins doit être préalable à l'achat de la prestation** ; que, par suite, la délibération du 8 septembre 2008 a été prise en méconnaissance des dispositions des articles précitées ».

CE, 1^{er} juin 2011, n°345649, Commune de Saint Benoît

« Aux termes de l'article 5 du code des marchés publics (CMP) : "La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminés avec précision avant tout appel à la concurrence (...)" Il en résulte que le pouvoir adjudicateur doit définir ses besoins avec suffisamment de précision pour permettre aux candidats de présenter une offre adaptée aux prestations attendues, compte tenu des moyens nécessaires pour les réaliser.,1) Pour permettre l'élaboration de cette offre et pour en déterminer le prix, les candidats doivent disposer, notamment dans le cadre d'une procédure de passation formalisée ne permettant pas de négociation avec le pouvoir adjudicateur, **d'informations relatives à la date d'achèvement du marché.,2) Si le pouvoir adjudicateur entend laisser aux candidats la faculté de proposer eux-mêmes une date précise d'achèvement, il lui revient alors d'encadrer cette faculté**, en fixant par exemple une **date butoir** ou une **fourchette de dates** possibles pour l'échéance du marché, sans que, compte tenu des critères de sélection des offres, il en résulte une incertitude telle qu'elle ne permette pas aux candidats de présenter utilement une offre ».

CJUE, 25 mars 2010, n° C-451/08, Helmut Müller

« Pour qu'il puisse être admis qu'un pouvoir adjudicateur a précisé ses besoins au sens de ladite disposition, il faut que ce dernier ait pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci ».

CE, 4 avril 2005, n°265784, Commune de Castellar

« Qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions (des articles 5, 36 et 68 du code des marchés publics) que si les prescriptions du programme fonctionnel détaillé peuvent être modifiées après la remise des offres, ces modifications ne peuvent porter sur la nature et l'étendue des besoins de la personne publique, lesquelles peuvent seulement faire l'objet des précisions nécessaires pour répondre aux éléments d'information complémentaires apparus au cours de la procédure et à la condition que ces précisions soient portées en temps utile à la connaissance de tous les candidats ayant fait une offre pour leur permettre de l'adapter ».

CC, 26 juin 2003, n°2003-473 DC, loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit

« 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 ».

Avec précision

CE, 18 décembre 2012, n°363208, UGAP

« Considérant, en premier lieu, que si la société Atexo soutient que l'UGAP a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence et méconnu les dispositions de l'article 5 du code des marchés publics en ne précisant pas suffisamment la nature et l'étendue des besoins à satisfaire et en prévoyant, pour chacun des lots du marché, un montant prévisionnel de neuf millions d'euros, un tel manquement, à le supposer établi, n'est pas susceptible d'avoir lésé cette société, dès lors que celle-ci n'a présenté sa candidature que pour le lot n° 3 et qu'elle a pu déposer utilement une offre pour ce lot, laquelle a été jugée régulière, et donc conforme aux exigences du règlement de la consultation, et a été examinée puis classée par le pouvoir adjudicateur . »

CE, 15 décembre 2008, n°310380, Communauté urbaine de Dunkerque

« Faute d'avoir précisément défini le type des prestations complémentaires envisagées, lesquelles doivent nécessairement être en rapport direct avec l'objet du marché, la COMMUNAUTE URBAINE DE DUNKERQUE et la VILLE DE DUNKERQUE n'ont pas, eu égard à **l'insuffisante définition de la nature et de l'étendue de leurs besoins**, et à la marge de choix discrétionnaire qu'elles s'étaient ainsi réservée, prévu des modalités d'examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ; qu'ainsi, et alors même que le sous-critère « services annexes » n'occupait pas une place prépondérante, dans le jugement des offres, compte tenu du coefficient de pondération qui lui était affecté, la COMMUNAUTE URBAINE DE DUNKERQUE et la VILLE DE DUNKERQUE ont manqué aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui leur incombent ; qu'un tel manquement, qui est de nature à léser la société Decaux au stade de l'examen des offres, justifie l'annulation de la procédure de passation du marché ».

CE, 8 août 2008, n°307143, Région Bourgogne

« Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le motif tiré de la méconnaissance par la REGION DE BOURGOGNE de ses obligations de publicité et de mise en concurrence, faute d'avoir défini avec une **précision suffisante les exigences relatives au contenu de la prestation objet de la tranche conditionnelle**, justifie à lui seul l'annulation de la procédure par l'ordonnance attaquée ».

CE, 29 juillet 1998, n°190452, Commune de Léognan

« Par une appréciation souveraine qui n'est pas entachée de dénaturation, que **le tonnage de 3 600 tonnes par an fixé dans le cahier des clauses techniques particulières ne correspondait pas à la quantité d'ordures ménagères collectées au cours des années précédentes qui ne dépassait pas 2 800 tonnes** et que les articles 5-3 et 7 du même cahier des clauses techniques particulières imposaient aux candidats l'option de collecte de nuit et le déchargement des bennes à ordures à une société exploitée par la société Coved, le président du tribunal administratif a pu légalement déduire que cette double circonstance était de nature à créer une situation de concurrence inégale en faveur de la société Coved, bénéficiaire du marché de collecte précédent et concessionnaire de l'usine de

traitement, constitutive d'un manquement aux obligations de mise en concurrence au sens des dispositions précitées de l'article L. 22 précité ».

CE, 29 décembre 1997, n°159693, Département de Paris

« En se bornant, dans l'avis d'appel de candidatures, à indiquer comme objet : "études et réalisations d'opérations de reconstruction, d'extension ou de construction de **divers équipements scolaires**, sociaux, sportifs culturels ou bâtiments administratifs susceptibles d'être engagés au cours du quatrième trimestre 1991" alors que le marché a été conclu pour la modernisation **d'un seul établissement** scolaire, le département de Paris, eu égard à l'imprécision de la description de l'objet du marché dans l'avis d'appel de candidatures, ne peut être regardé comme ayant satisfait aux obligations de publicité prévues par l'article 108 ter ».

Le développement durable

CE, 23 novembre 2011, n°351570, Communauté urbaine de Nice-Côte-d'Azur

« Le pouvoir adjudicateur doit, en application des dispositions précitées de l'article 5 du code des marchés publics, concilier, pour la détermination de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire, des objectifs de protection et de mise en valeur de l'environnement, de développement économique et de progrès social ; que si les dispositions du I de l'article 53 lui permettent de se fonder notamment, pour attribuer le marché, sur les performances en matière de protection de l'environnement, elles lui imposent seulement de retenir les critères permettant d'attribuer l'offre économiquement la plus avantageuse ».

CJCE, 4 décembre 2002, n°C-448/01 EVN AG contre République d'Autriche

« La réglementation communautaire en matière de marchés publics ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur retienne, dans le cadre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse pour l'attribution d'un marché de fourniture d'électricité, un critère d'attribution d'un marché d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, affectés d'un coefficient de 45 %, la circonstance que ledit critère ne permet pas nécessairement d'atteindre l'objectif visé étant sans pertinence cet égard. En revanche, cette réglementation s'oppose à un tel critère dans la mesure où : - il n'est pas assorti d'exigences permettant d'assurer un contrôle effectif de l'exactitude des informations contenues dans les offres; - il exige des soumissionnaires qu'ils indiquent la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables qu'ils seront en mesure de fournir à une clientèle non définie et attribue le maximum de points au soumissionnaire qui indique la quantité la plus importante, étant précisé que seule est prise en compte la fraction dépassant la consommation prévisible dans le cadre de l'appel d'offres.

Il appartient à la juridiction nationale de vérifier si, en dépit de l'omission de la part du pouvoir adjudicateur de fixer une date de fourniture déterminée, le critère d'attribution a été formulé de manière suffisamment claire pour satisfaire aux exigences d'égalité de traitement et de transparence des procédures de passation des marchés publics ».

CJCE, 17 septembre 2002, n°C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab c/ Helsinginkaupunki et autres

« L'article 36, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, doit être interprété en ce sens que, lorsque, dans le cadre d'un marché public relatif à la prestation de services de transports urbains par autobus, le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, il peut prendre en considération des critères écologiques, tels que le niveau d'émissions d'oxyde azotique ou le niveau sonore des autobus, pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination.

Le principe d'égalité de traitement ne s'oppose pas à la prise en considération de critères liés à la protection de l'environnement, tels que ceux en cause au principal, du seul fait que la propre

entreprise de transports de l'entité adjudicatrice figure parmi les rares entreprises ayant la possibilité de proposer un matériel qui satisfasse auxdits critères ».

Article R2111-1

Afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences.

Les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes mentionnés à l'article L. 3.

Article R2111-2

L'acheteur prend les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché d'un opérateur économique qui aurait eu accès à des informations ignorées par d'autres candidats ou soumissionnaires, en raison de sa participation préalable, directe ou indirecte, à la préparation de cette procédure.

Cet opérateur n'est exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens, conformément aux dispositions du 2° de l'article L. 2141-8.

CJCE, 3 mars 2005, n° C-21/03 et C-34/03, Fabricom

« S'il n'est pas possible d'écarter, par principe, la candidature d'un opérateur économique ayant participé, sous quelque forme que ce soit, à la préparation d'un marché public, l'acheteur est tenu de prendre les mesures nécessaires pour prévenir tout risque d'atteinte au principe d'égalité de traitement.

« La directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services[...]s'opposent à une règle telle que celle [...] par laquelle n'est pas admise l'introduction d'une demande de participation ou la remise d'une offre pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services par une personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, sans que soit laissée à cette personne la possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, l'expérience acquise par elle n'a pu fausser la concurrence ».

Section 1 - Formalisation du besoin par des spécifications techniques

Article L2111-2

Les travaux, fournitures ou services à réaliser dans le cadre du marché public sont définis par référence à des spécifications techniques.

CE, 10 février 2016, n°382148, Société SMC 2 et a.

« Il résulte de l'instruction que l'objet du marché contesté est la construction d'une halle des sports couverte par une toile ; que la commune a voulu choisir un système de fixation de cette toile de couverture offrant les meilleures garanties de vieillissement, un moindre coût de maintenance et une meilleure esthétique ; qu'à cette fin, elle a retenu, par les prescriptions de l'article 4.3 du cahier des clauses techniques particulières, le procédé de fixation de la toile de couverture " par des profilés métalliques inoxydables (...) non visible et discret ", lequel ne nécessite " aucune maintenance " ; que ce procédé de fixation de la couverture de l'ouvrage est justifié par **l'objet même du marché** ; que, par suite, la commune n'a, en faisant le choix de ce procédé, pas méconnu les dispositions du IV de l'article 6 du code des marchés publics citées ci-dessus ni le principe d'égalité entre les candidats ».

CJUE, 22 octobre 2015, n° C-552/13, Grupo Hospitalario Quiron SA

« L'article 23, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, s'oppose à une exigence, telle que celle en cause au principal, formulée en tant que spécification technique dans des avis de marchés publics portant sur la fourniture de services de santé, selon laquelle les prestations médicales faisant l'objet des appels d'offres doivent être **fournies par des établissements hospitaliers privés situés exclusivement dans une municipalité donnée**, qui peut ne pas être celle du domicile des patients concernés par ces prestations, dès lors que cette exigence comporte une exclusion automatique des soumissionnaires qui ne peuvent pas fournir ces services dans un tel établissement situé dans cette municipalité, mais qui remplissent toutes les autres conditions de ces appels d'offres ».

CJUE, 16 avril 2015, n° C-278/14, SC Entreprise Focused Solutions SRL

« En ce qui concerne les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que l'obligation de transparence, il convient de reconnaître aux États membres une certaine marge d'appréciation aux fins de l'adoption de mesures destinées à garantir le respect de ces principes, lesquels s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs dans toute procédure de passation d'un marché public.

L'obligation de transparence a notamment pour but de garantir l'absence de risque d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur.

Or, ce but ne serait pas atteint si le pouvoir adjudicateur pouvait s'affranchir des conditions qu'il a lui-même fixées. Ainsi, il lui est interdit de modifier des critères d'attribution au cours de la procédure d'attribution. Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que **l'obligation de transparence ont, à cet égard, le même effet en ce qui concerne les spécifications techniques** ».

CAA Lyon, 20 mars 2014, n° 13LY01241, Commune de Dracy-le-Fort

« Pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les **critères** d'attribution d'un marché public est nécessaire dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou dans le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que, dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite modifier sa demande ou retenir d'autres critères que ceux indiqués, l'information appropriée des candidats doit alors porter sur la teneur de sa nouvelle demande et sur les conditions de mise en oeuvre des critères d'attribution du marché ; que cette information appropriée suppose que le pouvoir adjudicateur indique à l'ensemble des candidats les éléments au vu desquels il entend opérer la sélection des offres ».

CE 12 mars 2014, n° 374700, Min. de la Défense

« Si le ministre de la défense soutient que la modification apportée aux prescriptions techniques du marché en cours de procédure avait pour seul objet de dissiper une ambiguïté relative aux prescriptions techniques du marché litigieux et que l'offre de la société attributaire était, en tout état de cause, conforme au cahier des clauses techniques particulières dans ses différentes versions, c'est par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, compte tenu des pièces du dossier dont il était saisi et du déroulement de la procédure telle qu'elle lui apparaissait au vu de ces pièces, que le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse a relevé que la suppression de l'exigence de " qualification " des matériels objets du marché devait être regardée, dans les circonstances de l'espèce, comme ayant eu pour seul but de permettre à l'offre des sociétés Airborne de satisfaire aux exigences du cahier des clauses techniques particulières du marché ; qu'il n'a en outre, ce faisant, commis aucune erreur de droit »

CAA Versailles, 18 juillet 2013, n° 11VE01594, Sté ACS Production

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société SMC2 détenait, à l'époque de la rédaction du CCTP, un brevet relatif au réglage du système de mise en tension des membranes de couverture de bâtiments ; que les prescriptions des articles 4.2 et 4.3 du CCTP, rappelées au paragraphe ci-dessus, correspondent à la technique faisant l'objet du brevet précité et dont seule la société SMC2 était

détentric ; qu'en effet, ainsi que le relève le consultant dans son avis technique déposé le 7 novembre 2013, ces prescriptions techniques, en particulier l'article 4.3 du CCTP, excluaient tout système de fixation des toiles par cordes, drisses, sandows ou tout système assimilé, lequel nécessite une maintenance et revêt un caractère visible quand bien même fut-il discret et ne pouvaient pas être satisfaites sans recourir à la technique par profilés métalliques dont le brevet appartenait à la société SMC2 ; que si la société SMC2 soutient, contrairement à cet avis, ne pas avoir été la seule à maîtriser la technique de la couverture textile par profilés métalliques et à pouvoir présenter une offre compatible avec les prescriptions du CCTP, et si elle produit à l'appui de ses allégations des photographies d'ouvrages réalisés par divers concurrents, elle n'apporte toutefois aucun élément permettant d'apprécier les similitudes techniques des dispositifs utilisés par ses concurrents à l'époque de la rédaction du CCTP, en particulier en ce qui concerne leur aptitude à permettre le réglage des toiles ; que, dès lors et sans qu'il soit besoin de recourir à une mesure d'expertise, elle n'est pas fondée à soutenir que les conclusions de l'avis technique devraient être écartées ; qu'il résulte d'ailleurs du tableau de réception des offres remis par la commune de Bondy que seule la société SMC2 a déposé un dossier de candidature ; que, dans ces conditions, la spécification technique relative aux profilés métalliques a eu pour effet de restreindre la concurrence ; que la commune de Bondy ne démontre pas que ses besoins n'auraient pas pu être satisfaits par des prescriptions moins restrictives eu égard à l'objet du marché concerné ; que, par suite, les restrictions apportées à la concurrence, qui ont eu pour effet de favoriser la société SMC2 et d'éliminer les autres opérateurs, ont porté atteinte au principe d'égalité entre les candidats ».

CE, 25 mars 2013, n° 364950, Département de l'Isère

« Dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché qui, eu égard à son objet, est susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, le pouvoir adjudicateur peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et lui permet d'apprécier objectivement ces offres ».

CJUE, 10 mai 2012, n° C-368/10, Commission c/ Royaume des Pays-Bas

« Il convient de relever, en premier lieu, que, conformément à l'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18, lorsque, comme en l'espèce, un pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire présentant l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue de ce pouvoir, celui-ci doit se fonder sur divers critères qu'il lui revient de déterminer dans le respect des exigences de cette directive, ladite disposition contenant, ainsi qu'il résulte de l'emploi des termes «par exemple», une énumération non exhaustive de critères possibles.

L'article 53 de la directive 2004/18 est explicité par le quarante-sixième considérant de celle-ci, dont les troisième et quatrième alinéas précisent que les critères d'attribution peuvent, en principe, être non seulement économiques, mais également qualitatifs. C'est ainsi que, parmi les exemples mentionnés au paragraphe 1, sous a), de cet article figurent notamment les caractéristiques environnementales. Comme l'a relevé M^{me} l'avocat général dans le cadre du point 103 de ses conclusions, le quatrième alinéa dudit considérant énonce en outre qu'«un pouvoir adjudicateur peut utiliser des critères visant à la satisfaction d'exigences sociales répondant notamment aux besoins — définis dans les spécifications du marché — propres à des catégories de population particulièrement défavorisées auxquelles appartiennent les bénéficiaires/utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant l'objet du marché ». Il y a dès lors lieu d'admettre que les pouvoirs adjudicateurs sont également autorisés à choisir des critères d'attribution fondés sur des considérations d'ordre social, lesquelles peuvent concerner les utilisateurs ou les bénéficiaires des travaux, des fournitures ou des services faisant l'objet du marché, mais également d'autres personnes ».

CE, 23 novembre 2011, n°351570, Communauté urbaine de Nice-Côte-d'Azur

« Le pouvoir adjudicateur doit, en application des dispositions de l'article 5 du code des marchés publics, concilier, pour la détermination de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire, des objectifs de protection et de mise en valeur de l'environnement, de développement économique et de progrès social. Si les dispositions du I de l'article 53 du même code lui permettent de se fonder notamment, pour attribuer **le marché, sur les performances en matière de protection de**

l'environnement, elles lui imposent seulement de retenir les critères permettant de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse ».

CE, 30 septembre 2011, n° 350431, Région Picardie

« La spécification par les documents de la consultation **d'un logiciel libre** ne confère pas d'avantage concurrentiel à une société co-conceptrice et copropriétaire de ce logiciel, alors que toute entreprise spécialisée dans l'installation de logiciels de ce type avait la capacité d'adapter ce logiciel aux besoins spécifiés. Si cette spécification est justifiée par l'objet du marché ou, si tel n'est pas le cas, si une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle ».

CE, 4 février 2009, n°311344, Commune de Toulon

« Société soutenant que l'exigence du cahier des prescriptions techniques particulières de prévoir des panneaux de mobilier urbains aux dimensions non conformes aux normes légales d'accessibilité aux malvoyants a entraîné pour elle un surcoût du fait des modifications contraintes des panneaux installés, conformes à la norme. Un tel manquement, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, est susceptible de l'avoir lésée ».

CE, 11 septembre 2006, n°257545, Commune de Saran c/Société Gallaud

« Dès lors que ces spécifications propres à une **marque** de pavés ne sont pas justifiées par l'objet du contrat, la cour n'a commis aucune erreur de droit en jugeant que la commune, en reprenant au titre des exigences posées par le règlement de la consultation les normes et caractéristiques de cette marque, a porté atteinte au principe d'égalité entre les candidats ».

CJCE, 26 septembre 2000, n° C-225/98, Commission c/France

« Il y a lieu de rappeler que, conformément à l'article 30, paragraphe 1, de la directive 93/37, les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent se fonder pour attribuer les marchés sont soit uniquement le prix le plus bas, soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables suivant le marché en question, comme le prix, le délai d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la valeur technique.

Néanmoins, cette disposition n'exclut pas toute possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'utiliser comme critère une condition liée à la lutte contre le chômage pourvu que cette condition respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire, et notamment le principe de non-discrimination tel qu'il découle des dispositions du traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services (voir, en ce sens, arrêt Beentjes).

En outre, même si un tel critère n'est pas en soi incompatible avec la directive 93/37, sa mise en oeuvre doit avoir lieu dans le respect de toutes les normes procédurales de ladite directive, et notamment des règles de publicité qu'elle contient (voir, en ce sens, au sujet de la directive 71/305, arrêt Beentjes.). Il s'ensuit qu'un critère d'attribution lié à la lutte contre le chômage doit être expressément mentionné dans l'avis de marché afin que les entrepreneurs soient mis en mesure d'avoir connaissance de l'existence d'une telle condition (voir, en ce sens, arrêt Beentjes, précité, point 36) ».

CJCE, 20 septembre 1988, n° C-31/87, Beentjes

« La condition de l'emploi de chômeurs de longue durée est compatible avec la directive si elle n'a pas d'incidence discriminatoire directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres États membres de la Communauté. Une telle condition particulière supplémentaire doit être obligatoirement mentionnée dans l'avis de marché ».

Sous-section 1 - Contenu des spécifications techniques

Article R2111-4

Les spécifications techniques définissent les caractéristiques requises des travaux, des fournitures ou des services qui font l'objet du marché.
Ces caractéristiques peuvent se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture des travaux, des produits ou des services demandés ou à un

processus propre à un autre stade de leur cycle de vie même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel, à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs.

Article R2111-5

Les spécifications techniques peuvent préciser si le transfert des **droits de propriété intellectuelle** sera exigé.

Droits de propriété intellectuelle

CE, 2 octobre 2013, n°368900, Département du Lot-et-Garonne

« Le département a pu légalement choisir, eu égard à la nature de son besoin, de disposer, à titre exclusif, de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle attachés à l'application en cause ; qu'il n'a, ce faisant, imposé aucune contrainte technique susceptible de porter atteinte au principe de libre accès à la commande publique ; que, contrairement à ce que soutient la société Camineo, le choix du département de Lot-et-Garonne ne conduisait pas à exclure les offres proposant des applications conçues à partir de logiciels libres, dès lors que la cession des droits de propriété intellectuelle porte sur la seule application numérique ».

Article R2111-6

Sauf cas dûment justifié, les spécifications techniques sont établies de manière à prendre en compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou des critères de fonctionnalité pour tous les utilisateurs.

Sous-section 2 - Formulation des spécifications techniques

Article R2111-7

Les **spécifications techniques** ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une **marque**, à un brevet ou à un type lorsqu'une telle mention ou référence est susceptible de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits.

Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes « **ou équivalent** ».

Spécifications techniques

CAA Nancy, 19 mars 2019, n° 17NC02326, Sté Comptoir Négoce Équipements

« Il doit être déduit des constatations qui précèdent que la référence fermée à des marques dans les documents de la consultation des lots en litige a eu pour effet, au sens de l'article 6 du code des marchés publics, de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou produits, et ce, indépendamment même de la circonstance, à la supposer avérée, qu'à la date de conclusion des marchés ultérieurement résiliés, la société Comptoir Négoce Equipements et les fabricants mentionnés dans les documents de la consultation aient pu ne pas être liés par des contrats d'exclusivité.

Il ne résulte enfin pas de l'instruction et il n'est pas davantage allégué que la référence à des marques ou aux produits de fabricants dans les lots en litige était justifiée par l'objet des marchés ni qu'une description suffisamment précise et intelligible de cet objet n'était pas possible sans elle. Dans ces conditions, la communauté urbaine du Grand Reims a pu légalement estimer qu'en raison du risque d'illégalité affectant la conclusion de ces marchés au regard des dispositions du IV de l'article 6 du code des marchés publics, leur résiliation pouvait être prononcée pour motif d'intérêt général sur le fondement des stipulations précitées l'article 29 du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services ».

CE, 2 octobre 2013, n°368900, Département du Lot-et-Garonne

« le département a pu légalement choisir, eu égard à la nature de son besoin, de disposer, à titre exclusif, de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle attachés à l'application en cause ; qu'il n'a, ce faisant, imposé aucune contrainte technique susceptible de porter atteinte au principe de libre accès à la commande publique ; que, contrairement à ce que soutient la société Camineo, le choix du département de Lot-et-Garonne ne conduisait pas à exclure les offres proposant des applications conçues à partir de logiciels libres, dès lors que la cession des droits de propriété intellectuelle porte sur la seule application numérique ».

CAA Bordeaux, 14 février 2013, n°11BX01785, Société Index Education

"Si la société requérante soutient que la référence à une marque est interdite, il ressort des pièces du dossier que toutes les applications métiers de l'université de Poitiers utilisent le système Oracle, que ce dernier permet des facilités de liaisons-interfaces avec l'entrepôt de données et que son coût est nul pour l'université ; que, par suite, l'université de Poitiers a pu régulièrement exiger que l'application proposée s'appuie sur le système Oracle"

Ou équivalent**CJCE, ord., 3 déc. 2001, C-59/00, Bent Moustén Vestergaard**

« L'article 30 du traité CE (devenu, après modification, article 28 CE) s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur introduise, dans le cahier des charges relatif à un marché public de travaux ne dépassant pas le seuil prévu à la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, une clause exigeant, pour l'exécution de ce marché, l'utilisation d'un produit d'une marque déterminée, lorsque cette clause n'est pas accompagnée de la mention « **ou équivalent** » ».

Marque**CAA Marseille, 20 décembre 2010, n° 08MA01775, Sté Siorat**

« La référence, dans le cahier des clauses techniques particulières, au système de pesage de type AQP (Association Qualité Pesage), qui est une marque déposée à l'INPI, a pour effet de limiter la concurrence entre les candidats à l'attribution du marché dès lors qu'il ne résulte pas de l'instruction qu'une telle mention soit indispensable pour donner une description des exigences de fiabilité du système de pesage et des mentions portées sur les bons de livraison et qu'une telle mention a pour effet d'exclure des entreprises qui, sans être adhérentes à l'association qualité pesage, apportent néanmoins des garanties suffisantes concernant les systèmes de pesage ».

CJCE, 24 janvier 1995, n° C-359/93, Commission c/Pays-Bas

« Il y a lieu de rappeler que l'article 7, paragraphe 6, de la directive 77/62 interdit l'**indication de marques**, si une telle indication n'est pas accompagnée de la mention "**ou équivalent**", l'objet du marché ne pouvant pas être décrit autrement au moyen de spécifications suffisamment précises et parfaitement intelligibles pour tous les intéressés ».

Article R2111-8

L'acheteur formule les spécifications techniques :

- 1° Soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats ;
- 2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles ;
- 3° Soit par une combinaison des deux.

Article R2111-9

Les normes ou documents sont accompagnés de la mention « ou équivalent » et choisis dans l'ordre de préférence suivant :

- 1° Les normes nationales transposant des normes européennes ;
- 2° Les évaluations techniques européennes ;

3° Les spécifications techniques communes ;

4° Les normes internationales ;

5° Les autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation ou, en leur absence, les normes nationales, les agréments techniques nationaux ou les spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et d'utilisation des fournitures.

La définition des normes ou autres documents mentionnés au présent article figure dans un avis annexé au présent code.

Article R2111-10

Les spécifications techniques formulées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et à l'acheteur d'attribuer le marché. Elles peuvent inclure des caractéristiques environnementales ou sociales.

Article R2111-11

Lorsque l'acheteur formule une spécification technique par référence à une norme ou à un document équivalent, il ne peut pas rejeter une offre au motif que celle-ci n'est pas conforme à cette norme ou à ce document si le soumissionnaire prouve, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose satisfont de manière équivalente aux exigences définies par cette norme ou ce document.

Lorsque l'acheteur formule une spécification technique en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, il ne peut pas rejeter une offre si celle-ci est conforme à une norme ou à un document équivalent correspondant à ces performances ou exigences fonctionnelles. Le soumissionnaire prouve, par tout moyen approprié, que cette norme ou ce document équivalent correspond aux performances ou exigences fonctionnelles définies par l'acheteur.

Section 3 - Utilisation de labels**Article R2111-12**

Un label est tout document, certificat ou attestation qui prouve que les ouvrages, les produits, les services, les procédés ou les procédures en rapport avec l'objet du marché remplissent certaines caractéristiques. Les exigences en matière de label sont celles que doivent remplir ces ouvrages, ces produits, ces services, ces procédés ou ces procédures pour obtenir ce label.

CJUE, 10 mai 2012, n° C-368/10, Commission c/Pays-Bas

« Il résulte des considérations qui précèdent que, en exigeant, dans le cahier des charges, que certains produits à fournir soient munis d'un éco-label déterminé, plutôt que d'utiliser les spécifications détaillées définies par cet éco-label, la province de Hollande-Septentrionale a établi une spécification technique incompatible avec l'article 23, paragraphe 6, de la directive 2004/18 ».

Article R2111-13

Dans les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution d'un marché, l'acheteur peut imposer à l'opérateur économique qu'il détienne un label particulier si ce dernier remplit les conditions fixées aux articles R. 2111-14 et R. 2111-15.

Article R2111-14

Le label utilisé doit présenter les caractéristiques suivantes :

- 1° Il est établi au terme d'une procédure ouverte et transparente ;
- 2° Il repose sur des critères objectivement vérifiables et non-discriminatoires ;
- 3° Ses conditions d'obtention sont fixées par un tiers sur lequel l'opérateur économique qui

demande son obtention ne peut exercer d'influence décisive et sont accessibles à toute personne intéressée.

Article R2111-15

L'acheteur peut exiger un label particulier à condition que les caractéristiques prouvées par ce label :

1° Présentent un lien avec l'objet du marché au sens de l'article L. 2112-3 ;

2° Permettent de définir les travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché.

L'acheteur peut exiger un label particulier y compris lorsque toutes les caractéristiques prouvées par ce label ne sont pas attendues, à condition d'identifier dans les documents de la consultation celles qu'il exige.

L'acheteur peut faire référence à un label qui répond partiellement aux conditions mentionnées au présent article sous réserve d'identifier dans les documents de la consultation les seules caractéristiques qu'il exige.

Article R2111-16

L'acheteur qui exige un label particulier accepte tous les labels qui confirment que les caractéristiques exigées dans le cadre du marché sont remplies.

Article R2111-17

Lorsque l'opérateur économique n'a pas la possibilité, pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, d'obtenir dans les délais le label exigé ou un label équivalent qui répond aux conditions de l'article R. 2111-15, il peut prouver par tout moyen que les caractéristiques exigées par l'acheteur sont remplies.

Section 2 - Schéma de promotion des achats responsables

Article L2111-3

Les collectivités territoriales et les acheteurs soumis au présent code dont le statut est fixé par la loi adoptent un schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables lorsque le montant total annuel de leurs achats est supérieur à un montant fixé par voie réglementaire.

Ce schéma, rendu public, détermine les objectifs de politique d'achat comportant des éléments à caractère social visant à concourir à l'intégration sociale et professionnelle de travailleurs handicapés ou défavorisés et des éléments à caractère écologique ainsi que les modalités de mise en œuvre et de suivi annuel de ces objectifs. Ce schéma contribue également à la promotion d'une économie circulaire.

Article D2111-3

Le montant annuel des achats prévu à l'article L. 2111-3 est fixé à cent millions d'euros hors taxes.

Afin de déterminer le montant total annuel de leurs achats, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices soumis à l'article L. 2111-3 prennent en compte l'ensemble de leurs marchés à l'exception de ceux relevant du livre V de la présente partie.

FICHE DAJ, Le Schéma de Promotion des Achats Publics Socialement et Ecologiquement Responsables

« L'article 13 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire a instauré, afin d'encourager les acheteurs publics dans la voie des achats responsables, l'obligation d'adopter et de publier un schéma de promotion des achats publics socialement responsables ».

Chapitre II - Contenu du marché

Section 1 - Règles générales

Article L2112-1

Le marché répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à un seuil fixé par voie réglementaire est conclu par écrit.

Article R2112-1

Le seuil à compter duquel les marchés sont conclus par écrit est fixé à 25 000 euros hors taxes.

Article L2112-2

Les clauses du marché précisent les conditions d'exécution des prestations, qui doivent être liées à son **objet**.

Les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations.

Objet

CE, 25 mai 2018, n° 417580, Nantes Métropole

« il résulte des articles 38 et 52 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et de l'article 62 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 que si l'acheteur peut, pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, mettre en œuvre des critères comprenant des aspects sociaux, c'est à la condition, notamment, qu'ils soient liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. A cet égard, des critères à caractère social, relatifs notamment à l'emploi, aux conditions de travail ou à l'insertion professionnelle des personnes en difficulté, peuvent concerner toutes les activités des entreprises soumissionnaires, pour autant qu'elles concourent à la réalisation des prestations prévues par le marché. Ces dispositions n'ont, en revanche, ni pour objet ni pour effet de permettre l'utilisation d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale, apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause ».

CE, 4 déc. 2017, n° 413366, Préfet de la Région des Pays de la Loire

« Considérant qu'un pouvoir adjudicateur peut imposer, parmi les conditions d'exécution d'un marché public, des exigences particulières pour prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, sous réserve que celles-ci présentent un **lien suffisant avec l'objet du marché** ; qu'une mesure nationale qui **restreint** l'exercice des libertés fondamentales garanties par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne peut être admise qu'à la condition qu'elle poursuive un **objectif d'intérêt général, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de celui-ci et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif** ; qu'il suit de là que, lorsqu'elles sont susceptibles de restreindre l'exercice effectif des libertés fondamentales garanties par ce traité, les exigences particulières imposées par le pouvoir adjudicateur doivent remplir les conditions qui viennent d'être rappelées ; qu'à défaut, le juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, constate le manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ».

Article R2112-2

Les clauses du marché peuvent être déterminées par référence à des documents généraux tels que :

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

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

Les cahiers des clauses administratives générales et les cahiers des clauses techniques générales sont approuvés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés.

Article R2112-3

Lorsque le marché fait référence à des documents généraux, il comporte, le cas échéant, l'indication des articles de ces documents auxquels il déroge.

CAA Nancy 19 déc. 2013, n° 13NC00331, SARL AJTP

« Par deux courriers datés respectivement des 14 octobre et 9 décembre 2003, le maire de la commune de Châlons-en-Champagne, reconnaissant le manque à gagner de la SARL A.J.T.P. consécutivement aux deux marchés à bons de commande qu'elle avait souscrits précédemment avec ladite commune, a proposé, à titre de dédommagement, de souscrire un marché sans formalité avec la société pour un montant total de 300 000 euros, portant sur des travaux dans des cours d'école ; que ces courriers, qui ne définissent pas, en tout état de cause, avec précision l'objet du contrat à venir et son prix, ne peuvent être regardés que comme des lettres d'intention ; qu'il suit de là que, contrairement à ce que soutient la société requérante, ces documents ne peuvent valoir engagement contractuel ».

CAA Marseille 16 janv. 2012, n° 09MA04614, Sté 010C Business Solutions

« A la suite de la lettre du 10 juillet 2007 par laquelle le maire a accepté son offre, la société requérante a, à la demande du directeur général des services municipaux, procédé hors de sa présence, à la livraison d'un photocopieur neuf dans le courant de la seconde quinzaine du mois d'août ; qu'en outre, il résulte de l'instruction que l'installation de ce photocopieur a nécessité outre la reprise du matériel ancien, le paramétrage ainsi que la formation des agents du centre ; qu'enfin, le président du centre n'a mis en demeure la société requérante que le 17 octobre 2007 ; que, dans ces conditions, contrairement à ce qu'allègue le centre communal, la SOCIETE O10C BUSINESS SOLUTIONS n'a commis aucune imprudence ; que les prestations ont été utiles à l'établissement jusqu'à la date de la reprise du matériel, le 31 octobre 2007 ; que, par suite, la SOCIETE O10C BUSINESS SOLUTIONS est fondée, en raison de l'enrichissement sans cause en résultant pour cet établissement, à prétendre au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles au centre communal d'action sociale de Solliès-Pont ».

Article L2112-3

Les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services objet du marché, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie sont réputées liées à l'objet du marché. Elles peuvent notamment se rapporter à un processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation ou à un processus spécifique lié à un autre stade du cycle de vie, même lorsque ces éléments ne ressortent pas des qualités intrinsèques des travaux, fournitures ou services.

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

CE, 25 mai 2018, n° 417580, Nantes Métropole

« il résulte des articles 38 et 52 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et de l'article 62 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 que si l'acheteur peut, pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, mettre en œuvre des critères comprenant des aspects sociaux, c'est à la condition, notamment, qu'ils soient liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. A cet égard, des critères à caractère social, relatifs notamment à l'emploi, aux conditions de travail ou à l'insertion professionnelle des personnes en difficulté, peuvent concerner toutes les activités des entreprises soumissionnaires, pour autant qu'elles concourent à la réalisation des prestations prévues

par le marché. Ces dispositions n'ont, en revanche, ni pour objet ni pour effet de permettre l'utilisation d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale, apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause ».

Article L2112-4

L'acheteur peut imposer que les moyens utilisés pour exécuter tout ou partie d'un marché, pour maintenir ou pour moderniser les produits acquis soient localisés sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne afin, notamment, de prendre en compte des considérations environnementales ou sociales ou d'assurer la sécurité des informations et des approvisionnements.

Section 2 - Durée

Article L2112-5

La durée du marché est définie en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, sous réserve des dispositions du présent livre relatives à la durée maximale de certains marchés.

Article R2112-4

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 sa durée totale. Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer.

La durée d'un marché

CE, 10 octobre 2012, n°340647, Commune de Baie-Mahault

« Le principe d'égal accès à la commande publique implique, ainsi que le rappelle l'article 16 actuel du code des marchés publics, que la durée d'un marché doit être fixée, compte tenu des besoins de la personne publique, en fonction de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique ».

La durée maximale d'un marché

CE, 1 juin 2011, n° 345649, Commune de Saint Benoît

« Si le pouvoir adjudicateur entend laisser aux candidats la faculté de proposer eux-mêmes une date précise d'achèvement, il lui revient alors d'encadrer cette faculté, en fixant par exemple **une date butoir ou une fourchette de dates possibles pour l'échéance du marché**, sans que, compte tenu des critères de sélection des offres, il en résulte une incertitude telle qu'elle ne permette pas aux candidats de présenter utilement une offre »

Section 3 - Prix

Article L2112-6

Le prix ou ses modalités de fixation et, le cas échéant, ses modalités d'évolution sont définis par le marché dans les conditions prévues par voie réglementaire.

Le prix ou ses modalités de fixation

Guide DAJ – Le prix dans les marchés publics – p. 7

« On peut définir le prix comme la valeur, exprimée en termes monétaires, attribuée à une prestation pour un ouvrage, un produit ou un service. [...] »

Un marché public étant toujours conclu à titre onéreux, les prestations doivent être effectuées en contrepartie d'un prix. Celui-ci correspond généralement au versement d'une somme d'argent par le pouvoir adjudicateur au titulaire, en contrepartie des prestations qu'il exécute. [...] Le prix se rattache à la prestation exécutée (ouvrage, produit ou service). [...]

Le prix doit être déterminé ou déterminable : soit le prix figure dans les documents du marché, soit les modalités précises de sa détermination figurent dans le marché (il peut être calculé précisément par l'application des clauses contractuelles) ».

CE, 28 mars 1980, n° 07703, Société cabinet 2000

« Considérant que la convention passée entre le département de l'Aisne et la société "cabinet 2.000" avait pour objet la réalisation des études préparatoires d'un plan de développement économique de l'amont de la vallée de l'Oise et de Saint-Quentin ; que cette convention, conclue pour une durée de 10 mois à compter du 21 mai 1974, date de sa signature, moyennant le prix forfaitaire de 165.000 f, ne portait que sur la première phase de l'étude correspondant au dossier dit "préopérationnel" ; que si les parties ont stipulé que dans un deuxième temps, l'étude serait poursuivie, **elles n'ont déterminé ni l'objet, ni la durée, ni les conditions de rémunération de cette deuxième phase de travail**, l'ensemble de ces modalités étant renvoyé à un avenant à conclure entre parties ; qu'en l'absence de négociations et de conclusions d'un tel avenant à la suite du dépôt du rapport prévu par la convention susvisée et alors que cette convention était venue à expiration, **le département n'a commis aucune faute en décidant, le 21 octobre 1975, de ne pas engager la deuxième phase de l'étude** ; que, des lors, la société "cabinet 2.000" n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que par le jugement attaqué, le tribunal administratif d'Amiens a rejeté sa demande d'indemnité dirigée contre le département de l'Aisne ; »

Modalités d'évolution

CE, 1er juillet 2015, n° 383613, Régie des eaux du canal de Belletrud

« Considérant que, pour accorder la somme de 94 034,30 euros TTC à la société Sud terrassement, sous-traitante de la société Degrémont, titulaire du marché en cause, la cour s'est fondée sur la circonstance qu'elle avait dû faire face à des **sujétions imprévues qui avaient eu pour effet de bouleverser l'économie générale du marché** ; que, toutefois, pour apprécier si des sujétions imprévues apparues pendant l'exécution d'une partie sous-traitée d'un marché ont entraîné un bouleversement de l'économie générale de ce marché, **il convient de comparer le montant des dépenses résultant de ces sujétions au montant total du marché et non au montant de la partie sous-traitée** ».

CE, 20 décembre 2017, n° 408562, Société Area Impianti

« Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 19 du même code dans sa version alors applicable : " 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 " ; que ces dispositions ont pour effet de faire obstacle à ce que les parties puissent apporter aux stipulations d'un marché public pendant la durée de sa validité des modifications d'une ampleur telle qu'il devrait être regardé comme un nouveau marché ; que la cour a pu, sans erreur de droit, considérer que la modification des règles de détermination du prix initial ne constituait pas, par elle-même, un bouleversement de l'économie du marché ; qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué, non contestées sur ce point, que le troisième avenant a modifié le mécanisme de fixation des prix du marché, en fin d'exécution de celui-ci, dans un sens désavantageux à son titulaire ; que la cour, qui s'est livrée à une appréciation souveraine des clauses du contrat, exempte de dénaturation, n'a pas inexactement qualifié les faits en jugeant que la suppression de la clause relative à la révision des prix ne pouvait, eu égard à sa nature et à ses effets, être regardée comme ayant bouleversé l'économie générale du marché ».

Article R2112-5

Les marchés conclus par les pouvoirs adjudicateurs dotés d'un comptable public indiquent les conditions administratives et techniques auxquelles sont subordonnés l'ordonnancement et le paiement.

Sous-section 1 - Forme des prix

Article R2112-6

Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont :

- 1° **Soit des prix unitaires** appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées ;
- 2° **Soit des prix forfaitaires** appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées.

Soit... soit...

CE, 29 octobre 2010, n° 340212, SMAROV

« **Aucune disposition du code des marchés publics ni aucun principe n'interdisent d'inclure dans un unique marché des prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande et d'autres prestations**, à condition que les deux types de prestations soient clairement distingués, que les stipulations du contrat relatives aux prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande respectent les dispositions de l'article 77 précité et que la conclusion d'un marché global soit permise par les dispositions de l'article 10 du même code relatives à l'allotissement ».

Prix unitaires

Guide DAJ – Le prix dans les marchés publics, p. 16

« Le prix unitaire est le **prix à l'unité d'une prestation précisément définie dans les documents contractuels**. Il est appliqué aux quantités livrées ou exécutées. Cette forme de prix est plutôt utilisée dans les marchés de fournitures courantes ou de services courants à bons de commande (ex : fournitures de bureau, denrées alimentaires). Il l'est aussi dans les marchés de travaux, quand le pouvoir adjudicateur ne connaît pas, à l'avance, les quantités à mettre en œuvre ».

Prix forfaitaires

Guide DAJ – Le prix dans les marchés publics, p. 16

« Le prix forfaitaire est celui qui rémunère le titulaire pour une prestation ou un ensemble de prestations, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées. Cette forme de prix est **recommandée pour les prestations dont la consistance (en contenu et en quantité) peut être définie avec précision, au moment de la conclusion du marché et qui forment un ensemble**. Elle est, notamment, utilisée dans les marchés industriels, dans les marchés d'études, dans les marchés de travaux ou encore à chaque fois que la prestation constitue un ensemble cohérent et non sécable (par ex : un marché de nettoyage pour des prestations identiques, mais sur différents sites). Les candidats à un marché à prix forfaitaire doivent évaluer l'étendue des obligations qu'ils devront honorer. En effet, **le titulaire s'engage à effectuer une prestation pour le forfait proposé, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées**. Dans ce cas, l'acheteur public ne peut pratiquer une réfaction sur le prix en cas de diminution des quantités mises en œuvre. A l'inverse, le titulaire ne peut obtenir un supplément de prix, au motif que les quantités livrées pour la prestation sont supérieures à celles qu'il avait prévues ».

CE, 12 novembre 2015, n°384716, Sté Tonin

« Considérant, en deuxième lieu, **que les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique** commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics ».

CAA Nancy, 30 avril 1992, n° 90NC00357, SA de Travaux, Isolation, Bâtiment, Etanchéité

« Considérant qu'aux termes de l'article 2 du cahier des clauses administratives particulières applicable au marché : "Les erreurs de quantité, divergences ou ambiguïtés de toute sorte pouvant apparaître dans la décomposition du prix des travaux traité à prix forfaitaire ne peuvent en aucun cas conduire à une modification du prix forfaitaire porté dans l'acte d'engagement... l'entreprise sera liée contractuellement par son offre et aucune réclamation ou contestation ne pourra être prise en considération" ; qu'il résulte de ces dispositions que le maître d'ouvrage est en principe fondé à ne retenir que le seul prix taxes comprises mentionné par l'entreprise dans sa soumission ; que toutefois, **ce principe ne saurait trouver application dans l'hypothèse où ce prix résulterait d'une erreur purement matérielle et d'une nature telle qu'il est impossible au maître d'ouvrage de se prévaloir de bonne foi du prix stipulé** ».

Sous-section 2 - Prix définitifs**Article R2112-7**

L'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements concluent, sous réserve des dispositions de la sous-section 3 de la présente section, un marché à prix définitif.

Prix définitif**Guide DAJ – Le prix dans les marchés publics, p. 12**

« Les marchés sont, presque toujours, conclus à prix initial définitif, ce qui emporte les conséquences suivantes : [...] Le prix indiqué dans le marché, et sur la base duquel il est conclu, ne peut plus être modifié, hors clause de variation de prix : il est intangible.[...] Sauf exceptions (...), **un prix, ainsi que les éventuelles formules de variation de prix prévues par le contrat, ne peuvent être modifiés en cours d'exécution du marché** ».

CAA Versailles, 15 novembre 2011, N° 08VE02781, Cabinet MPC Avocats

« Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 11 du code des marchés publics : Les marchés dont le montant est égal ou supérieur aux seuils fixés au II, au premier alinéa du III et au IV de l'article 28 du présent code sont des contrats écrits. L'acte d'engagement et les cahiers des charges en sont les pièces constitutives ; qu'aux termes de l'article 16 dudit code : 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 et qu'aux termes de l'article 17 du même code : sous réserve des dispositions de l'article 18, un marché est conclu à prix définitif ; que, d'une part, **la proposition du CABINET MPC AVOCATS, dans l'acte d'engagement, d'un prix global précédé d'un symbole mathématique, signifiant approximativement égal à et au surplus écrit au crayon à papier, ne pouvait être regardée comme définitive** ; que, d'autre part, le CABINET MPC AVOCATS ne peut utilement soutenir que les prix proposés étaient aussi déterminés par un coût horaire mentionné dans les trois mémoires de candidature joints à son offre, dès lors que, par application de l'article 11 précité, le prix devait figurer dans l'acte d'engagement, seule pièce constitutive du marché ;

Considérant, en troisième lieu, que le CABINET MPC AVOCATS ne peut utilement soutenir que le règlement de consultation aurait méconnu le principe de clarté en ne précisant pas qu'une offre forfaitaire serait déclarée irrecevable, dès lors que le bordereau de prix mentionnait explicitement cette possibilité et que l'offre de la société requérante a été éliminée en raison de son prix approximatif et non de son caractère forfaitaire ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède **que la commune de Mantes-la-Ville était tenue d'éliminer l'offre incomplète et, donc, irrégulière du CABINET MPC AVOCATS** ».

CE, 26 Novembre 1975, n° 93297, SA Entreprise Py

« Considérant que si le marché passé entre la commune d'Eyguières et la société entreprise Py stipulait pour le prix n° 2 relatif à la fourniture et à la mise en œuvre de gravier tout venant de carrière le prix de 3,95 F le mètre cube, il ressort tant de la comparaison de ce prix avec le prix n° 3 qui rémunère une opération se rapprochant de l'opération qui est prévue au n° 2 que du caractère aberrant du prix n° 2 que la détermination de ce prix est imputable à une erreur matérielle ; que d'ailleurs la commune d'Eyguières se borne à soutenir que le caractère définitif du prix stipulé au marché s'oppose à ce que l'erreur puisse être notifiée ;

Considérant que, si le caractère définitif des prix stipulés au marché s'oppose en principe à toute modification unilatérale ultérieure, **ce principe ne saurait recevoir application dans le cas exceptionnel ou, comme en l'espèce, il s'agit d'une erreur purement matérielle et d'une nature telle qu'il est impossible à la partie de s'en prévaloir de bonne foi** ; qu'il y a lieu en conséquence de rectifier le prix stipulé au marché et de condamner la commune d'Eyguières à payer à ce titre la somme de 17.262,30 F en supplément de prix ».

Article R2112-8

Un prix définitif peut être ferme ou révisable.

CE, 20 décembre 2017, n° 408562, Société Area Impianti

« Ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de faire par principe obstacle à ce que les parties à un marché conclu à prix définitif puissent convenir par avenant, en particulier lorsque l'exécution du marché approche de son terme, **de modifier le mécanisme d'évolution du prix définitif pour passer d'un prix révisable à un prix ferme** ».

Paragraphe 1 - Prix fermes**Article R2112-9**

Un prix ferme est un prix invariable pendant la durée du marché.

Un marché est conclu à prix ferme, lorsque cette forme de prix n'est pas de nature à exposer les parties à des aléas majeurs du fait de **l'évolution raisonnablement prévisible** des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations.

Le prix ferme est actualisable dans les conditions définies au présent paragraphe. Le prix ainsi actualisé reste ferme pendant toute la période d'exécution des prestations et constitue le prix de règlement.

Évolution raisonnablement prévisible**Guide DAJ, Le prix dans les marchés publics, p. 19**

« Plusieurs éléments doivent être systématiquement examinés pour déterminer s'il convient de retenir un prix variable : parmi les principaux figurent la nature même des prestations achetées, la durée du marché, l'existence (ou l'inexistence) de références suffisantes pour constituer une formule de variation de prix, la simplicité des opérations de règlement, les moyens de l'acheteur public (et de l'entreprise) et l'absence d'incertitude budgétaire ».

Article R2112-10

Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services autres que courants ou pour des travaux, ses clauses doivent prévoir les modalités d'actualisation de son prix.

Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services courants, ses clauses peuvent prévoir que son prix pourra être actualisé.

Sont réputés être des fournitures ou services courants ceux pour lesquels l'acheteur n'impose pas des spécifications techniques propres au marché.

Article R2112-11

Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme en application de l'article R. 2112-10, ses clauses précisent :

- 1° Que ce prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le soumissionnaire a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations ;
- 2° Que l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution des prestations.

Article R2112-12

Dans les marchés à tranches, le prix de chaque tranche est actualisable dans les conditions déterminées aux articles R. 2112-10 et R. 2112-11.

Cette actualisation est opérée aux conditions économiques observées à une date antérieure de trois mois au début d'exécution des prestations de la tranche.

Paragraphe 2 - Prix révisibles**Article R2112-13**

Un prix révisible est un prix qui peut être modifié, dans des conditions fixées au présent article, pour tenir compte des variations économiques.

Un marché est conclu à prix révisible dans le cas où les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations. Tel est notamment le cas des marchés ayant pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires. Lorsque le prix est révisible, les clauses du marché fixent la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre. Les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées :

- 1° Soit en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation ;
- 2° Soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation. Dans ce cas, la formule de révision ne prend en compte que les différents éléments du coût de la prestation et peut inclure un terme fixe ;
- 3° Soit en combinant les modalités mentionnées aux 1° et 2°.

Paragraphe 3 - Prix affecté par les fluctuations des cours mondiaux**Article R2112-14**

Les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent pour leur réalisation le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, conformément aux dispositions de l'article R. 2112-13.

Toutefois, les marchés de fourniture de gaz ou d'électricité peuvent être conclus à prix ferme conformément aux usages de la profession.

Une part importante de fournitures**Guide DAJ – Le prix dans les marchés publics, p. 19**

« La jurisprudence ne fournit pas d'indication définitive sur ce point. On peut raisonnablement penser qu'en dessous de 10 % du prix total du marché, il est difficile de parler d'une part importante. Mais même en dessous de ce pourcentage, une clause de révision de prix peut être prévue dans le marché ».

Comportent une clause de révision de prix**CE, 9 décembre 2009, n° 328803, Département de l'Eure**

« Lorsqu'au moment de la passation d'un marché il est établi que celui-ci nécessite pour sa réalisation le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux, **le contrat doit comporter une clause de révision de prix établie en fonction d'une référence aux indices officiels de fixation de ces cours**, conformément aux dispositions précitées du 1° du IV de l'article 18 du code des marchés publics qui, contrairement à celles du 2°, ne permettent pas l'inclusion d'un terme fixe ».

Sous-section 3 - Prix provisoires**Article R2112-15**

Sous réserve des dispositions de l'article R. 2112-17, les acheteurs peuvent conclure des marchés à prix provisoires.

Article R2112-16

Les clauses des marchés conclus à prix provisoires précisent :

- 1° Les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif, dans la limite d'un plafond éventuellement révisé ;
- 2° L'échéance à laquelle le prix définitif devra être fixé ;
- 3° Les règles comptables auxquelles le titulaire devra se conformer ;
- 4° Les vérifications sur pièces et sur place que l'acheteur se réserve d'effectuer sur les éléments techniques et comptables du coût de revient.

Article R2112-17

L'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, ne peuvent conclure un marché à prix provisoires que dans les cas suivants :

- 1° Lorsque, pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère **d'urgence impérieuse**, soit des aléas techniques importants, l'exécution du marché 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 sont fixés au vu des résultats, non encore connus, d'une enquête de coût de revient portant sur les premières tranches, conclues à prix définitifs ;
- 4° Lorsque les prix définitifs de prestations comparables ayant fait l'objet de marchés antérieurs sont remis en cause par le candidat pressenti ou par l'acheteur, sous réserve que ce dernier ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs ;
- 5° Lorsque les prestations font l'objet d'un partenariat d'innovation ou font appel principalement à des technologies innovantes ou évolutives ne permettant pas de conclure le marché à prix définitif.

Urgence impérieuse**CE, 8 décembre 1982, n° 33375, Société Losfeld-Industries**

« Considérant que les marchés conclus par le ministre de la défense avec la société Losfeld-Industries ont été passés à prix provisoire en application de l'article 105 susmentionné ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que les fournitures de munitions pour tube réducteur, qui avaient donné lieu, depuis quinze ans, à de nombreux marchés, soient des fournitures complexes ou d'une technique nouvelle ; **qu'il n'est pas établi que dans le cadre des marchés litigieux, ces fournitures aient présenté un caractère d'urgence impérieuse ou des aléas techniques**

importants ; qu'ainsi les marchés litigieux ont méconnu les dispositions de l'article 105 susmentionné ; que c'est à tort que le tribunal administratif de Paris a refusé d'en reconnaître la nullité et a ordonné une mesure d'expertise pour en déterminer les bases de liquidation ;

Considérant qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, de statuer sur les conclusions des requêtes présentées par la société losfeld-industries devant le tribunal administratif de Paris ;

Considérant que la nullité des marchés du 2 juillet 1971 et du 30 août 1973 entraîne l'illégalité des décisions du 17 janvier 1978 par lesquelles le ministre de la défense a fixé les prix définitifs de ces marchés, et de l'arrêté de débet du 17 septembre 1979 ; »

CE, 20 février 1976, n° 93030, Min de la Défense

« L'administration n'a pas respecté les délais prévus par les dispositions applicables aux contrats passés avec la société des laboratoires René Derveaux pour la fixation des prix définitifs des marchés conclus à prix provisoires alors que, selon les constatations des experts, la comptabilité de la société, malgré certaines imperfections, permettait de fixer ces prix définitifs ; **que cette méconnaissance par l'administration de ses obligations a eu tout à la fois, pour effet, de diminuer et de différer les versements à la société Derveaux ; [...]**

Que les retards, dont il s'agit, caractérisent, dans l'attitude de l'administration vis-à-vis de son cocontractant, **des négligences graves et un mauvais vouloir constitutif de faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat** et à justifier l'allocation des dommages-intérêts compensatoires que sollicite la société Derveaux ».

Article R2112-18

Pour la réalisation des ouvrages mentionnés à l'article L. 2412-1, les marchés de maîtrise d'œuvre sont passés à prix provisoires conformément aux dispositions du titre III du livre IV.

Chapitre III - Organisation de l'achat

Article L2113-1

Pour organiser son achat, l'acheteur :

- 1° Peut procéder à une mutualisation de ses besoins avec d'autres acheteurs dans les conditions prévues à la section 1 ;
- 2° Procède à l'allotissement des prestations objet du marché dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues à la section 2 ;
- 3° Peut réserver des marchés à certains opérateurs économiques dans les conditions prévues à la section 3.

Section 1 - Mutualisation de l'achat

Sous-section 1 - Centrales d'achat

Article L2113-2

Une centrale d'achat est un acheteur qui a pour objet d'exercer de façon permanente, au bénéfice des acheteurs, l'une au moins des activités d'achat centralisées suivantes :

- 1° **L'acquisition de fournitures ou de services ;**
- 2° **La passation des marchés de travaux, de fournitures ou de services.**

1° L'acquisition de fournitures ou de services destinées à des acheteurs ;

Fiche technique, DAJ, La coordination des achats, 2019

« Le recours à une centrale d'achat en tant que **grossiste**

L'acheteur qui recourt à une centrale d'achat doit vérifier que les marchés publics passés par celle-ci en tant que grossiste le sont dans les conditions qui auraient dû être respectées si l'acheteur en question avait lui-même passé ce marché public. Un pouvoir adjudicateur dont le besoin à satisfaire ne relève pas de son activité d'entité adjudicatrice ne peut faire appel à une centrale d'achat qui

aurait passé un marché public selon les règles de passation relatives aux entités adjudicatrices. Toutefois, une entité adjudicatrice peut faire appel à une centrale d'achat qui aurait passé le marché public selon les règles applicables aux pouvoirs adjudicateurs. De même, une collectivité territoriale peut faire appel à une centrale d'achat si le marché public est passé en application des règles relatives à l'Etat, le seuil de procédure applicable aux collectivités territoriales étant plus bas que celui auquel est soumis l'Etat. A l'inverse, l'Etat ne peut pas faire appel à une centrale d'achat si le marché public est passé en application des règles applicables aux collectivités territoriales. Pour répondre à un besoin relevant des marchés de défense et de sécurité, il est impossible de faire appel à une centrale d'achat qui aurait passé un marché public selon les règles de passation applicables aux marchés publics hors marchés publics de défense et de sécurité. De même, pour répondre à un besoin ne relevant pas des marchés de défense et de sécurité, il est impossible de faire appel à une centrale d'achat qui aurait passé un marché public selon les règles de passation applicables aux marchés publics de défense et de sécurité.

En conséquence, si une centrale d'achat souhaite agir en tant que grossiste pour un grand nombre d'acheteurs : - elle peut passer ses marchés publics selon les règles applicables aux pouvoirs adjudicateurs, permettant ainsi aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices d'avoir recours à ses services ; - pour répondre à des besoins relevant des marchés publics de défense et de sécurité et des autres marchés publics, elle doit passer deux marchés publics différents. Dans le cadre du rôle de « grossiste », l'acheteur n'a pas de lien contractuel avec le fournisseur ou le prestataire de service. Les actes d'exécution du marché public, comme la résiliation par exemple, doivent donc être effectués par la centrale d'achat, seul cocontractant du fournisseur ou du prestataire de service. Lorsqu'un acheteur soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 recourt à une centrale d'achat dans les conditions précisées ci-dessus il est considéré comme ayant respecté ses obligations de publicité et de mise en concurrence ».

2° La passation des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services destinés à des acheteurs.

Fiche technique, DAJ, La coordination des achats, 2019

« Le recours à une centrale d'achat en tant que **qu'intermédiaire**

L'établissement d'une convention n'est pas obligatoire entre les acheteurs et la centrale d'achat. Néanmoins, il est recommandé afin de déterminer précisément l'étendue des missions confiées à la centrale d'achat. Les acheteurs peuvent, dans le cadre de la convention qu'ils signent avec la centrale d'achat, décider de confier tout ou partie de la procédure de passation du marché public à la centrale d'achat. Ils peuvent ainsi choisir d'effectuer par eux-mêmes certaines parties de la procédure, par exemple la remise en concurrence en application d'un accord-cadre ou l'attribution de marchés particuliers sur la base d'un système d'acquisition dynamique. La répartition des charges entre l'acheteur et la centrale d'achat doit être précisée dans la convention. Les candidats devront être informés de la répartition ainsi opérée : les informations relatives à ces questions devront figurer dans les documents de la consultation du marché public. Lorsque la centrale d'achat passe un accord-cadre dont la passation des marchés subséquents ou des bons de commande est laissée à la charge des acheteurs, chaque acheteur bénéficiaire doit avoir été identifié dans l'accord-cadre et être partie à ce dernier. Ils peuvent ainsi l'avoir signé eux-mêmes ou avoir mandaté la centrale d'achat pour le signer en leurs noms. L'acheteur demeure responsable du respect des dispositions applicables pour les opérations de passation ou d'exécution du marché public dont il se charge lui-même. Au contraire, la centrale d'achat qui prend seule en charge la responsabilité du déroulement des procédures de passation du marché public assume la responsabilité directe de la légalité de la procédure. Sous réserve de clauses particulières dans la convention conclue avec la centrale d'achat qui intervient en tant qu'« intermédiaire », l'acheteur est chargé des actes d'exécution du marché public passé par la centrale d'achat ».

Article L2113-3

L'acheteur qui recourt à une centrale d'achat pour une activité d'achat centralisée peut également lui confier, sans appliquer les procédures de passation prévues par le présent livre, des activités d'achat auxiliaires.

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

- 1° Mise à disposition d'infrastructures techniques pour la conclusion des marchés de travaux, de fournitures ou de services ;
- 2° Conseil sur le choix, l'organisation et le déroulement des procédures de passation de marchés ;
- 3° Préparation et gestion des procédures de passation de marchés au nom de l'acheteur concerné et pour son compte.

Centrale d'achat

Circulaire du 14 février 2012 (NOR : EFIM1201512C), relative au Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, point 6.3

« Un pouvoir adjudicateur, tel qu'un établissement public ou une collectivité territoriale, peut décider de se constituer en centrale d'achat et passer des marchés pour le compte d'autres organismes publics, dès lors qu'il est lui-même soumis pour la totalité de ses achats aux règles du code des marchés publics et à la condition qu'il le précise dans son marché ou dans les termes de l'accord-cadre. Il peut exercer cette faculté, **dans la limite de sa compétence** et, le cas échéant, dans celle du **principe de spécialité** ».

Rép. min. n° 47744 : JOAN 4 janv. 2005, p. 90

« **Les centrales de référencement ne sont pas des centrales d'achat** au sens de l'article 9 du code des marchés publics (...) les centrales de référencement n'appartiennent pas à la catégorie des pouvoirs adjudicateurs, c'est-à-dire à la catégorie des personnes morales entrant dans le champ d'application de la directive 2004/18 précitée. Elles ne peuvent donc pas être des centrales d'achat au sens de l'article 9 du code des marchés publics. Les centrales de référencement offrent deux catégories de services aux établissements publics de santé : une prestation de service de référencement par l'établissement d'un catalogue de fournisseurs potentiels et une prestation de service d'intermédiaire par la possibilité pour les établissements de contracter avec les fournisseurs sélectionnés sur la base des conditions contractuelles et tarifaires négociées par la centrale ».

CAA Marseille, 5 juill. 2004, n° 04MA01109, Synd. d'agglomération nouvelle Ouest-Provence

« Si ces syndicats peuvent procéder à des investissements en matière d'urbanisation, de logement, de transports, de réseaux, de voies nouvelles et de développement économique, et acquérir des équipements et matériels nécessaires à leur propre fonctionnement, il n'entre pas dans leurs compétences d'acquérir des matériels de bureaux affectés à l'usage des communes membres et **il ne leur appartient pas de se constituer en centrale d'achats** pour les fournitures et matériels de bureau des communes de leur périmètre ; que c'est donc à juste titre que le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a estimé que le moyen tiré par le préfet de ce que **les actes en cause violaient le principe de spécialité des établissements publics** apparaissait, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux sur leur légalité ».

Exercer des activités d'achats centralisés

Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, § 69

« Des centrales d'achat sont chargées d'effectuer des acquisitions, de gérer des systèmes d'acquisition dynamiques ou de passer des marchés publics/des accords-cadres pour d'autres pouvoirs adjudicateurs, avec ou sans rémunération. Les pouvoirs adjudicateurs pour lesquels un accord-cadre est conclu devraient pouvoir y avoir recours **pour des achats uniques ou répétés** ».

Rép. min. n° 82994 : JOAN 7 mars 2006, p. 2458

« La fonction première d'une centrale d'achat est de concentrer des commandes afin d'obtenir un effet sur les prix. (...) il importe de souligner que si le code des marchés publics offre la possibilité aux acheteurs publics de recourir à l'UGAP, il ne l'impose en aucun cas. Le recours à l'UGAP relève du **libre choix de l'acheteur**, celle-ci ne peut en conséquence invoquer un passage obligé par ses services. Les acheteurs restent donc libres de décider soit de passer eux-mêmes les marchés

nécessaires à la satisfaction de leurs besoins propres, soit de recourir aux services d'une centrale d'achat, soit de constituer des groupements de commandes avec d'autres acheteurs publics ayant les mêmes besoins ».

Activités d'achat auxiliaires

Fiche technique, DAJ, La coordination des achats, 2016

« A condition que cela soit **en liaison avec une activité d'achat centralisée** qui leur est confiée et que le besoin relève des marchés publics autres que de défense ou de sécurité, les centrales d'achat peuvent également remplir un rôle accessoire d'activités d'achat auxiliaires sans publicité ni mise en concurrence préalables ».

Article L2113-4

L'acheteur qui recourt à une centrale d'achat pour la réalisation de travaux ou l'acquisition de fournitures ou de services est considéré comme ayant **respecté ses obligations de publicité et de mise en concurrence** pour les **seules opérations de passation et d'exécution qu'il lui a confiées**.

Respect des obligations de publicité et de mise en concurrence

Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, § 69

« La centrale d'achat qui prend seule en charge la **responsabilité du déroulement des procédures de passation** du marché public assume la responsabilité directe de la légalité de la procédure ».

Fiche technique, DAJ, La coordination des achats, 2019

« Une collectivité territoriale peut faire appel à une centrale d'achat si le marché public est passé en application des règles relatives à l'Etat, le seuil de procédure applicable aux collectivités territoriales étant plus bas que celui auquel est soumis l'Etat. A l'inverse, l'Etat ne peut pas faire appel à une centrale d'achat si le marché public est passé en application des règles applicables aux collectivités territoriales ».

« Que la centrale d'achat agisse en tant que grossiste ou en tant qu'intermédiaire, **les obligations relatives à la dématérialisation s'appliquent, y compris lorsqu'elles ne s'appliquent pas à l'acheteur qui recourt à ses services**. Toutes les communications et tous les échanges d'informations sont effectués par des moyens de communication électronique lorsqu'une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication à compter du 1^{er} avril 2017 pour les centrales d'achat ».

« La qualité de centrale d'achat ne permet pas à un acheteur, à ce titre, de proposer aux autres acheteurs, sans publicité ni mise en concurrence, **des fournitures qu'il a lui-même créées ou des services qu'il a développés** ».

Seules opérations de passation et d'exécution qu'il lui a confiées

Fiche technique, DAJ, La coordination des achats, 2019

« L'établissement d'une convention n'est pas obligatoire entre les acheteurs et la centrale d'achat. Néanmoins, il est recommandé afin de déterminer précisément l'étendue des missions confiées à la centrale d'achat. **La répartition des charges entre l'acheteur et la centrale d'achat doit être précisée dans la convention**. Les candidats devront être informés de la répartition des charges ainsi opérée : les informations relatives à ces questions devront figurer dans les documents de la consultation du marché public ».

Article L2113-5

L'acheteur peut recourir à une centrale d'achat située dans un autre Etat membre de l'Union européenne, à condition que ce choix n'ait pas été fait dans le but de se soustraire à l'application de

dispositions nationales qui intéressent l'**ordre public**. La loi alors applicable au marché est la loi de l'Etat membre dans lequel est située la centrale d'achat.

L'ordre public

Fiche technique, DAJ, La coordination des achats, 2019

« Lorsque la centrale d'achat intervient en tant que grossiste, les règles relatives aux délais de paiement ne sont pas considérées comme d'ordre public ».

Sous-section 2 - Groupement de commandes

Article L2113-6

Des **groupements de commandes** peuvent être constitués entre des acheteurs afin de **passer** conjointement un ou plusieurs marchés.

Un groupement de commandes peut également être constitué, aux mêmes fins, entre un ou plusieurs acheteurs et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne sont pas des acheteurs, à condition que **chacun des membres du groupement applique**, pour les achats réalisés dans le cadre du groupement, les règles prévues par la présente partie.

Groupement de commande

Fiche technique, DAJ, La coordination des achats, 2019

« L'intérêt principal pour les acheteurs repose sur le lancement d'une consultation unique pour répondre aux besoins de plusieurs acheteurs en matière de travaux, de fournitures ou de services. Alors que la centrale d'achat n'a pas à satisfaire un besoin propre lorsqu'elle passe un marché public, il est nécessaire **que chaque membre du groupement de commandes soit intéressé par la conclusion d'un ou des marchés publics qui seront conclus dans le cadre du groupement** ».

[...]Un groupement de commandes peut être constitué soit de façon **temporaire**, pour répondre à un besoin commun ponctuel, **soit** de manière **permanente** en vue de répondre à des besoins récurrents ».

CE, 24 juin 2011, n° 347429, S⁶ Atexo

« Une association dotée d'une personnalité morale distincte de celle de chacun de ses membres ne saurait être regardée, à l'égard de ceux-ci, ni comme un groupement de commandes défini par ces dispositions, susceptible de conclure un marché en application du code des marchés publics, ni comme le coordonnateur désigné parmi les membres du groupement qu'ils constitueraient ensemble ».

CAA Lyon, 10 juillet 1992, n° 91LY00119, Sté Béthenod

« Considérant qu'il résulte des dispositions précitées que le **groupement d'achats** de combustibles liquides du département de la Drôme, constitué en vertu du livre IV du code des marchés publics, **n'a pas de personnalité juridique** ; qu'ainsi, les contrats passés par son intermédiaire forment un ensemble de contrats dont chaque adhérent assure personnellement l'exécution pour son propre compte ; que, par suite, la société "BETHENOD" ne saurait faire état d'une faute contractuelle commise par le coordonnateur dans l'interprétation de la clause de butoir des prix des différents contrats de fourniture de fioul domestique pour demander que l'Etat (ministre de l'intérieur et de la sécurité publique), qui n'était pas adhérent du groupement, soit condamné à lui payer une indemnité de ce chef ; »

Rép. min. n° 100136, JOAN 17 mai 2011, p. 5146

« Dans ce cas, l'adhésion d'un nouveau pouvoir adjudicateur à un groupement de commandes « permanent » est possible sous réserve que la convention constitutive prévoit bien les modalités d'adhésion et de sortie du groupement. En revanche, toujours pour des raisons tenant à l'obligation de définir précisément la nature et l'étendue des besoins préalablement à la passation du marché (art. 5 du code des marchés publics), **l'adhésion d'un nouvel adhérent ne peut être réalisée qu'à**

l'occasion de la passation d'un nouveau marché par le groupement, et non pour les marchés qui seraient éventuellement en cours de passation ou d'exécution ».

CE, 24 septembre 2003, n°240604, CAMIF

« Considérant que si le décret attaqué prévoit que **l'UGAP peut**, soit passer des contrats de commande avec l'Etat, les collectivités territoriales ou leurs établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, contrats qui sont soumis aux dispositions du code des marchés publics, soit **constituer avec ces personnes des groupements de commandes** prévus à l'article 8 du code des marchés publics, en étant alors systématiquement coordonnateur de ces groupements, il n'a ni pour objet ni pour effet de mettre l'UGAP en position de répondre elle-même à un appel d'offres qu'elle lancerait en sa qualité de coordonnateur d'un groupement ou d'évincer systématiquement des candidats à un tel appel d'offres qui seraient par ailleurs ses concurrents dans le cadre de marchés lancés directement par ces personnes publiques ».

Passation

CAA de Nantes, 2 mars 2012, n° 10NT01979, Les Champs Jouault

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions combinées que, si chaque membre du groupement de commandes est en principe tenu de passer le marché avec l'attributaire désigné par la commission d'appel d'offres, il peut **ne pas donner suite à la procédure pour un motif d'intérêt général** »

CE, 13 juillet 2007, n° 299417, Sipperec

« La constitution d'un groupement de commandes a pour objet d'organiser une procédure de passation d'un marché global avec un cocontractant unique permettant la conclusion par chaque membre du groupement de son propre marché ; que dès lors que les membres du groupement de commandes s'engagent à conclure un contrat avec le candidat retenu à la fin de la procédure de sélection et que ce candidat a présenté son offre compte-tenu de la commande globalisée, **la procédure de passation des marchés dans le cadre d'un tel groupement doit être regardée comme indivisible et achevée dès la signature du premier marché conclu par l'un des membres du groupement (...)**

Considérant que, ainsi qu'il a été dit, au moins un membre du groupement de commandes avait signé son marché avec la société Ipnotic Telecom antérieurement à la date d'introduction de la requête de la société France Telecom ; que par suite, **le recours formé par cette dernière sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative est irrecevable** »

Application des règles de la présente partie par chacun des membres du groupement

CE 18 sept. 2015, n° 389740, Synd. intercommunal des eaux du bas Roubion

« Considérant, en premier lieu, que les dispositions précitées de l'article 10 du code des marchés publics, qui prévoient **le principe d'une dévolution des marchés publics par lots** et définissent les hypothèses dans lesquelles un marché global peut être conclu, **sont applicables lorsqu'un groupement de commandes a été constitué** dans les conditions prévues par l'article 8 du code des marchés publics ; que le juge des référés n'a commis aucune erreur de droit sur ce point ; qu'il n'a pas davantage commis d'erreur de droit en annulant la procédure litigieuse, lancée par le SIEBR en tant que coordonnateur du groupement de commandes, au motif que le syndicat ne pouvait légalement prévoir que les trois marchés distincts qui devaient être conclus devaient l'être avec le même attributaire ».

Fiche technique, DAJ, La coordination des achats, 2016

« Dans le cadre d'un groupement de commandes composé d'acheteurs soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015, certains peuvent être soumis à des règles de passation différentes. Dans cette hypothèse, le groupement de commandes doit mettre en œuvre **les règles les plus strictes applicables à l'un des membres du groupement** ».

Article L2113-7

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

Les acheteurs membres du groupement de commandes sont solidairement **responsables** des seules opérations de passation ou d'exécution du marché qui sont menées conjointement en leur nom et pour leur compte selon les stipulations de la convention constitutive.

Convention constitutive

Rép. min. n° 1634 : JOAN 12 juin 2018, p. 4993

« Si le régime des groupements de commandes est régi à l'article 28 de l'ordonnance no 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, leur convention constitutive ne constitue pas un marché public. Son adoption a donc lieu par les procédures de droit commun. Dans le cas des communes, l'article L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales ayant un caractère limitatif, seules les compétences qui y sont énumérées peuvent être déléguées au maire pour agir au nom de la commune. Dans ces conditions, **le conseil municipal peut seul approuver une convention constitutive d'un groupement de commandes**, et autoriser l'exécutif à la signer ».

Coordinateur

CE, 24 septembre 2003, n°240604, CAMIF

« Considérant que si le décret attaqué prévoit que l'**UGAP** peut, soit passer des contrats de commande avec l'Etat, les collectivités territoriales ou leurs établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, contrats qui sont soumis aux dispositions du code des marchés publics, soit constituer avec ces personnes des groupements de commandes prévus à l'article 8 du code des marchés publics, en étant alors **systématiquement coordonnateur de ces groupements**, il n'a ni pour objet ni pour effet de mettre l'UGAP en position de répondre elle-même à un appel d'offres qu'elle lancerait en sa qualité de coordonnateur d'un groupement ou d'évincer systématiquement des candidats à un tel appel d'offres qui seraient par ailleurs ses concurrents dans le cadre de marchés lancés directement par ces personnes publiques ; »

Rép. min. n° 5523 : JO du Sénat, 6 février 2003, p.403

« L'article 8-VI dudit code ouvre la possibilité, dans la convention constitutive du groupement, de prévoir que " le coordonnateur sera mandaté pour signer et exécuter le marché au nom de l'ensemble des membres du groupement ". Toutefois, le même article 8 (au I, 4e alinéa) dispose que **les personnes privées " ne peuvent exercer la fonction de coordonnateur "**. Peuvent seuls être coordonnateurs, en l'espèce, les communes ou leurs établissements publics. Il n'est donc pas possible pour les communes de donner le pouvoir de passer un marché à l'association départementale des maires. En effet, celle-ci exercerait alors le rôle de coordonnateur du groupement ».

Responsabilité

CAA Bordeaux, 12 juillet 2012, n°11BX01620, Société Optima

« Considérant qu'il n'est pas contesté que la convention datée du 24 juin 2009, par laquelle le syndicat mixte du schéma de cohérence territoriale de l'agglomération de Bayonne et du Sud des Landes, le syndicat des transports en commun de l'agglomération de Bayonne et la communauté de communes Sud Pays Basque ont constitué un groupement de commandes, a désigné ledit syndicat mixte comme **coordonnateur du groupement**, chargé seul, en vertu de l'article 8 précité du code des marchés publics, de l'ensemble des opérations de sélection du futur cocontractant ; que par suite, **seul ce syndicat mixte**, à l'exclusion des autres membres du groupement de commandes, **est susceptible de voir sa responsabilité engagée du fait des irrégularités de la procédure de passation du marché en cause** ; que dès lors, les conclusions de la société OPTIMA tendant à la

condamnation du syndicat des transports en commun de l'agglomération de Bayonne et de la communauté de communes Sud Pays Basque sont mal dirigées ».

CE, 9 juillet 2003, n° 249852, Sipperec

« Considérant que ces dispositions, si elles font obligation de recourir aux modalités prévues par le VI de l'article 8 précité lorsque les membres du groupement envisagent de confier au coordonnateur à la fois la signature et l'exécution du marché passé par le groupement, n'ont pas pour effet d'interdire aux membres d'un groupement constitué sur le fondement des dispositions des II à V de l'article 8 de **mandater selon les règles du droit commun toute personne, y compris le coordonnateur de ce groupement, à l'effet de signer les marchés en leur nom, tout en conservant**, comme le prévoit le V de l'article 8 précité, **la responsabilité de l'exécution de ces marchés** ».

Article L2113-8

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

Nonobstant les dispositions du second alinéa de l'article L. 2113-7, et sous réserve des stipulations d'accords internationaux et d'arrangements administratifs, entre les Etats membres dont ils relèvent, les membres du groupement s'accordent sur la répartition des responsabilités ainsi que sur le droit applicable au marché, choisi parmi les droits de ces Etats.

Sous-section 3 - Entités communes transnationales

Article L2113-9

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

- 1° Soit la loi de l'Etat dans lequel se trouve son siège ;
- 2° Soit la loi de l'Etat dans lequel elle exerce ses activités.

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

Section 2 - Allotissement

Article L2113-10

Les marchés sont passés en **lots séparés**, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de **prestations distinctes**.

L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots.

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

En lots séparés

CE, 25 mai 2018, n° 417428, OPH Hauts-de-Seine Habitat

« Saisi d'un moyen tiré de l'irrégularité de la décision de ne pas allouer un marché, il appartient au juge du référé précontractuel de déterminer si l'analyse à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé et les justifications qu'il fournit sont, eu égard à la marge d'appréciation dont il dispose pour décider de ne pas allouer lorsque la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients que l'article 32 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 mentionnent, entachées d'appréciations erronées. Par ailleurs, lorsqu'un marché public a été alloué, le juge ne peut relever un manquement aux obligations

de publicité et de mise en concurrence du fait de la définition du nombre et de la consistance des lots que si celle-ci est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, compte tenu de la liberté de choix dont le pouvoir adjudicateur dispose en ce domaine. Lorsque le pouvoir adjudicateur a choisi de diviser un marché public en **lots géographiques**, il appartient notamment au juge du référé précontractuel, saisi d'un moyen en ce sens, de s'assurer, en prenant en compte l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, que ce choix n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ».

CAA Marseille, 19 décembre 2011, n° 09MA03774, Préfet des Alpes Maritimes

« Le pouvoir adjudicateur doit par principe, lorsque le marché permet d'identifier des prestations distinctes, passer celui-ci en lots séparés, sauf s'il est en mesure de justifier se trouver en présence de l'un des cas prévus au deuxième alinéa de l'article 10 ; compte tenu de la liberté de choix qui lui est reconnue, la méconnaissance de l'obligation d'allotir par le recours au marché global n'affecte la légalité du marché que si ce choix révèle une **erreur manifeste d'appréciation** de la part du pouvoir adjudicateur ».

Prestations distinctes

Fiche technique DAJ – Allotissement, 24 janvier 2018

« Des prestations sont considérées comme distinctes lorsque celles-ci :

- soit, sont d'une nature différente et répondent à des besoins dissociables ;
- soit, tout en étant de nature identique, peuvent être considérées comme distinctes en raison de la répartition géographique des sites objet de ces prestations. Selon le Conseil d'État, la répartition géographique est en effet « le signe de l'existence de prestations sinon distinctes du moins a priori différenciables ». Ainsi, il est loisible à l'acheteur de procéder à la dévolution du marché sous forme de lots géographiques en tenant compte des zones géographiques distinctes qui peuvent être identifiées compte tenu de la structure économique ».

CAA Douai, 10 mai 2016, n° 13DA00047 Synd. intercommunal de création et de gestion de la fourrière pour animaux errants de Lille

« Le pouvoir adjudicateur doit par principe, lorsque le marché permet d'identifier des prestations distinctes, passer celui-ci en lots séparés, sauf s'il est en mesure de justifier se trouver en présence de l'un des cas prévus au deuxième alinéa de l'article 10 du code précité ;

Considérant que le marché comportait deux types de prestations, l'une liée à la gestion de la fourrière et l'autre relative à la gestion du refuge et permettait ainsi l'identification de prestations distinctes sans qu'il soit besoin de déterminer le caractère indissociable ou complémentaire de celles-ci ; que si le syndicat intercommunal de création et de gestion de la fourrière pour animaux errants de Lille et ses environs soutient que le choix de recourir à un marché global est justifié au regard des installations en place et de l'exécution des prestations conçues pour entrer dans une gestion intégrée, la seule circonstance que les activités de fourrière et de refuge soient conduites sur un même site avec une même gestion dans des locaux séparés ne justifie toutefois pas son choix de recourir à un marché global ; qu'en outre, il ne ressort pas de l'avis d'appel à concurrence effectué par le syndicat intercommunal de création et de gestion de la fourrière pour animaux errants de Lille et ses environs que l'offre des candidats aurait dû faire l'objet d'une adaptation pour tenir compte de la spécificité du mode de gestion souhaité ; qu'enfin, le syndicat ne démontre pas que le recours à l'allotissement aurait eu pour effet d'alourdir considérablement le coût de l'opération, ni qu'il aurait rendu techniquement difficile l'exécution du marché ; qu'il n'est établi pas davantage qu'il n'était pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination, du fait de l'insuffisance de l'effectif de ses personnels aptes à les réaliser ; qu'il suit de là que c'est à bon droit que les premiers juges ont estimé que les dispositions précitées de l'article 10 du code des marchés publics avaient été méconnues ».

CE, 23 juillet 2010, n° 338367, Région Réunion

« Considérant, en premier lieu, que le juge des référés a relevé que le marché portait sur des prestations distinctes ; que par suite, la Région Réunion n'est pas fondée à soutenir que le juge des référés, qui n'a pas fait reposer son ordonnance sur des erreurs matérielles, aurait omis de statuer sur le moyen en défense tiré de ce que les prestations objets du marché auraient un caractère homogène ;

Considérant, en second lieu, que pour regarder comme de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de la signature du marché, le moyen tiré du manquement à l'obligation d'allotir, le juge des référés du tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion, par son ordonnance contestée du 21 décembre 2009, a relevé, d'une part, que la Région Réunion ne justifiait pas se trouver en présence de l'une des exceptions prévues par l'article 10 du code des marchés publics, d'autre part que le marché faisait bien apparaître **des prestations distinctes à raison de la répartition géographique des sites objet du marché de surveillance** ; que ce faisant le juge des référés du tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion n'a pas commis d'erreur de droit dans l'application de l'article 10 du code des marchés publics ».

CE, 29 octobre 2010, n° 340212, Syndicat mixte d'assainissement de la Région Ouest de Versailles (SMAROV)

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que contrairement à ce que soutient le SMAROV, l'objet du marché, qui comporte **le suivi de l'exécution du contrat d'affermage et de ses avenants, la gestion et le suivi de la passation et de la mise en œuvre de nouveaux avenants à ce contrat, la rédaction d'un bilan environnemental annuel, l'aide à la préparation des décisions du SMAROV et l'assistance au maître d'ouvrage pour le suivi de l'exécution de marchés de maîtrise d'œuvre pour des travaux d'extension et de mise aux normes, permet bien l'identification de prestations différentes** ; que le SMAROV n'établit ni que l'allotissement du marché rendrait son exécution techniquement difficile, ni qu'il ne serait pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ; que la passation d'un marché global a donc méconnu les dispositions de l'article 10 du code des marchés publics ; que la société Cabinet Conseil Aspasia, qui est une société de petite taille spécialisée dans l'assistance à maîtrise d'ouvrage, justifie avoir été lésée par ce manquement ».

CE 2 juin 1995, Sté Cofreth et Sté Techni, nos 132280 et 132385

« Considérant que le marché passé par le département de l'Essonne, en exécution d'une délibération du conseil général en date du 16 mai 1990, pour l'exploitation et l'entretien des installations thermiques des collèges et des centres de secours du département comportait l'attribution de neuf lots, chacun d'eux comprenant la fourniture du combustible nécessaire à ces établissements, l'entretien des installations, la "garantie totale" de celles-ci, laquelle était définie comme "la réparation et le remplacement à l'identique des pièces détachées ou des matériels proprement dits ou de gros éléments d'ensemble", et la mise en œuvre d'un dispositif de "télégestion" ; qu'il ressort des pièces du dossier qu'en égard à **leur objet spécifique, ainsi qu'aux modalités particulières de la rémunération du cocontractant, la fourniture du combustible, d'une part, et l'entretien des installations, d'autre part, étaient dissociables des autres prestations prévues pour chaque lot** ; qu'ainsi, contrairement à ce que soutiennent les sociétés requérantes, le préfet de l'Essonne était recevable à ne déférer devant le tribunal administratif de Paris que les stipulations contractuelles conclues par le département avec la Société Techni, pour six lots, le 5 juillet 1990 et avec la Société Cofreth, pour trois lots, le 6 septembre 1990 s'agissant de la fourniture du combustible nécessaire aux collèges et de l'entretien des installations thermiques de ces établissements ».

L'acheteur détermine

CE 21 mai 2010, n°333737, Commune Ajaccio

« S'il appartient au juge des référés précontractuels de relever un manquement aux obligations de mise en concurrence résultant d'une méconnaissance de ces dispositions, **s'agissant de la définition du nombre et de la consistance des lots, un tel manquement ne peut résulter que d'une erreur manifeste** du pouvoir adjudicateur, compte tenu de la liberté de choix qui lui est reconnue à ce titre ; le juge des référés du tribunal administratif de Bastia, en relevant l'existence

d'une méconnaissance de l'article 10 du code des marchés publics au motif que les deux lots retenus par la Commune d'Ajaccio, comprenant des prestations dans les domaines du droit public, du droit privé ou du droit pénal, par l'ampleur et l'hétérogénéité des matières qu'ils regroupent présentent en réalité les caractéristiques d'un marché global, sans limiter son contrôle à l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation dans la détermination du nombre et de la consistance des lots eu égard à la nature des prestations et à l'objet du marché, a commis une erreur de droit ».

Article L2113-11

L'acheteur peut décider de ne pas allouer un marché dans l'un des cas suivants :

1° Il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les **missions d'organisation**, de pilotage et de coordination ;

2° La dévolution en lots séparés est de nature à **restreindre la concurrence** ou risque de rendre **techniquement difficile** ou **financièrement plus coûteuse** l'exécution des prestations.

Lorsqu'un acheteur décide de ne pas allouer le marché, il **motive son choix** en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision.

Missions d'organisation

CE, 8 avril 2019, n°426096, Région Réunion

« Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés qu'en application de ces dispositions du code général des collectivités territoriales, la région Réunion a lancé une procédure concurrentielle avec négociation, en faisant application de l'article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et des articles 71 à 73 de son décret d'application du 25 mars 2016, en vue de la conclusion d'un marché public global de performance ayant pour objet la conception, la réalisation, la maintenance et l'exploitation technique d'une infrastructure de communications électroniques à très haut débit sur le territoire de l'île de La Réunion.

Qu'il résulte de la combinaison des dispositions citées aux points précédents que l'obligation d'allotissement énoncée par l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ne s'applique pas aux marchés qui entrent dans l'une des trois catégories mentionnées à la section 4. Par suite, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de la Réunion a commis une erreur de droit en jugeant que les marchés publics globaux de performances étaient soumis à une obligation d'allotissement et en annulant, pour ce motif, la procédure de passation du marché litigieux faute pour celui-ci d'avoir été alloué ».

CAA Marseille, 19 décembre 2011, n° 09MA03774, Préfet Alpes-Maritimes

« Considérant qu'il n'est pas contesté que l'objet du marché en litige permet bien l'identification de prestations distinctes au sens de l'article 10 du code des marchés publics ; que Côte d'Azur Habitat ne démontre pas, en faisant état du lancement de quinze chantiers en 2008 concernant 2079 logements en réhabilitation et 120 logements en construction neuve et des difficultés importantes rencontrées dans ses précédents appels d'offres en matière de réhabilitation de logements, qu'il n'aurait pas été en mesure, au vu de ses moyens techniques et humains et de l'ensemble des opérations déjà engagées, d'assurer les missions d'organisation, de pilotage et de coordination des marchés spécifiquement attaqués ; qu'en outre, l'allotissement n'a pas pour effet d'empêcher une entreprise générale de soumissionner pour l'ensemble des lots d'un marché ni d'interdire l'attribution de plusieurs lots à un même titulaire ; que si Côte d'Azur Habitat soutient que le choix de l'allotissement a eu pour effet, ainsi qu'il l'a constaté lors de l'exécution d'autres marchés, un surcoût important des opérations, ainsi qu'un retard engendrant des pertes de loyers, il n'établit pas l'impact financier négatif de l'allotissement ; qu'il ne démontre pas davantage que les retards constatés lors de l'exécution de marchés semblables auraient pour origine l'application du principe de l'allotissement fixé par l'article 10 du code des marchés publics, ni que le regroupement en un seul lot lui permettrait de réaliser des économies significatives alors même que l'obligation d'allotir entraînerait une charge supplémentaire pour la conduite des chantiers ; que si Côte d'Azur Habitat soutient que l'allotissement contribuerait à rendre l'exécution des prestations techniquement difficile, il n'assortit cet argument d'aucune précision ; qu'enfin, Côte d'Azur Habitat ne peut utilement invoquer la

circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application des marchés publics, qui ne présente pas un caractère réglementaire ; qu'il résulte de ce qui précède que, **faute d'établir l'existence d'une des exceptions au principe de l'allotissement des marchés publics, la passation par Côte d'Azur Habitat d'un marché global a méconnu les dispositions précitées de l'article 10 du code des marchés publics ; que ledit marché doit, par suite, être annulé ».**

CAA Lyon, 6 octobre 2011, n° 10LY01121, Syndicat national des entreprises du second œuvre (SNSO)

« Considérant qu'en vertu de l'article 10 précité du code des marchés publics, il ne peut être dérogé au principe d'allotissement des marchés publics qu'en raison de circonstances particulières entraînant un renchérissement de l'opération ou rendant plus difficile l'exécution ou la surveillance de l'exécution des prestations commandées ;

Considérant que si la rénovation du collège Mendès France de Riom et du collège Saint-Germain-Lembron doit être réalisée en site occupé, il ne ressort pas de l'instruction que cette contrainte, courante en matière de réhabilitation d'ouvrages publics, aurait été incompatible avec l'allotissement des travaux ; qu'il n'est pas non plus établi que la passation de marchés séparés en aurait renchéri le coût ; qu'enfin, le département du Puy-de-Dôme, qui avait recruté des maîtres d'œuvre dont la mission portait notamment sur l'élaboration puis le suivi du planning du chantier, ne saurait utilement se prévaloir de la faiblesse des effectifs de ses propres services pour soutenir qu'il ne disposait pas de la capacité d'assurer la programmation et la coordination de ces chantiers.

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les décisions par lesquelles le président du conseil général du Puy-de-Dôme a décidé de signer les marchés de réhabilitation du collège Mendès France de Riom et du collège Saint-Germain-Lembron, respectivement avec le groupement formé des sociétés GCC et Mallet BTP et avec la société Eiffage construction ont été prises en méconnaissance de l'article 10 précité du code des marchés publics et doivent être annulées ».

Restreindre la concurrence

CE, 27 octobre 2011, n° 350935, Département des Bouches-du-Rhône

« Le Département des Bouches-du-Rhône soutient avoir, au vu des prix peu compétitifs obtenus en 2006 pour le même marché divisé en quatre lots géographiques, choisi de recourir à un marché global en vue de limiter les risques d'entente locale entre candidats et de favoriser les économies d'échelles ; il résulte de l'instruction que le département a, ce faisant, **obtenu une baisse de prix de 66% par rapport aux offres sélectionnées en 2006, sans qu'une telle baisse de prix puisse être entièrement imputée au renforcement structurel de la concurrence dans le secteur de la signalisation verticale à la suite de la dissolution de l'entente grevant ce secteur ;** le Département des Bouches-du-Rhône, qui justifie ainsi que l'allotissement du marché aurait pu être de nature à rendre plus coûteuse la réalisation des prestations prévues au contrat, ne peut être regardé comme ayant manqué à ses obligations de mise en concurrence en recourant à un marché global ».

Techniquement difficile

CE, 18 septembre 2015, n° 389740, Syndicat intercommunal des eaux du bas Roubion (SIEBR)

« Considérant, en premier lieu, que les dispositions précitées de l'article 10 du code des marchés publics, qui prévoient le principe d'une dévolution des marchés publics par lots et définissent les hypothèses dans lesquelles un marché global peut être conclu, sont applicables lorsqu'un groupement de commandes a été constitué dans les conditions prévues par l'article 8 du code des marchés publics ; que le juge des référés n'a commis aucune erreur de droit sur ce point ; qu'il n'a pas davantage commis d'erreur de droit en annulant la procédure litigieuse, lancée par le **SIEBR en tant que coordonnateur du groupement de commandes, au motif que le syndicat ne pouvait légalement prévoir que les trois marchés distincts qui devaient être conclus devaient l'être avec le même attributaire ;**

Considérant, en second lieu, que le SIEBR ne pouvait utilement soutenir devant le juge des référés que le recours à un marché global était possible dans les conditions prévues par le deuxième alinéa de l'article 10 cité ci-dessus, dès lors, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, qu'il avait lui-même décidé de

passer trois marchés distincts ; que, par suite, et en tout état de cause, les moyens tirés de ce que le juge des référés n'aurait pas répondu à l'argumentation du syndicat tirée des difficultés techniques que soulèverait l'allotissement des prestations et aurait commis une erreur de droit en ne recherchant pas si le recours à un marché global était possible, ne peuvent qu'être écartés ».

CE 26 juin 2015, n°389682, Ville de Paris

« Saisi d'un moyen tiré de l'irrégularité du recours à un marché global, il appartient au juge de déterminer si l'analyse à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé et les justifications qu'il fournit sont, eu égard à la marge d'appréciation qui lui est reconnue pour estimer que la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients que les dispositions précitées mentionnent, entachée d'appréciations erronées ;

Considérant que le juge des référés a relevé que la ville de Paris faisait valoir que le fait de confier la gestion des kiosques et celle de l'activité des kiosquiers à un même opérateur la dispensait d'avoir à arbitrer elle-même les conflits récurrents opposant le gestionnaire des kiosques et les kiosquiers, dont les intérêts sont souvent divergents ; qu'il a cependant estimé que ces risques étaient inhérents à la nature de l'activité en cause et que, depuis plusieurs décennies, ils ne l'avaient pas mise en péril et en a déduit qu'ils n'étaient pas d'une gravité telle qu'ils rendent techniquement difficile l'exécution de deux contrats distincts ; qu'en jugeant ainsi, alors notamment que, dans le cadre du renouvellement que la ville attendait du titulaire du contrat dans la conception et **la gestion des kiosques et des objectifs de valorisation de son domaine qu'elle s'assignait, la mise en œuvre par deux opérateurs distincts des logiques propres à la gestion des ouvrages, à l'exploitation des espaces publicitaires et à la vente de journaux était de nature, ainsi qu'il ressortait de l'analyse qu'elle avait produite, à entraîner une multiplication des conflits et à rendre ainsi l'exécution de deux contrats techniquement difficile et coûteuse**, le juge des référés a commis une erreur de qualification juridique ».

CE, 11 avril 2014, n° 375051, Commune de Montreuil

« Il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel et des énonciations non contestées sur ce point de l'ordonnance attaquée que les prestations de conseil et de représentation juridiques, objet du marché, portaient sur l'ensemble des matières du droit public ainsi que sur les matières relevant du droit civil, du droit pénal et de la procédure pénale ; que, compte tenu de la diversité de ces prestations et du volume de la commande passée par la commune de Montreuil, **le juge des référés n'a commis ni erreur de droit ni erreur de qualification juridique des faits en jugeant que des prestations distinctes pouvaient être identifiées et que le marché pouvait faire l'objet d'un allotissement** ; qu'il a également jugé sans erreur de droit et sans erreur de qualification juridique que la commune, eu égard à son importance et à sa capacité à assurer une coordination des prestations, ne justifiait pas qu'un allotissement du marché rendrait techniquement difficile son exécution ».

CE, 3 décembre 2012, n° 360333, Syndicat mixte de Besançon et de sa région pour le traitement des ordures ménagères (SYBERT)

« Considérant qu'il ressort des documents de la consultation qu'il était notamment possible de distinguer, au sein du marché de fourniture et mise en œuvre de dispositifs de contrôle d'accès et de gestion informatisée des déchetteries, les prestations relatives à la fourniture et à la mise en service des installations informatiques de celles relatives aux travaux dits de " génie civil ", consistant à creuser des tranchées pour l'enfouissement des câbles du dispositif, le coût de ces seuls travaux représentant environ un quart du montant du marché ; que, contrairement à ce que soutient le SYBERT, il ne résulte pas de l'instruction qu'une dévolution en lots séparés aurait nécessité une coordination entre prestataires telle qu'elle aurait rendu techniquement difficile l'exécution du marché ; que si le SYBERT soutient également que l'allotissement du marché aurait rendu son exécution financièrement coûteuse, il n'apporte aucune justification à l'appui de ses allégations ; que, par suite, le SYBERT doit être regardé comme ayant manqué à ses obligations d'allotissement résultant de l'article 10 du code des marchés publics ; que ce manquement aux règles de mise en concurrence a été de nature à léser le groupement requérant,

dont l'une des sociétés est spécialiste des travaux de génie civil ; qu'il y a dès lors lieu d'annuler la procédure de passation dans son intégralité ».

CE, 21 mai 2010, n° 333737, Commune Ajaccio

« Collectivité ayant engagé une procédure pour la passation d'un marché de services juridiques divisé en deux lots - l'un ayant pour objet des prestations de conseils juridiques, l'autre la représentation en justice. Elle n'a pas, ce faisant, méconnu l'article 10 du code des marchés publics, une telle division en deux lots n'étant pas, compte tenu de la nature des prestations et de l'objet du marché, entachée **d'une erreur manifeste d'appréciation** ».

CE, 20 mai 2009, n° 311379, Commune de Fort-de-France

« Considérant que si le marché de sécurisation des espaces publics comportait des prestations distinctes (rénovation d'une partie de l'éclairage public, mise aux normes de la signalisation lumineuse tricolore, installation d'un dispositif de vidéosurveillance), il ne résulte pas de l'instruction que, compte tenu en particulier des difficultés techniques qui auraient pu résulter, lors de l'exécution du marché, de sa dévolution en lots séparés, ainsi que des conséquences probables de cet allotissement sur le coût financier du marché, la Commune de Fort-de-France ait méconnu l'article 10 du code des marchés publics faute d'avoir alloué le marché ».

Financièrement plus coûteuse

CE, 25 mai 2018, n° 417869, Département des Yvelines

« Saisi d'un moyen tiré de l'irrégularité de la décision de ne pas allouer un marché, il appartient au juge du référé précontractuel de déterminer si l'analyse à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé et les justifications qu'il fournit sont, eu égard à la marge d'appréciation dont il dispose pour décider de ne pas allouer lorsque la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients que les dispositions précitées mentionnent, entachées d'appréciations erronées. Il résulte de l'instruction que, pour établir que la dévolution en lots séparés risquait de rendre techniquement plus difficile l'exécution du marché litigieux, alors même qu'il comporte des prestations distinctes, le département des Yvelines fait valoir tant les caractéristiques de l'établissement, qui réunit une école primaire, un collège et un lycée dans une dizaine de bâtiments différents, que la nécessité d'une coordination rigoureuse des prestataires en raison de la complexité d'une opération qui concerne l'ensemble de l'établissement mais qui doit être réalisée sans interruption de son fonctionnement et doit se dérouler en une seule phase sur deux années scolaires, l'activité du site étant transférée dans des bâtiments modulaires ; le département fait également valoir qu'une entreprise générale est mieux à même d'assumer les fortes contraintes de sécurisation des chantiers et des multiples accès à l'établissement, liées notamment au flux permanent d'entrées et de sorties, en particulier du fait de l'accueil de 630 demi-pensionnaires d'un collègue voisin, qui s'ajoutent aux 870 du lycée, et aux déplacements des 1 700 personnes qu'accueille l'établissement ; le département soutient aussi, sans être sérieusement contredit, qu'eu égard à son incidence sur les délais d'exécution et sur le coût de la location de bâtiments modulaires accueillant, pendant la durée des travaux, l'ensemble des élèves, professeurs et personnels de l'établissement, **l'allotissement risquait de rendre financièrement plus coûteuse l'exécution du marché** ; ainsi, dans les circonstances particulières de l'espèce, la décision de ne pas allouer le marché n'est pas entachée d'une appréciation erronée des inconvénients d'une dévolution en lots séparés ».

CE, 9 décembre 2009, n°328803, Département de l'Eure

« Considérant que le juge des référés a jugé que la circonstance que le recours à la procédure du marché global entraînerait effectivement une économie budgétaire substantielle par rapport aux précédentes procédures d'attribution par marché alloué conduites par le département ne suffisait pas à justifier le recours à cette procédure, dès lors que l'exception prévue à l'article 10 précité ne viserait que l'hypothèse selon laquelle l'allotissement entraîne une exécution financièrement coûteuse des prestations et n'aurait pas pour finalité de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de réaliser une économie budgétaire, même substantielle ; que la réduction significative du coût des prestations pour le pouvoir adjudicateur, qui a pour corollaire une économie budgétaire pour celui-ci, constitue

toutefois, lorsqu'elle est démontrée au moment du choix entre des lots séparés ou un marché global, un motif légal de dévolution en marché global par application de l'article 10 du code des marchés publics ; que le Département de l'Eure est ainsi fondé à soutenir que l'ordonnance attaquée est entachée d'erreur de droit et à en demander, pour ce motif, l'annulation ; (...)

La réduction significative du coût des prestations pour le pouvoir adjudicateur - qui a pour corollaire une économie budgétaire pour celui-ci - constitue, lorsqu'elle est démontrée au moment du choix entre des lots séparés ou un marché global, un motif légal de dévolution en marché global par application de l'article 10 du code des marchés publics ».

Motive(r) son choix

CE, 11 août 2009, n° 319949, Communauté urbaine Nantes Métropole

« La fourniture d'un service de téléphonie mobile et la mise en œuvre de transferts d'informations entre machines, notamment horodateurs et feux de signalisation constituent, bien qu'elles fassent appel à la même technologie GSM, des prestations distinctes, au sens de l'article 10 du code des marchés publics. Elles ne peuvent donc être légalement regroupées en un même lot. Les motifs qui pourraient justifier le regroupement dans un seul lot, comme les difficultés à coordonner les deux ensembles ou les possibles économies, doivent être suffisamment justifiés sous le contrôle du juge. En l'espèce, l'impact financier d'un regroupement, évalué à 2% du budget alloué au lot, est jugé insuffisant pour justifier un regroupement en un seul lot ».

Article R2113-1

L'acheteur indique dans les documents de la consultation si les opérateurs économiques peuvent soumissionner pour un seul lot, plusieurs lots ou tous les lots ainsi que, le cas échéant, le nombre maximal de lots qui peuvent être attribués à un même soumissionnaire. Dans ce cas, les documents de la consultation précisent les règles applicables lorsque la mise en œuvre des critères d'attribution conduirait à attribuer à un même soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal.

CE, 20 février 2013, n° 363656, Société Laboratoire Biomnis

« Le pouvoir adjudicateur qui recourt à l'allotissement peut décider, afin de mieux assurer la satisfaction de ses besoins en s'adressant à une pluralité de cocontractants ou de favoriser l'émergence d'une plus grande concurrence, de limiter le nombre de lots qui pourra être attribué à chaque candidat, dès lors que ce nombre est indiqué dans les documents de la consultation ; dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur autorise la présentation d'une candidature pour un nombre de lots supérieur à celui pouvant être attribué à un même candidat, les documents de la consultation doivent en outre indiquer les modalités d'attribution des lots, en les fondant sur des critères ou règles objectifs et non discriminatoires, lorsque l'application des critères de jugement des offres figurant dans ces mêmes documents conduirait à classer premier un candidat pour un nombre de lots supérieur au nombre de lots pouvant lui être attribués ; lorsqu'il décide ainsi de limiter le nombre de lots qui pourra être attribué à chaque candidat, le pouvoir adjudicateur n'adopte pas un critère de jugement des offres au sens des dispositions de l'article 53 du code des marchés publics mais définit, dans le cadre de l'article 10 du code des marchés publics relatif à l'allotissement, les modalités d'attribution des lots du marché ».

Article R2113-2

L'acheteur qui décide de ne pas allotir un marché passé selon une procédure adaptée motive ce choix dans les documents relatifs à la procédure qu'il conserve en application des articles R. 2184-12 et R. 2184-13.

Article R2113-3

L'acheteur qui décide de ne pas allotir un marché répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée motive ce choix :

1° Dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation mentionné à l'article R. 2184-1, lorsqu'il agit en tant que pouvoir adjudicateur ;
2° Parmi les informations qu'il conserve en application des articles R. 2184-7 et R. 2184-8, lorsqu'il agit en tant qu'entité adjudicatrice.

Article R2113-4

Les acheteurs peuvent passer un marché comportant une tranche ferme et une ou plusieurs tranches optionnelles. Le marché définit la **consistance, le prix ou ses modalités de détermination** et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche.

Les acheteurs peuvent passer un marché public comportant une tranche ferme et une ou plusieurs tranches optionnelles

CE, 11 mars 2013, n° 364551 et n° 364603, Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie, Mutuelle des chambres de commerce et d'industrie

« Considérant qu'**aucune disposition du code des marchés publics n'interdit au pouvoir adjudicateur de prévoir, dans le cadre d'un marché attribué à l'issue d'une procédure de dialogue compétitif, des tranches fermes et des tranches conditionnelles**, pouvant, dès lors que les conditions posées par l'article 77 du code des marchés publics pour le recours à des marchés à bons de commande sont respectées, donner lieu à l'émission de bons de commande ; que, dans ces conditions, la MPCCIP n'est pas fondée à soutenir que l'ACCI aurait, en prévoyant des tranches donnant lieu à des bons de commande, méconnu son obligation de définition préalable de ses besoins et, par suite, les dispositions de l'article 5 du code des marchés publics, faute d'avoir suffisamment précisé les quantités prévisionnelles du marché litigieux ».

CE, 29 octobre 2010, n°340212, Syndicat mixte d'assainissement de la région Ouest de Versailles (SMAROV)

« **Aucune disposition du code des marchés publics ni aucun principe n'interdisent d'inclure dans un unique marché des prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande et d'autres prestations**, à condition que les deux types de prestations soient clairement distingués, que les stipulations du contrat relatives aux prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande respectent les dispositions de l'article 77 précité et que la conclusion d'un marché global soit permise par les dispositions de l'article 10 du même code relatives à l'allotissement »

CE, 9 mai 2008, n° 308911, Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du Ministère de la justice

« Que pour faire droit à la demande de la société Sarea-Alain Sarfati Architecture, le juge des référés s'est fondé sur des motifs tirés d'une part, de ce que **l'offre retenue aurait dû être rejetée comme incomplète par la personne responsable du marché dès lors qu'elle ne comportait pas de mention des prix forfaitaires des tranches conditionnelles 2 et 3 du marché**, et d'autre part, de ce que l'offre retenue n'était pas conforme au programme fonctionnel dès lors qu'elle prévoyait qu'une grande partie des circulations générales en détention s'effectueraient en extérieur alors que ces circulations devaient, selon le programme, être bâties et couvertes ; Considérant, en premier lieu, qu'en jugeant que le prix des prestations offertes, dont la détermination était demandée par l'acte d'engagement remis aux candidats, constituait pour la personne responsable du marché un élément d'appréciation des offres dont l'omission partielle était susceptible de rendre incomplète l'offre concernée et d'entraîner son exclusion de la procédure, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit ni méconnu aucune règle applicable à la procédure d'appel d'offre sur concours, en vertu de l'article 70 du code des marchés publics ; que c'est par une appréciation souveraine, exempte de dénégation, qu'il a estimé que le défaut de chiffrage des tranches conditionnelles 2 et 3 avait pu exercer une influence sur le choix de l'offre finalement retenue ».

CE, 30 novembre 1990, n°53636, société Coignet entreprise

« Considérant, d'une part, que le contrat passé entre la SOCIETE COIGNET ENTREPRISE et le centre hospitalier général d'Angoulême portait sur la réalisation d'une tranche ferme d'un montant de

13,789 millions de francs hors taxe et d'une tranche optionnelle d'un montant de 1,848 millions de francs hors taxe, comportant elle-même deux fractions ; **qu'en ne confiant pas à la société COIGNET la réalisation de la deuxième fraction de la tranche optionnelle, portant sur la construction de logements et d'un internat, le centre hospitalier n'a porté aucune atteinte au droit de l'entreprise à exécuter dans leur intégralité les travaux qui lui ont été confiés, alors qu'il ne résulte pas de l'instruction que ledit centre aurait pris la décision de confier à la société la réalisation de cette tranche sur laquelle elle n'avait qu'une option ».**

Le marché public définit la consistance [...] de chaque tranche

CE, 8 août 2008, n° 307143, Région de Bourgogne

« Considérant toutefois que l'ordonnance contestée est également fondée sur le motif tiré de ce que les exigences relatives à la tranche conditionnelle du lot numéro 2 étaient insuffisamment précises ; que le juge des référés du tribunal administratif de Dijon a pu souverainement estimer, sans entacher son ordonnance de dénaturation des pièces du dossier, que ces exigences étaient trop imprécises, l'avis de publicité et le cahier des clauses particulières indiquant même que son contenu dépend de la configuration du dispositif qui sera défini par le ministère de l'économie et des finances et que la définition précise du développement à réaliser ne pourra donc être arrêtée que lorsque ces prescriptions seront connues.

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le motif tiré de la méconnaissance par la REGION DE BOURGOGNE de ses obligations de publicité et de mise en concurrence, faute d'avoir défini avec une précision suffisante les exigences relatives au contenu de la prestation objet de la tranche conditionnelle, justifie à lui seul l'annulation de la procédure par l'ordonnance attaquée ; que la REGION de BOURGOGNE n'est, dès lors, pas fondée à demander l'annulation de cette ordonnance ».

Article R2113-5

Les prestations de la tranche ferme doivent constituer un ensemble cohérent ; il en est de même des prestations de chaque tranche optionnelle compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures.

Article R2113-6

L'exécution de chaque tranche optionnelle est subordonnée à la décision de l'acheteur de l'affermir, notifiée au titulaire dans les conditions fixées par le marché.
Lorsqu'une tranche optionnelle est affermée avec retard ou n'est pas affermée, **le titulaire peut bénéficier, si le marché le prévoit et dans les conditions qu'il définit, d'une indemnité d'attente ou de dédit.**

CE, 21 janvier 2008, n° 308401, Agence de mutualisation des universités et établissements

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que L'AGENCE DE MUTUALISATION DES UNIVERSITES ET ETABLISSEMENTS a conclu le 3 décembre 2004 avec la société Unilog, après publication au Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne d'avis d'appel public à la concurrence, un marché ayant pour objet « la fourniture de prestations de maintenance du produit Harpège de l'AMUE de gestion de ressources humaines », et comportant notamment une tranche conditionnelle n° 13 intitulée « spécifications générales interface paie budget Etat » ; que l'agence a, par la suite, **affermi auprès de cette société la tranche conditionnelle n° 13 du marché** ; que, dès lors, et en l'état de l'instruction, **la décision de développer l'interface Harpège Paie doit être regardée comme une mesure d'exécution du marché public passé avec la société UNILOG, non détachable de celui-ci et dont l'annulation ne peut être demandée au juge administratif** ; que, par suite, la demande de suspension de cette décision ne peut qu'être rejetée ; que L'AGENCE DE MUTUALISATION DES UNIVERSITES ET ETABLISSEMENTS est dès lors fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ».

CAA Bordeaux, 22 mars 1999, n° 95BX00899, SARL Cie moderne de construction, SARL Charpentes Claparede-Bianzina

« Considérant que la société COMPAGNIE MODERNE DE CONSTRUCTION et la société CHARPENTES CLAPAREDE BIANZINA demandent la condamnation du centre hospitalier spécialisé à leur verser, à chacune, une somme de 100 000 F en réparation du préjudice qu'elles estiment avoir subi du fait que celui-ci ne leur a pas confié la deuxième tranche du marché ; que, d'une part, **les retards apportés à la réalisation des travaux et la circonstance que la société COMPAGNIE MODERNE DE CONSTRUCTION n'a pas remédié aux réserves émises étaient, en tout état de cause de nature à justifier que le centre hospitalier spécialisé ne lui confie pas la réalisation des travaux de la deuxième tranche conditionnelle** ; que, d'autre part, **la société CHARPENTES CLAPAREDE BIANZINA qui n'était pas titulaire du marché ne disposait d'aucun droit à obtenir l'agrément en tant que sous-traitant pour la deuxième tranche** ».

CAA Bordeaux, 15 janvier 1996, n°94BX00533, société routière du Languedoc

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que ni l'acte d'engagement signé par la Société Nouvelle SOGETP et approuvé par le maître de l'ouvrage ni aucune pièce du marché n'a fixé de délai pour l'exécution de chacune des tranches de travaux et n'a prévu d'indemnité d'attente ou de dédit en cas de retard d'exécution ou d'inexécution de la tranche conditionnelle ; qu'il s'ensuit que la réalisation de cette tranche, seule en litige, doit être regardée comme ayant été laissée à la discrétion de la commune de Mauguio ; que, par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que ladite commune a commis une faute de nature à engager sa responsabilité contractuelle en s'abstenant de prescrire l'exécution de la tranche conditionnelle et en lançant un appel d'offre en janvier 1990 pour la conclusion d'un nouveau marché incluant la réalisation des travaux de ladite tranche ».

Au titulaire

DAJ, fiche technique, les marchés à tranches conditionnelles, page 1 (22/12/2014)

« La multi-attribution doit être écartée dans un marché à tranches conditionnelles. Le titulaire du marché peut cependant être un groupement ».

Le titulaire peut bénéficier, si le marché public le prévoit et dans les conditions qu'il définit, d'une indemnité d'attente ou de dédit

CAA Paris, 19 janvier 2015, n° 13PA02288

« Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 72 du code des marchés publics que le titulaire d'un marché à tranches conditionnelles peut bénéficier d'une indemnité de dédit en cas de non affermissement des tranches conditionnelles uniquement si le marché le prévoit ; que, dès lors, l'article 1.4 du CCAP du marché en litige qui dispense la personne publique de verser une indemnité de dédit n'a pas méconnu l'article 72 du code des marchés publics ».

CAA Nantes, 6 juillet 2012, n°10NT01653, société Tomasi

« Considérant que la communauté de communes du pays de Sées n'a pas affermi la tranche conditionnelle n° 2 du marché de la SOCIETE TOMASI, mais a affermi celle du lot n° 1 " VRD ", attribué à la société EUROVIA, en modifiant cette tranche par avenant ; qu'il résulte de l'instruction, en particulier du plan initial des travaux et des photographies de l'aménagement réalisé du parvis de la cathédrale et de la place de la mairie, que le projet a été modifié de façon importante dans son élévation, par la suppression notamment d'un belvédère remplacé par une promenade ; que si la SOCIETE TOMASI soutient que la modification du projet est la conséquence d'un litige l'ayant opposée au président de la collectivité, au cours de l'exécution de la tranche ferme des travaux, la communauté de communes du pays de Sées fait valoir, sans être sérieusement contestée, que le projet de construction d'un belvédère a été abandonné en vue de permettre l'accès de tout le parvis aux personnes à mobilité réduite et que des exigences archéologiques ne permettaient pas l'implantation d'arbres de hautes tiges mais seulement d'arbustes et de plantes diverses, ce qui justifiait la réalisation d'un aménagement de voirie nécessitant moins de travaux de maçonnerie, relevant de la société requérante ; qu'ainsi, **dès lors que les travaux réalisés ne peuvent être**

regardés comme ceux prévus par la tranche conditionnelle du marché de la SOCIETE TOMASI, qui se borne à demander le paiement de cette tranche, et en l'absence de stipulation contractuelle prévoyant une indemnité de dédit, la SOCIETE TOMASI n'a pas droit au paiement de cette tranche non exécutée ».

CAA Marseille, 23 mai 2011, n° 09MA00635, Société groupe industriel services

« Considérant que la commune de Cogolin a pris la décision, le 14 décembre 2006, de ne pas affermir les deux tranches conditionnelles du marché ; qu'aucune stipulation du marché, n'ouvre droit à une indemnité de dédit au profit de la société appelante ; que, dès lors, les conclusions de la SOCIETE GROUPE INDUSTRIEL SERVICES tendant au paiement d'une somme au titre des tranches conditionnelles du marché doivent être rejetées ».

CAA Bordeaux, 12 juin 2007, 04BX01965 et n° 06BX01366, J. Ferrando et autres

« Considérant que, par marché en date du 24 avril 1995, le Centre hospitalier d'Agen a confié la « construction et l'aménagement d'un centre de gérontologie à Pompeyrie » à un groupement de maîtrise d'oeuvre constitué de MM. Jean X, Magin X et Michel Y, architectes, de la société OTH Sud-Ouest, chargée de la conception technique, de la SARL Franco ZANI, bureau de réalisation d'études techniques du gros-oeuvre, de Michel Z pour l'exécution technique de l'électricité et de la société SIEA POIRIER, bureau d'études techniques pour les fluides ; qu'en vertu de plusieurs avenants, le marché devait être exécuté en trois phases concernant la création d'un bâtiment C, bâtiment neuf de 84 lits, la réhabilitation de l'aile B pour 96 lits et la réhabilitation de l'aile A de 96 lits ; que les travaux de la première tranche ont été réceptionnés avec réserves le 7 avril 1999 ; que, par lettre du 4 juillet 2001, le maître de l'ouvrage a résilié le marché ; que, par jugement du 28 septembre 2004, le tribunal administratif de Bordeaux a, sur la demande du groupement, jugé cette résiliation fautive, ordonné avant-dire droit une expertise afin de déterminer le préjudice de la maîtrise d'oeuvre et rejeté les conclusions relatives au règlement du solde sur les travaux exécutés et à la réparation de l'atteinte portée aux droits d'auteur des architectes ; que le groupement a relevé appel dudit jugement en tant qu'il a rejeté ces dernières conclusions ; que, par un second jugement du 25 avril 2006, le tribunal a condamné le Centre hospitalier à indemniser chacun des membres de la maîtrise d'oeuvre du manque à gagner sur la deuxième tranche affermie du projet, mais rejeté le surplus des conclusions relatives à la troisième tranche conditionnelle ; que le groupement, hormis M. Y, relève appel dudit jugement en tant qu'il n'a pas entièrement fait droit à ses demandes ; que, par la voie de l'appel incident, le Centre hospitalier d'Agen, demande la réformation du jugement en tant qu'il a accordé à la société OTH Sud-Ouest une somme de 14 398 ? ;

Sur les conclusions relatives à l'indemnisation du manque à gagner :

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la troisième tranche est demeurée conditionnelle ; qu'elle a été purement et simplement abandonnée par le Centre hospitalier ; qu'il est constant que le marché ne prévoyait pas d'indemnité de dédit au bénéfice des cocontractants en cas d'inexécution des tranches conditionnelles ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée par le Centre hospitalier d'Agen, les cocontractants ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Bordeaux a rejeté leurs conclusions relatives au manque à gagner sur la troisième tranche, quand bien même celui-ci avait été estimé par l'expert désigné en première instance ».

Section 3 - Réservation

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

Article L2113-12

Des marchés ou des lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées mentionnées à l'article L. 5213-13 du code du travail, à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés à l'article L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles ainsi qu'à des structures équivalentes, lorsqu'ils emploient une proportion minimale, fixée par voie réglementaire, de travailleurs handicapés qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent

exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

Directive 2014/24 UE du 26 février 2014, Préambule, point 36

« L'emploi et le travail contribuent à l'insertion dans la société et constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous. Les ateliers protégés peuvent jouer un rôle considérable à cet égard. Cela vaut également pour d'autres entreprises sociales ayant pour objectif principal de soutenir l'intégration ou la réintégration sociale et professionnelle des personnes handicapées ou défavorisées telles que les chômeurs, les membres de minorités défavorisées ou de groupes socialement marginalisés pour d'autres raisons. Toutefois, de tels ateliers ou entreprises pourraient ne pas être en mesure de remporter des marchés dans des conditions de concurrence normales. Dès lors, il convient de prévoir que les États membres aient la possibilité de réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics ou de certains lots de ceux-ci à de tels ateliers ou entreprises ou d'en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés ».

Article R2113-7

Lorsque l'acheteur réserve un marché ou des lots d'un marché aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés, l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, les documents de la consultation renvoient à l'article L. 2113-12 ou à l'article L. 2113-13.

La proportion minimale mentionnée à ces articles est fixée à 50 %.

DAJ, 7 août 2018, Guide sur les aspects sociaux de la commande publique, page 48.

CC, 6 décembre 2001, n°2001-452 DC, Loi MURCEF

« Considérant que le législateur peut, dans le but de concilier l'efficacité de la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats avec d'autres objectifs d'intérêt général inspirés notamment par des préoccupations sociales, prévoir un droit de préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, en faveur de certaines catégories de candidats ; que, s'il lui est également loisible, dans le même but, de réserver l'attribution d'une partie de certains marchés à des catégories d'organismes précisément déterminées, il ne saurait le faire que pour une part réduite, pour des prestations définies et dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général ainsi poursuivis ;

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

La proportion minimale mentionnée à ces articles est fixée à 50 %.

Directive 2014/24 UE du 26 février 2014, article 20, point 1

« Les États membres peuvent réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou prévoir l'exécution de ces marchés dans le contexte de programmes d'emplois protégés, à condition **qu'au moins 30 % du personnel** de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés ».

Article L2113-13

Des marchés ou des lots d'un marché peuvent être réservés à des structures d'insertion par l'activité

économique mentionnées à l'article L. 5132-4 du code du travail et à des structures équivalentes, lorsqu'elles emploient une proportion minimale, fixée par voie réglementaire, de travailleurs défavorisés.

Article L2113-14

Un acheteur ne peut réserver un marché ou un lot d'un marché aux opérateurs économiques qui répondent à la fois aux conditions de l'article L. 2113-12 et à ceux qui répondent aux conditions de l'article L. 2113-13.

Sous-section 2 - Réserve de marchés aux entreprises de l'économie sociale et solidaire

Article L2113-15

Des marchés ou des lots d'un marché, qui portent exclusivement sur des services sociaux et autres services spécifiques dont la liste figure dans un avis annexé au présent code, peuvent être réservés par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en tant qu'entité adjudicatrice, aux entreprises de l'économie sociale et solidaire définies à l'article 1er de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire ou à des structures équivalentes, lorsqu'elles ont pour objectif d'assumer une mission de service public liée à la prestation de services mentionnés sur cette liste.

Article L2113-16

Une entreprise ainsi attributaire d'un marché ne peut bénéficier d'une attribution au même titre au cours des trois années suivantes.
La durée d'un marché réservé aux entreprises de l'économie sociale et solidaire ne peut être supérieure à trois ans.

Article R2113-8

Lorsque l'acheteur décide de réserver son marché à une ou des entreprises de l'économie sociale et solidaire, l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, les documents de la consultation renvoient aux articles L. 2113-15 et L. 2113-16.

Titre II - CHOIX DE LA PROCÉDURE DE PASSATION

Article L2120-1

Les marchés sont passés, selon leur montant, leur objet ou les circonstances de leur conclusion :

- 1° Soit sans publicité ni mise en concurrence préalables, dans les conditions prévues au chapitre II ;
- 2° Soit selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues au chapitre III ;
- 3° Soit selon une procédure formalisée, dans les conditions prévues au chapitre IV.

Chapitre Ier - Calcul de la valeur estimée du besoin

Section 1 - Dispositions générales

Article R2121-1

L'acheteur procède au **calcul de la valeur estimée** du **besoin** sur la base du montant total hors taxes du ou des marchés envisagés.
Il tient compte des options, des reconductions ainsi que de l'ensemble des lots et, le cas échéant, des primes prévues au profit des candidats ou soumissionnaires.

Calcul de la valeur estimée

DAJ, Fiches techniques, Calcul de la valeur estimée du besoin p.12-13.

« Une fois le besoin défini, l'acheteur doit procéder au calcul de sa valeur estimée afin notamment de pouvoir identifier la procédure à mettre en œuvre pour son marché public ».

Besoin

DAJ, Fiches techniques, définition du besoin

« L'obligation de définir précisément la nature et l'étendue des besoins, posée à l'article 30 de l'ordonnance n° 2015-899, est un moyen de respecter à la fois les grands principes et les objectifs de la commande publique, énoncés à l'article 1er de cette ordonnance et dont la valeur constitutionnelle avait été affirmée par le conseil constitutionnel dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003.
Une définition précise des besoins par l'acheteur permet notamment de procéder à une estimation fiable du montant du marché public. Or, le choix de la procédure à mettre en œuvre est déterminé en fonction du montant et des caractéristiques des prestations à réaliser. C'est pourquoi, il apparaît indispensable de procéder, en amont, à une définition précise du besoin. De cette phase préalable essentielle dépend le choix de la procédure et la réussite ultérieure du marché public ».

Article R2121-2

Lorsqu'un acheteur est composé d'unités opérationnelles distinctes, la valeur totale estimée des marchés passés pour les besoins des différentes unités opérationnelles est prise en compte. Toutefois, lorsqu'une unité opérationnelle est responsable de manière autonome de ses marchés ou de certaines catégories d'entre eux, la valeur du besoin peut être estimée au niveau de l'unité en question.

Directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics

« Une unité opérationnelle est considérée comme autonome lorsque :

- elle mène de manière autonome la procédure d'achat ;
- elle a la responsabilité d'un budget propre ;
- il existe des lignes budgétaires séparées pour l'achat concerné ;
- la personne est compétente pour signer le contrat d'achat.

Ce faisceau d'indices implique pour le pouvoir adjudicateur de procéder à une évaluation au cas par cas ».

Article R2121-3

La valeur du besoin à prendre en compte est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, au moment où l'acheteur lance la consultation.

Article R2121-4

L'acheteur ne peut se soustraire à l'application du présent livre en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée du besoin autres que celles qui y sont prévues.

Section 2 - Prise en compte de la nature des prestations

Article R2121-5

Pour les marchés de travaux, la valeur estimée du besoin est déterminée, quels que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte la valeur totale des travaux se rapportant à une **opération** ainsi que la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition du titulaire par l'acheteur lorsqu'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux.
Il y a opération de travaux lorsque l'acheteur prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limité, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique.

Opération

CE 26 sept. 1994, n°122759, Préfet d'Eure-et-Loir

« Considérant qu'aux termes de l'article 309 du code des marchés publics : "Les collectivités publiques... peuvent conclure des marchés négociés pour des travaux, fournitures ou services dont la valeur n'excède pas, pour le montant de l'opération, des seuils fixés, pour chaque catégorie, par arrêté conjoint du ministre de l'économie et des finances et des ministres intéressés" ; qu'en vertu de l'arrêté interministériel du 7 janvier 1982 applicable aux marchés en cause, ce seuil s'élève à 350 000 F ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier et notamment de l'examen du contenu des marchés que ceux-ci ont été conclus entre les mêmes parties pour la réalisation de trottoirs en quatre endroits d'un même quartier de la commune de Châteaudun par l'utilisation de procédés techniques identiques ; que ces travaux ont fait l'objet de la publication d'un unique avis d'information et qu'ils devaient être effectués à des dates identiques dans les mêmes délais ; que, dès lors, sous l'apparence de quatre marchés, il s'agissait en fait de la réalisation d'une seule opération dont le montant global s'élevait à 425 588,35 F, dépassant ainsi le seuil prévu par les dispositions précitées de l'article 309 du code des marchés publics ; que, par suite, le PREFET D'EURE-ET-LOIR est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif d'Orléans a rejeté son déferé tendant à l'annulation des quatre marchés conclus le 6 décembre 1989 entre la commune de Châteaudun et les entreprises Jean X... et S.T.P.B. pour la construction de trottoirs ; »

CE 8 févr. 1999, n° 156333, Syndicat intercommunal des eaux de la Gâtine

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le conseil syndical du SYNDICAT INTERCOMMUNAL DES EAUX DE LA GATINE a passé deux marchés négociés relatifs, d'une part à des travaux d'étanchéité des cuves des châteaux d'eau "des Granges" sur la commune Le Busseau et de "La Côtinière" sur la commune de Secondigny pour un montant de 699 858,60 F TTC et d'autre part, à des travaux de peinture des châteaux d'eau "des Granges" sur la commune "Le Busseau" et de "La Cotinière" sur la commune de Secondigny pour un montant de 696 015,96 TTC ; que, dans les circonstances de l'espèce, ces travaux approuvés par deux délibérations du même jour à des dates rapprochées qui devaient être effectués sur les mêmes ouvrages et qui ont pour objet d'assurer la réfection des châteaux d'eau et leur fonctionnement sont relatifs à une même opération au sens de

l'article 104 alinéa 10 du code des marchés publics nonobstant la circonstance que ces marchés avaient fait l'objet de deux avis distincts d'appel à la concurrence ; que le montant global de ces travaux artificiellement dissociés s'élevait ainsi à 1 395 874,56 F TTC excédant le seuil prévu par les dispositions réglementaires précitées ; que, dès lors, le syndicat intercommunal ne pouvait recourir à la procédure de marché négocié ; »

CJCE 5 oct. 2000, aff. C-16/98, Commission c/ France

« 37. En l'espèce, il s'agit d'une série de travaux ponctuels d'entretien et d'extension qui portent sur des réseaux de distribution d'électricité et d'éclairage public existants, et dont le résultat, lorsqu'ils seront achevés, fera partie intégrante de la fonction remplie par les réseaux concernés. 38. Il s'ensuit que, pour ce type de travaux, l'appréciation de l'existence d'un ouvrage doit être effectuée par rapport à la fonction économique et technique que remplissent les réseaux de distribution d'électricité et d'éclairage public en question. 39. Lors de la procédure écrite, tant la Commission que le gouvernement français ont développé leur argumentation en partant de la prémisse selon laquelle l'existence d'une seule et même entité adjudicatrice est une condition nécessaire pour qu'une série de marchés puisse être considérée comme tendant à la réalisation d'un ouvrage unique. 40. Interrogée à ce sujet lors de l'audience, la Commission a toutefois précisé que l'existence d'une seule et même entité adjudicatrice n'est pas une condition nécessaire, mais seulement un indice de l'existence d'un seul ouvrage. 41. Au cours de l'audience, la Commission a également soutenu que des marchés doivent être regardés comme tendant à la réalisation d'un ouvrage unique lorsqu'ils présentent entre eux un lien tel qu'une entreprise de la Communauté pourra les considérer comme une même opération économique et se porter candidate pour la réalisation de l'ensemble. 42. Il convient de relever que, si l'existence d'une seule et même entité adjudicatrice et la possibilité pour une entreprise de la Communauté de réaliser l'ensemble des travaux qui sont visés par les marchés concernés peuvent, selon les circonstances, constituer des indices corroborant l'existence d'un ouvrage au sens de la directive, elles ne sauraient, en revanche, constituer des critères déterminants à cet égard. Ainsi, la pluralité d'entités adjudicatrices et l'impossibilité de réalisation de l'ensemble des travaux concernés par une seule entreprise ne sont pas de nature à remettre en cause l'existence d'un ouvrage lorsque cette conclusion s'impose en application des critères fonctionnels définis à l'article 14, paragraphe 10, premier alinéa, seconde phrase, de la directive. 43. En effet, la définition de la notion d'ouvrage que comporte cette disposition ne subordonne pas l'existence d'un ouvrage au concours d'éléments tels que le nombre d'entités adjudicatrices ou la possibilité de réalisation de l'ensemble des travaux par une seule entreprise ».

Article R2121-6

Pour les marchés de fourniture ou de services, la valeur estimée du besoin est déterminée, quels que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme **homogènes** soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle.

Homogènes

Réponse ministérielle à question écrite n° 56136 (M. Fidelin) (JOAN Q 17 novembre 2009 , p. 10909.

« Comme le souligne en son point 7.2 la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics, le montant des services dont un acheteur public envisage l'achat doit être cumulé dès lors que ceux-ci peuvent être considérés comme homogènes par référence aux deux critères alternatifs de l'article 27-II que sont : les caractéristiques propres des services considérés, c'est-à-dire leur similarité intrinsèque, étant précisé que la notion de similarité peut ne pas avoir la même signification d'un acheteur public à un autre, eu égard à leur activité propre ; la constitution d'une unité fonctionnelle qui peut être relevée lorsque les services considérés participent de la même finalité ou concourent à un même objet (ex : la construction d'un ouvrage) ».

CAA Versailles, 10 mai 2005, n°04VE01552, OPDHLM du Val-d'Oise

« Il résulte de ces dispositions combinées que l'achat d'un progiciel, forme particulière d'un logiciel, d'une part, et sa maintenance, d'autre part, peuvent être dissociées ; qu'elles **constituent alors des prestations homogènes distinctes** pouvant, de ce fait, donner lieu à des marchés distincts ; que les mêmes dispositions n'excluent pas le cas où le fournisseur du progiciel et le responsable de sa maintenance sont une seule et même personne morale ».

CAA Paris, 22 juin 2004, n°00PA02611, Commune de Bussy-Saint-Georges

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le marché négocié conclu le 12 mai 1999 par la COMMUNE DE BUSSY-SAINT-GEORGES avec la société Experts et Commissaires portant sur la réorganisation financière de la mairie d'un montant de 683.802 F formait, compte tenu de leur objet et de leurs conditions d'exécution, une même opération avec les marchés conclus le 24 novembre 1998 avec la société Experts et Commissaires portant sur la restructuration des services administratifs, comptables et financiers de la mairie, d'un montant mensuel de 60.000 F TTC, renouvelable par tacite reconduction, et le 1er octobre 1998 avec la société Matignon portant également sur la réorganisation financière de la mairie prévoyant des interventions ponctuelles rémunérées sur un taux horaire de 750 F HT ; Considérant, que le seuil précité de 700 000F s'apprécie en prenant en compte le montant prévu des travaux, fournitures ou services projetés ; que, par suite, ni la circonstance, à la supposer établie, que les prestations facturées par la société Experts et Commissaires à la COMMUNE DE BUSSY-SAINT-GEORGES auraient été inférieures au montant de 683.802 F prévu par le marché négocié conclu le 12 mai 1999, ni celle, à la supposer également établie, que les prestations facturées par les deux sociétés au seul titre de l'année 1999 auraient été inférieures au seuil de 700.000 F, sont sans incidence sur la régularité dudit marché ».

Article R2121-7

Pour les marchés de fournitures ou de services qui répondent à un **besoin régulier**, la valeur estimée du besoin est déterminée sur la base :

- 1° Soit du montant hors taxes des prestations exécutées au cours des douze mois précédents ou de l'exercice budgétaire précédent, en tenant compte des évolutions du besoin susceptibles d'intervenir au cours des douze mois qui suivent la conclusion du marché ;
- 2° Soit de la valeur estimée des prestations qui seront exécutées au cours des douze mois ou de l'exercice budgétaire qui suit la conclusion du marché.

Besoin régulier

Question écrite avec réponse n° 6870, 27 mars 2018 – Marchés publics—M. Jean-Luc Fugit – Ministère de l'Economie et des Finances

« En cas de besoin régulier, la valeur estimée du besoin doit être calculée de la même manière à la différence près que ce calcul s'effectue nécessairement à partir d'un décompte annuel. Ainsi, quand bien même son ou ses marchés publics seraient d'une durée inférieure à un an, l'acheteur doit prendre en compte la valeur des fournitures et services regardés comme homogènes qui ont vocation à être commandés sur une période minimale d'un an pour déterminer la procédure applicable. Pour les marchés supérieurs à un an, cette base annuelle est à multiplier par le nombre d'exercices budgétaires ou de 12 mois couverts par le marché public. Le besoin ne doit pas être scindé de façon artificielle dans le but de bénéficier de règles de passation allégées, sous peine d'entacher la procédure d'attribution d'illégalité ».

Section 3 - Dispositions propres aux accords-cadres, systèmes d'acquisition dynamique et partenariats d'innovation

Article R2121-8

Pour les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamiques définis à l'article L. 2125-1, la valeur estimée du besoin est déterminée en prenant en compte la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés à passer ou des bons de commande à émettre pendant la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique. Lorsque l'accord-cadre ne fixe pas de maximum, sa valeur estimée est réputée excéder les seuils de procédure formalisée.

Article R2121-9

Pour les partenariats d'innovation mentionnés à l'article L. 2172-3, la valeur estimée du besoin est déterminée en prenant en compte la valeur totale estimée des activités de recherche et de développement qui doivent être menées au cours des différentes phases du partenariat ainsi que la valeur totale estimée des travaux, fournitures ou services innovants qui en sont le résultat et dont l'acquisition est envisagée.

Chapitre II - Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables

Section 1 - Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leur montant ou de leur objet

Article L2122-1

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée, le respect d'une telle procédure est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur.

Article R2122-1

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'une **urgence impérieuse** résultant de circonstances extérieures et qu'il ne pouvait pas prévoir ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées.

Tel est notamment le cas des marchés rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux mentionnés aux articles L. 1311-4, L. 1331-24, L. 1331-26-1, L. 1331-28, L. 1331-29 et L. 1334-2 du code de la santé publique et des articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation ainsi que des marchés passés pour faire face à des dangers sanitaires définis aux 1° et 2° de l'article L. 201-1 du code rural et de la pêche maritime.

Le marché est limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence.

Urgence impérieuse

CAA Nancy, 23 Juillet 2019, n° 18NC01514-18NC01516, Société Iserba

« Il résulte de l'instruction que la résiliation par l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " du marché n° 2013-20 aux torts exclusifs de la société Iserba est intervenue le 10 juillet 2016, au vu d'éléments qui n'ont été mis en évidence qu'au cours de la première moitié de l'année 2016 et que, contrairement à ce que soutient l'appelante, l'office justifiait bien, dans ces conditions, d'une situation d'urgence impérieuse lui permettant régulièrement, afin d'assurer, pour la période de six mois de validité restante du contrat, la continuité de l'exécution de ces prestations d'entretien d'équipements sanitaires alimentés en gaz et de garantir notamment la sécurité des locataires et des logements, de se fonder sur les dispositions précitées pour passer le marché de substitution sans publicité ni mise en concurrence préalables ».

CAA Marseille, 12 mars 2007, n° 04MA00643, Commune de Bollène

« Aucune disposition des articles précités du code des marchés publics n'impose que le maire soit autorisé à lancer la procédure dite d'urgence impérieuse et qu'en tout état de cause, la commission d'appel d'offres a avalisé le 9 octobre 2002 le choix de cette procédure en motivant son avis par la nécessité de «rétablir dans l'urgence les voies et chemins sinistrés afin d'assurer la sécurité et permettre une circulation normale » ; que cette motivation suffisamment précise a été reprise par la délibération querellée du conseil municipal de Bollène du 17 octobre 2002 ».

CJCE 14 sept. 2004, Commission c/ Italie, aff. C-385/02

« Le Magistrato per il Po di Parma, organe local du ministère des Travaux publics (devenu ministère des Infrastructures et des Transports), ayant passé des marchés relatifs à l'achèvement de la construction d'un bassin d'expansion pour la rétention des crues du torrent Parme dans la localité de Marano (commune de Parme), ainsi qu'à des travaux d'aménagement et d'achèvement d'un bassin d'expansion du torrent Enza et d'écrêtement des crues du torrent Terdoppio au sud-ouest de Cerano, en recourant à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, alors même que les conditions nécessaires à cet égard n'étaient pas réunies, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ».

CE 26 juillet 1991, n° 117717, Commune de Sainte-Marie de la Réunion

« Il ne ressort pas des pièces du dossier que le passage de cette dépression, qui s'est produit en janvier 1985, soit antérieurement à la conclusion des deux marchés, ait eu le caractère d'un cas d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles", justifiant, à la date de signature des marchés, la passation d'un marché négocié sans limitation de montant ».

CE 23 févr. 1990, n°69588, Commune de Morne-à-l'Eau

« Considérant, d'une part, que la disposition du 4° de l'article 312 du code des marchés publics, dans sa rédaction résultant du décret du 24 novembre 1983, prévoit qu'il peut être passé des marchés négociés sans limitation de montant "pour l'exécution des travaux, fournitures ou services, dans les cas d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles ne permettant pas de respecter les délais prévus aux sections I et III du présent chapitre" ; que les travaux de renforcement du transformateur, dont la commune requérante soutient qu'ils étaient rendus nécessaires par de fréquentes coupures du courant électrique dans le quartier "Le Vieux Bourg", ne peuvent être regardés comme revêtant un caractère d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles ».

Article R2122-2

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque, dans les cas définis ci-après, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables définies à l'article R. 2144-7 ou des offres inappropriées définies à l'article L. 2152-4 ont été présentées, et pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées :

1° Appel d'offres lancé par un pouvoir adjudicateur ;

2° Procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice ;

3° Marché répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée ;

4° Marché relevant des 3° et 4° de l'article R. 2123-1.

Dans les cas mentionnés aux 1°, 2° et 4° répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen applicable à ces marchés figurant dans un avis annexé au présent code, un rapport est communiqué à la Commission européenne si elle le demande.

Article R2122-3

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes :

1° Le marché a pour objet la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique ;

2° Des raisons techniques. Tel est notamment le cas lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire ;

3° L'existence de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle.

Le recours à un opérateur déterminé dans les cas mentionnés aux 2° et 3° n'est justifié que lorsqu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché.

Création d'une œuvre d'art**CAA Marseille, 30 sept. 2013, n° 11MA00299, Commune du Barcarès**

« Aux termes de l'article 35 II 8° du code des marchés publics : " Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés négociés dans les cas définis ci-dessous. II - Peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence : 8° Les marchés et les accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité " ; que ces dispositions n'ont pas pour objet d'instituer une dérogation générale permettant à la personne publique souhaitant commander la réalisation d'une œuvre d'art, de s'affranchir de toute procédure de publicité et de mise en concurrence, hormis le cas où la personne publique justifie de raisons artistiques particulières faisant obstacle à la mise en œuvre de cette procédure ;

Considérant que la commune du Barcarès soutient que dès lors qu'elle a fait le choix de ne recourir qu'à un artiste déterminé, M.C..., la décision en cause ne méconnaît pas les dispositions précitées de l'article 35 II 8° du code des marchés publics ; que, toutefois, la commune n'établit pas que des raisons artistiques particulières, lesquelles ne sont pas mêmes exposées, auraient exigé que la commande d'une sculpture monumentale devant être implantée à l'avenue Coudalère, soit confiée exclusivement à cet artiste ; que, dès lors, ce moyen doit être écarté ».

Des raisons techniques**CAA Lyon, 4e chambre, 10 Janvier 2019, n° 16LY03670, SA Keolis Lyon**

« 4. Pour justifier le recours à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable, prévue par les dispositions précitées du 3° du (II) de l'article 144 du code des marchés public, le SYTRAL s'est prévalu des raisons techniques spécifiques initialement énoncées dans le rapport à l'entité adjudicatrice et à la commission d'appel d'offres du 7 novembre 2013, établi par la direction opérationnelle " direction équipement et patrimoine " du SYTRAL. Ainsi que le SYTRAL l'a indiqué dans le courrier adressé au préfet du Rhône le 6 mai 2014 en réponse à son recours gracieux, ces raisons tenaient à la nécessité, du fait d'un retard important de l'opération dite de " grande révision mi-vie du matériel roulant métro ligne D (MPL 85) " lié à des difficultés apparues durant la conduite d'études préalables, de réviser les bogies des rames composant la flotte de cette ligne tout en assurant les opérations de maintenance courante, afin d'éviter l'immobilisation d'un nombre trop important de rames pour ne pas compromettre la continuité de l'exploitation, déjà perturbée par des dysfonctionnements techniques récurrents. Cette révision ne pouvait ainsi, selon le SYTRAL, qu'être réalisée par la SA Keolis Lyon, délégataire exploitant du réseau, puisqu'elle pouvait être mise en œuvre durant les actions de maintenance courante des rames qui incombent à cette société. Selon le SYTRAL, ce mode opératoire exclut le recours à un prestataire extérieur, compte tenu des nécessités

de l'exploitation optimale du réseau qui serait garantie par le recours à un prestataire unique maîtrisant l'organisation et la conduite simultanées des opérations de maintenance et de révision. Cependant, alors qu'il ressort des termes mêmes du rapport technique mentionné précédemment que la SA Keolis Lyon prévoyait de faire appel à des sous-traitants pour assurer la maintenance courante des rames, et du mémoire technique transmis par cette dernière au SYTRAL dans le cadre de la procédure de passation du contrat en litige selon lequel cette société assurerait les opérations de révision des bogies au sein des bâtiments appartenant au SYTRAL, **les appelants ne démontrent pas de manière suffisamment précise et circonstanciée, que des raisons techniques au sens du code des marchés publics s'opposaient à l'intervention d'un autre prestataire dans des conditions équivalentes et qu'il était par suite indispensable que la SA Keolis Lyon assure les prestations objet du contrat en litige.** Dès lors, le SYTRAL et la SA Keolis Lyon ne démontrent pas que les conditions autorisant le recours aux dispositions précitées du 3° du (II) de l'article 144 du code des marchés public étaient réunies en l'espèce. Les requérants ne sont donc pas fondés à soutenir que c'est à tort que par le jugement attaqué le tribunal administratif de Lyon a fait droit au déferé du préfet du Rhône et annulé le marché conclu le 24 février 2014. Leurs requêtes doivent être en conséquence rejetées ».

CJUE 20 mars 2018, aff. C-187/16, Commission c/ Autriche

« 94. À cet égard, la République d'Autriche n'a pas démontré que l'objectif consistant à empêcher la **divulgateur d'informations sensibles** relatives à la production des documents officiels en cause n'aurait pas pu être atteint dans le cadre d'une mise en concurrence, telle que prévue respectivement à l'article 8 de la directive 92/50, lu en combinaison avec les articles 11 à 37 de cette directive, et à l'article 20 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec les articles 23 à 55 de cette directive ».

CJUE, 14 septembre 2004, aff. C-385/02, Commission c/République Italienne

« Les dispositions de l'article 7, paragraphe 3, de la directive, qui autorisent des dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité CE dans le secteur des **marchés publics des travaux**, doivent faire l'objet d'une **interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifient la dérogation existant effectivement** (voir, en ce sens, arrêts du 18 mai 1995, Commission/Italie, C-57/94, Rec. p. I-1249, point 23, et du 28 mars 1996, Commission/Allemagne, C-318/94, Rec. p. I-1949, point 13). (...) D'une part, s'agissant d'une disposition dérogatoire qui doit faire l'objet d'une interprétation stricte, il convient d'opter pour l'interprétation qui restreint la période pendant laquelle joue la dérogation plutôt que pour celle qui l'allonge. Répond à cet objectif l'interprétation qui retient comme point de départ la date de conclusion du contrat initial plutôt que la date, nécessairement ultérieure, de l'achèvement des travaux qui en font l'objet ».

La protection de droits d'exclusivité**CAA Paris, 11 décembre 2018, n°17PA01588, Société Steam France**

« 4. Aux termes de l'article 35 II 8° du code des marchés publics, alors applicable, « les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés négociés dans les cas définis ci-dessous : [...] II.- Peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence : 8° Les marchés et les accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ». [...]

Il résulte de l'instruction que, antérieurement comme postérieurement à l'attribution du marché en litige, d'autres prestations similaires de maintenance et de télémaintenance de laveurs désinfecteurs des mêmes marques Getinge, Maquet et Lancer ont fait l'objet, de la part de plusieurs établissements hospitaliers, dont l'AP-HP, d'une mise en concurrence ayant abouti à l'attribution du marché à la société Steam France, sans que les droits exclusifs dont se prévaut la société Getinge dans le cadre de la présente instance aient alors été invoqués.

En l'espèce, le document intitulé " certificat d'exclusivité " daté du 3 mars 2014, établi à son profit par la société Getinge France, versé au dossier par l'AP-HP pour justifier le recours à la procédure de marché négocié sans publicité préalable et sans mise en concurrence, se borne à énumérer de manière succincte et générique une liste de matériels et prestations pour lesquels ladite société disposerait d'une exclusivité, sans référence à la télémaintenance, qui ne permet pas de déterminer la période au cours de laquelle cette exclusivité se serait appliquée, ni s'il a été communiqué à l'AP-HP au moment de la détermination du mode de passation du marché litigieux. **Par suite, l'AP-HP ne peut être regardée comme établissant qu'à la date à laquelle elle a attribué le marché en litige à la société Getinge, cette dernière aurait disposé de droits d'exclusivité qui rendaient indispensable l'attribution du marché à cette société sans mise en concurrence.** La société Steam France est dès lors fondée à soutenir que le marché en litige a été conclu à l'issue d'une procédure irrégulière, qui a eu pour effet de l'évincer de ce marché, et qui n'est pas susceptible d'être couverte par une mesure de régularisation. ».

CE, 10 octobre 2018, n° 419406, CIREST

« 11. Considérant, en premier lieu, que, pour justifier le recours à une procédure de négociation sans publicité ni mise en concurrence, l'avis d'attribution du marché se fonde sur un risque de saturation de l'installation de stockage des déchets non dangereux dès 2020 et sur le fait que la société Inovert, qui a obtenu un permis de construire et une autorisation d'exploiter portant sur un centre de valorisation des déchets non dangereux, serait le seul opérateur en capacité de répondre aux besoins du SYDNE et d'apporter une solution de tri et de valorisation des déchets non dangereux pouvant être mise en œuvre courant 2019 ; qu'il résulte toutefois de l'instruction que compte tenu des flux actuels d'enfouissement des déchets et des capacités de l'installation de stockage, celle-ci ne devrait pas être saturée avant la fin de 2021 ; que l'objectif tenant à ce que l'exploitation du nouveau centre de traitement des déchets soit effective au plus tard en septembre 2019 est lié à la circonstance que l'autorisation délivrée à la société Inovert par un arrêté préfectoral du 15 septembre 2016 est susceptible d'être frappée de caducité au terme d'un délai de trois ans ; qu'il n'apparaît pas qu'aucun autre opérateur économique n'aurait pu se manifester si le calendrier retenu par le SYDNE avait été différent ; que, par suite, **le moyen tiré de ce qu'il existait une solution alternative ou de remplacement raisonnable, de ce que l'absence de concurrence résultait d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public et de ce que, par voie de conséquence, le SYDNE, en passant le marché sans publicité ni mise en concurrence, a méconnu les dispositions de l'article 30 du décret est de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur sa validité et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation** ».

CE, 2 oct. 2013, n° 368846, Département de l'Oise

Un marché négocié passé en application de l'article 35, II, 8° du code des marchés publics est régulier dès lors que l'attributaire est le seul à même, en raison des droits d'exclusivité qu'il détient sur un logiciel, de satisfaire les besoins du pouvoir adjudicateur. Conformément à un certificat délivré par l'Agence pour la protection des programmes, la société détenait des droits d'exclusivité sur le logiciel NetCollège et que, selon une attestation non contestée émanant de cette société, cette exclusivité englobait l'exploitation et la maintenance de NetCollège pour tout marché et toute reconduction de marché à compter du 1^{er} janvier 2013. Le Conseil d'État considère que le tribunal administratif d'Amiens a alors dénaturé les faits en se bornant à relever qu'aucun motif tenant à la protection des droits attachés au logiciel NetCollège, ne permettait au département de l'Oise de soutenir que le marché en cause ne pouvait être confié qu'à un prestataire déterminé pour des raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité au sens du II de l'article 35 du code des marchés publics

CE 2 nov. 1988, n° 64954, Préfet des Hauts-de-Seine c. OPHLM de Malakoff

Les seules circonstances invoquées par l'office, et tirées d'une part, de ce que la société NCR France avait déjà fourni à d'autres offices d'HLM des logiciels conçus pour la gestion de ces établissements publics et d'autre part, de ce que ladite société « offrait en complément à la livraison de son matériel l'adhésion automatique à un club d'utilisateurs spécifiques au mouvement HLM » ne suffisent pas à établir que cette société était la seule entreprise à laquelle l'office public d'habitations à loyer modéré

de la ville de Malakoff pouvait demander la fourniture des équipements informatiques destinés au traitement des opérations financières de l'office. Ainsi, l'office public d'habitations à loyer modéré de Malakoff ne pouvait légalement recourir à la procédure du marché négocié.

CE, 14 janv. 1987, n° 58557, Commissaire de la République de la Meuse

« Il résulte des dispositions combinées des articles 312-7° et 312 bis-1° du code des marchés publics qu'un marché négocié peut être passé sans limitation de montant et sans mise en concurrence préalable pour les besoins qui ne peuvent être satisfaits que par une prestation nécessitant l'emploi d'un brevet d'invention, d'une licence ou de droits exclusifs lorsque ce brevet d'invention, cette licence ou ces droits exclusifs sont détenus par un seul entrepreneur ou un seul fournisseur. Or, le four incinérateur "Athanol", que le syndicat du contrat de pays de Stenay-Montmédy a décidé d'acquérir en raison de ses caractères spécifiques permettant de répondre aux besoins à satisfaire, a fait l'objet d'un brevet d'invention déposé le 18 janvier 1979 par la société des établissements C., et ce brevet était, à la date du marché passé par le syndicat, détenu par la seule société des établissements C.. Il n'est pas allégué que d'autres matériels auraient permis de satisfaire dans les mêmes conditions les besoins du syndicat. Dès lors, légalité, au regard des dispositions du code des marchés publics, du marché passé entre le syndicat du contrat de pays et la société des établissements C. pour la fourniture et la mise en place d'un four incinérateur "Athanol", alors même que d'autres matériels d'incinération seraient détenus, le cas échéant sous brevet d'invention, par d'autres constructeurs ».

Article R2122-4

L'acheteur peut passer un marché de fournitures sans publicité ni mise en concurrence préalables ayant pour objet :

- 1° Des livraisons complémentaires exécutées par le fournisseur initial et qui sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'acheteur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. Lorsqu'un tel marché est passé par un pouvoir adjudicateur, sa durée ne peut dépasser, sauf cas dûment justifié, trois ans, périodes de reconduction comprises ;
- 2° L'achat de matières premières cotées et achetées en bourse.

Article R2122-5

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour l'achat de fournitures ou de services dans des conditions particulièrement avantageuses soit auprès d'un opérateur économique en cessation définitive d'activité soit, sous réserve de l'article L. 2141-3, auprès d'un opérateur économique soumis à l'une des procédures prévues par le livre VI du code de commerce, à l'exception de celles mentionnées au titre Ier du livre VI de ce même code, ou une procédure de même nature prévue par une législation d'un autre Etat.

Article R2122-6

L'acheteur peut passer un marché de services sans publicité ni mise en concurrence préalables avec le lauréat ou l'un des lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à participer aux négociations.

Article R2122-7

L'acheteur peut passer un marché de travaux ou de services sans publicité ni mise en concurrence préalables ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence. Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux travaux ou services.

Lorsqu'un tel marché est passé par un pouvoir adjudicateur, la durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial.

Article R2122-8

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros hors taxes ou pour les lots dont le montant est inférieur à 40 000 euros hors taxes et qui remplissent la condition prévue au **b du 2° de l'article R. 2123-1**.

L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin.

TA de Besançon, 27 juillet 2019, n°1901145, Sté No Logo Productions

"En vertu de ces dispositions, le département pouvait s'affranchir des règles de publicité et de mise en concurrence pour des lots inférieurs à un seuil de 25 000 euros HT et dont le montant n'excède pas 20% de la valeur de l'ensemble des lots. Ainsi qu'il a été dit, l'ensemble des lots relatifs aux prestations nécessaires pour l'organisation du festival « 39 Août » peut être évalué à environ 500 000 euros. Il résulte de l'instruction que le lot afférent aux prestations de programmation artistique et de gestion administrative de tous les contrats artistiques représente un montant de 5 400 euros TTC, soit 4 500 HT, et le lot portant sur le mandat de commercialisation de la billetterie doit donner lieu à une rémunération de la société « Le bruit qui pense » à hauteur de 0,50 euro TTC par billet, soit d'après une estimation de 20 000 personnes durant la durée du festival, 10 000 euros TTC ou 8 333 euros HT. Par conséquent, la somme des deux lots litigieux n'excède pas 20 % de l'ensemble des lots. Même en faisant abstraction des prestations artistiques susceptibles d'être conclues sans publicité ou mise en concurrence dans le cadre de contrats d'exclusivités en application de l'article R. 2122-3 du code de la commande publique, le montant de l'ensemble des lots atteindrait la valeur de 125 000 euros TTC ou 104 166 euros HT. La somme des deux lots conclus avec la société « Le bruit qui pense » n'atteindrait donc pas 20 % de cette valeur.

Dans ces conditions, la société No Logo Productions n'est pas fondée à soutenir que le département du Jura n'aurait pas respecté les mesures de publicité requises pour la passation des deux contrats en litige. Par suite, les conclusions de la requête tendant à l'annulation de ces contrats et au prononcé d'une pénalité financière doivent donc être rejetées".

Article R2123-1

L'acheteur peut recourir à une procédure adaptée pour passer :

[...]

2° Un lot d'un marché alloti dont le montant total est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée et qui remplit les deux conditions suivantes :

[...]

]b) Le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.

Article R2122-9

Les acheteurs mentionnés aux 1° et 2° de l'article 3 de la loi n° 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre peuvent passer sans publicité ni mise en concurrence préalables un marché de fournitures de livres non scolaires pour leurs besoins propres ou pour l'enrichissement des collections des bibliothèques accueillant du public et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 90 000 euros hors taxes.

Lorsqu'il fait usage de cette faculté, l'acheteur se conforme aux obligations mentionnées à l'article R. 2122-8 et tient compte de l'impératif de maintien sur le territoire d'un réseau dense de détaillants qui garantit la diversité de la création éditoriale et l'accès du plus grand

nombre à cette création.

Section 2 - Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de la qualité de l'acheteur

Article R2122-10

Un pouvoir adjudicateur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables ayant pour objet l'achat de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement.

Article R2122-11

Une entité adjudicatrice peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables :

1° A des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement. La passation d'un tel marché ne doit pas porter préjudice à la mise en concurrence des marchés ultérieurs qui poursuivent ces mêmes objectifs ;

2° Ayant pour objet l'achat de fournitures qu'il est possible d'acquérir en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui se présente dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché.

Chapitre III - Marchés passés selon une procédure adaptée

Section 1 - Conditions de recours à une procédure adaptée

Article L2123-1

Une procédure adaptée est une procédure par laquelle l'acheteur définit librement les modalités de passation du marché, dans le respect des principes de la commande publique et des dispositions du présent livre, à l'exception de celles relatives à des obligations inhérentes à un achat selon une procédure formalisée.

L'acheteur peut passer un marché selon une procédure adaptée :

- 1° Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code ;
- 2° En raison de l'objet de ce marché, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ;
- 3° Lorsque, alors même que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, la valeur de certains lots est inférieure à un seuil fixé par voie réglementaire.

CAA Versailles, 6 déc. 2005, n° 03VE04081, Association Pacte [PACTE]

« L'obligation de transparence rappelée à l'article 1er du code des marchés publics, qui incombe à la personne responsable du marché, consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence et le contrôle de l'impartialité de la procédure d'attribution du marché. A ce dernier titre, la personne responsable du marché doit, dès l'engagement de la procédure prévue à l'article 30 du code des marchés publics, dans sa version issue du décret du 7 mars 2001, informer de manière appropriée les candidats des critères d'attribution du marché ».

CE, 24 février 2010, n°333569, Communauté de commune de l'Enclave des papes

« il est constant qu'elle n'a aucunement porté à la connaissance des entreprises candidates les documents ou renseignements au vu desquels elle entendait procéder, sur la base de ces critères, à la sélection des candidatures ; qu'ainsi, elle n'a pas fourni aux entreprises candidates une information sur les critères de sélection des candidatures appropriée à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné, de nature à assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; qu'un tel manquement a été susceptible de léser l'Entreprise générale d'électricité Noël Béranger, dont la candidature a été rejetée ; que cette dernière est dès lors fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché de travaux publics portant sur l'électrification rurale, l'éclairage public et la mise en discrétion des réseaux lancée par la COMMUNAUTE DE COMMUNES DE L'ENCLAVE DES PAPES ».

CJCE 13 nov. 2007, Commission des Communautés européennes c/ Irlande, aff. C-507/03

« Obligation expresse de se référer aux principes fondamentaux de la commande publique ; La mise en œuvre de guides des procédures adaptées par les collectivités publiques pour passer leurs marchés de procédures adaptées s'est avérée relativement contraignante dans la mesure où les règles que s'impose elle-même la collectivité doivent conférer une effectivité aux principes fondamentaux de la commande publique. **Le juge vérifiera donc que les conditions imposées sont adaptées au marché à passer et au marché économique concerné.**

Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes vérifie que les règles du Traité et les principes fondamentaux du droit communautaire, tels que le principe de transparence, sont bien respectés. Aussi, dans le cas d'un marché de services présentant un intérêt transfrontalier certain, l'attribution, sans publicité préalable, de ce marché à une entreprise située dans l'Etat du pouvoir adjudicateur équivaut à une différence de traitement entre opérateurs et est donc constitutive d'une discrimination indirecte selon la nationalité ».

Article R2123-1

L'acheteur peut recourir à une procédure adaptée pour passer :

- 1° Un marché dont la valeur estimée hors taxes du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code ;
- 2° Un lot d'un marché alloti dont le montant total est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée et qui remplit les deux conditions suivantes :
 - a) La valeur estimée de chaque lot concerné est inférieure à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services ou à 1 million d'euros hors taxes pour des travaux ;
 - b) Le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots ;
- 3° Un marché ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, dont la liste figure dans un avis annexé au présent code, quelle que soit la valeur estimée du besoin ;
- 4° Un marché ayant pour objet, quelle que soit la valeur estimée du besoin, un ou plusieurs des **services juridiques** suivants :
 - a) Services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, devant les autorités publiques ou les institutions internationales ou dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des conflits ;
 - b) Services de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation de toute procédure visée au a ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités que la question sur laquelle porte la consultation fera l'objet d'une telle procédure.

Définition de la valeur du besoin à satisfaire

CE, 17 déc. 2014, n° 385033, Communauté de Communes Canton de Varilhes

« Le marché à bons de commande conclu sans maximum doit être réputé excéder les seuils des procédures formalisées. Par suite, en application du 1er alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, le contrat qu'elle a passé doit être annulé ».

Services juridiques

Fiche DAJ Les marchés publics de services juridiques

CJUE, 6 juin 2019, aff. C-264/18, Ministerraad

« Concernant les services fournis par des avocats, visés à l'article 10, sous d), i) et ii), de la directive 2014/24, il ressort du considérant 25 de cette directive que le législateur de l'Union a pris en compte le fait que de tels services juridiques sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont désignés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut pas être soumise à des règles de passation des marchés publics dans certains États membres, de telle sorte qu'il convenait d'exclure ces services juridiques du champ d'application de ladite directive.

À cet égard, il y a lieu de relever que l'article 10, sous d), i) et ii), de la directive 2014/24 n'exclut pas tous les services susceptibles d'être fournis par un avocat au bénéfice d'un pouvoir adjudicateur du champ d'application de ladite directive, mais uniquement la représentation légale de son client dans le cadre d'une procédure devant une instance internationale d'arbitrage ou de conciliation, devant les juridictions ou les autorités publiques d'un État membre ou d'un pays tiers ainsi que devant les juridictions ou institutions internationales, mais également le conseil juridique fourni dans le cadre de la préparation ou de l'éventualité d'une telle procédure. De telles prestations de services fournies par un avocat ne se conçoivent que dans le cadre d'une relation intuitu personae entre l'avocat et son client, marquée par la confidentialité la plus stricte.

Or, d'une part, une telle relation intuitu personae entre l'avocat et son client, caractérisée par le libre choix de son défenseur et le rapport de confiance qui unit le client à son avocat, rend difficile la description objective de la qualité attendue des services à fournir.

D'autre part, la confidentialité de la relation entre l'avocat et son client, dont l'objet consiste, particulièrement dans les circonstances décrites au point 35 du présent arrêt, tant à sauvegarder le plein exercice des droits de la défense des justiciables qu'à protéger l'exigence selon laquelle tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat (voir, en ce sens, arrêt du 18 mai 1982, AM & S Europe/Commission, 155/79, EU:C:1982:157, point 18), pourrait être menacée par l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de préciser les conditions d'attribution d'un tel marché ainsi que la publicité qui doit être donnée à de telles conditions.

Il en résulte que, eu égard à leurs caractéristiques objectives, les services visés à l'article 10, sous d), i) et ii), de la directive 2014/24 ne sont pas comparables aux autres services inclus dans le champ d'application de cette directive. Compte tenu de cette différence objective, c'est également sans porter atteinte au principe d'égalité de traitement que le législateur de l'Union a pu, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, écarter ces services du champ d'application de ladite directive.

En troisième lieu, en ce qui concerne les services juridiques relevant des activités participant, même occasionnellement, à l'exercice de l'autorité publique, visés à l'article 10, sous d), v), de la directive 2014/24, ces activités, et, partant, ces services, sont exclues, aux termes de l'article 51 TFUE, du champ d'application des dispositions de ce traité relatives à la liberté d'établissement et de celles relatives à la libre prestation de services aux termes de l'article 62 TFUE. De tels services se distinguent de ceux qui relèvent du champ d'application de cette directive en ce qu'ils participent directement ou indirectement à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques ».

Article R2123-2

Lorsqu'un marché a pour objet à la fois des services sociaux mentionnés au 3° de l'article R. 2123-1 et d'autres services à l'exception des services juridiques de représentation mentionnés au 4° du même article, il est passé conformément aux règles applicables à celles de ces deux catégories de services dont la valeur estimée est la plus élevée.

Lorsqu'un marché a pour objet à la fois des services mentionnés au 3° de l'article R. 2123-1 et des services juridiques de représentation définis au 4° du même article, l'article R. 2123-3 s'applique.

Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer la catégorie de services dont la valeur estimée est la plus élevée, le marché est passé conformément aux règles applicables aux services autres que ceux mentionnés au 4° de l'article R. 2123-1.

Article R2123-3

Lorsqu'un marché a pour objet à la fois des services juridiques mentionnés à l'article R. 2123-1 et d'autres services, l'article R. 2123-8 s'applique si ces services juridiques constituent l'objet principal du marché et si les différentes parties du marché sont objectivement inséparables.

Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer l'objet principal du marché, celui-ci est soumis aux règles applicables aux autres services.

Section 2 - Règles applicables

Article R2123-4

Lorsqu'il recourt à une procédure adaptée, l'acheteur en détermine les modalités en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

Libre détermination des modalités de passation des marchés publics

CE, 7 oct. 2005, n° 278732, Région Nord-Pas-de-Calais

« La personne responsable du marché est libre, lorsqu'elle décide de recourir à la procédure dite adaptée, de déterminer, sous le contrôle du juge administratif, les modalités de publicité et de mise en concurrence appropriées ».

Article R2123-5

Lorsque l'acheteur prévoit une négociation, il peut attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué qu'il se réserve cette possibilité dans les documents de la consultation.

CAA Paris, 18 mars 2014, n° 12PA02599, Sté Axxess SAS

« Dans le cadre d'une procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur peut décider de recourir à une négociation et choisir librement, dans le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats, ceux avec lesquels il souhaite négocier, **sans être tenu de s'engager au préalable à user ou non de cette faculté** ; qu'en prévoyant à l'article 5.1.4 du cahier des clauses administratives particulières que l'école se réservait le droit de négocier avec les trois premiers candidats au classement, le pouvoir adjudicateur n'a pas méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats et n'a pas manqué à son obligation de transparence ».

CE, 30 novembre 2011, n° 353121, Ministre de la défense et des anciens combattants

« Considérant que le pouvoir adjudicateur qui, dans le cadre d'une procédure adaptée, décide de recourir à une négociation, peut librement choisir les candidats avec lesquels il souhaite négocier et peut en conséquence, dans le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats, admettre à la négociation les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables et ne pas les éliminer d'emblée ; qu'il doit cependant, à l'issue de la négociation, rejeter sans les classer les offres qui sont demeurées inappropriées, irrégulières ou inacceptables ; qu'ainsi, si le pouvoir adjudicateur peut, dans le cadre d'une procédure adaptée, décider d'engager une négociation avec les candidats ayant remis une offre irrégulière, il n'y est pas tenu »

Article R2123-6

Lorsque la procédure se réfère expressément à l'une des procédures formalisées, l'acheteur est tenu d'appliquer celle-ci dans son intégralité.

Article R2123-7

Pour l'attribution d'un marché mentionné au 3° de l'article R. 2123-1, l'acheteur tient compte des spécificités des services en question. Il veille notamment à la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et l'exhaustivité des services, aux besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris des catégories défavorisées et vulnérables, à la participation et l'implication des utilisateurs, ainsi qu'à l'innovation.

Section 3 - Règles particulières aux services juridiques

Article R2123-8

Par dérogation à l'article R. 2123-4, les services juridiques mentionnés au 4° de l'article R. 2123-1 ne sont pas soumis aux dispositions du présent livre à l'exception des articles R. 2100-1, R. 2111-1, R. 2111-2, R. 2113-1 à R. 2113-3, R. 2121-1 à R. 2121-9, R. 2122-1 à R. 2122-11, du 2° de l'article R. 2123-1, des articles R. 2142-3, R. 2142-4, R. 2143-3 à R. 2143-16, R. 2144-1 à R. 2144-7, R. 2152-3 à R. 2152-5, R. 2184-12, R. 2184-13 et du titre IX du présent livre.

L'acheteur définit librement les modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction du montant et des caractéristiques du marché.

CJUE, 6 juin 2019, aff. C-264/18, P.M. , N. G.d.M. P. V.d.S. c/ Ministerrad

« À cet égard, il y a lieu de relever que l'article 10, sous d), i) et ii), de la directive 2014/24 n'exclut pas tous les services susceptibles d'être fournis par un avocat au bénéfice d'un pouvoir adjudicateur du champ d'application de ladite directive, mais uniquement la représentation légale de son client dans le cadre d'une procédure devant une instance internationale d'arbitrage ou de conciliation, devant les juridictions ou les autorités publiques d'un État membre ou d'un pays tiers ainsi que devant les juridictions ou institutions internationales, mais également le conseil juridique fourni dans le cadre de la préparation ou de l'éventualité d'une telle procédure. De telles prestations de services fournies par un avocat ne se conçoivent que dans le cadre d'une relation intuitu personae entre l'avocat et son client, marquée par la confidentialité la plus stricte.

Or, d'une part, une telle relation intuitu personae entre l'avocat et son client, caractérisée par le libre choix de son défenseur et le rapport de confiance qui unit le client à son avocat, rend difficile la description objective de la qualité attendue des services à fournir.

D'autre part, la confidentialité de la relation entre l'avocat et son client, dont l'objet consiste, particulièrement dans les circonstances décrites au point 35 du présent arrêt, tant à sauvegarder le plein exercice des droits de la défense des justiciables qu'à protéger l'exigence selon laquelle tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat (voir, en ce sens, arrêt du 18 mai 1982, AM & S Europe/Commission, 155/79, EU:C:1982:157, point 18), pourrait être menacée par l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de préciser les conditions d'attribution d'un tel marché ainsi que la publicité qui doit être donnée à de telles conditions.

Il en résulte que, eu égard à leurs caractéristiques objectives, les services visés à l'article 10, sous d), i) et ii), de la directive 2014/24 ne sont pas comparables aux autres services inclus dans le champ d'application de cette directive ».

Chapitre IV - Marchés passés selon une procédure formalisée

Article L2124-1

Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe au présent code, l'acheteur passe son marché selon l'une des procédures formalisées définies par le présent chapitre, dans les conditions et selon les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

Article R2124-1

L'acheteur passe son marché selon l'une des procédures formalisées prévues au présent chapitre lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code, sous réserve des dispositions du chapitre II et de la section 1 du chapitre III du présent titre .

Seuils européens

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

Publié le 31 décembre 2017, cet avis prévoit les seuils applicables depuis le 1^{er} janvier 2018 :

- Pour les pouvoirs adjudicateurs autorités centrales :
 - o Marchés publics de travaux : 5 548 000 € HT
 - o Marchés publics de fournitures ou de services : 144 000 € HT
- Pour les pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités centrales :
 - o Marchés publics de travaux : 5 548 000 € HT

- o Marchés publics de fournitures ou de services : 221 000 € HT

- Pour les entités adjudicatrices :

- o Marchés publics de travaux : 5 548 000 € HT
- o Marchés publics de fournitures ou de services : 443 000 € HT

[Tableau DAJ Procédures autorités centrales](#)

[Tableau DAJ Procédures autres qu'autorités centrales](#)

Règlements délégués de la Commission européenne fixant les seuils de procédure formalisée applicables aux marchés publics et aux contrats de concession à compter du 1er janvier 2020

- 139 000 euros pour les marchés de fournitures et services des pouvoirs adjudicateurs centraux (contre 144 000 € HT actuellement) ;
- 214 000 euros pour les marchés de fournitures et services des autres pouvoirs adjudicateurs et pour les marchés de fournitures et services des pouvoirs adjudicateurs centraux dans le domaine de la défense (contre 443 000 € HT actuellement) ;
- 428 000 euros pour les marchés de fournitures et services des entités adjudicatrices et pour les marchés de fournitures et services de défense ou de sécurité (contre 144 000 € HT actuellement) ;
- 5 350 000 euros pour les marchés de travaux et les contrats de concessions (contre 5 548 000 € HT actuellement).

Réponse ministérielle n°46639, 12 octobre 2010

« Si le marché est en deçà des seuils, le pouvoir adjudicateur peut choisir librement la procédure, en l'adaptant à la nature de son marché. Or, ce principe général est limité par le fait que l'autorité adjudicatrice ne peut pas modifier la procédure choisie au moment du lancement du marché, si ce choix a été porté sur une procédure formalisée telle que l'appel d'offres. En effet, le code des marchés publics prévoit, dans son article 28, que, si le pouvoir adjudicateur "se réfère expressément à l'une des procédures formalisées prévues par le présent code, le pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer les modalités prévues par le présent code" ».

Section 1 - Appel d'offres

Article L2124-2

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

Sans négociation

CE, 26 juin 2015, n°389124, AP-HP

« Considérant, en premier lieu, que l'article 49 du code des marchés publics dispose : " le pouvoir adjudicateur peut exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes concernant l'objet du marché " et qu'aux termes du I de l'article 59 du code des marchés publics : " Il ne peut y avoir négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre " ; que ni les dispositions de l'article 49, ni aucune autre disposition ou principe n'interdisaient à l'AP-HP d'exiger des candidats la réalisation d'essais dans le cadre de la présentation de leur offre ; **qu'il ne résulte pas de l'instruction et qu'il n'est d'ailleurs pas allégué par la société requérante que les essais auxquels ont été soumis les candidats auraient donné lieu à une négociation avec le pouvoir adjudicateur et à une modification de leur offre, en méconnaissance des dispositions du I de l'article 59 du code des marchés publics** »

CE, 14 janvier 1998, n°165416, Préfet du Val-d'Oise c/ OPHLM du Val-d'Oise

« Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 300 du code des marchés publics que la commission d'appel d'offres ne peut demander de nouvelles offres que pour départager des candidatures équivalentes et qu'hormis ce cas elle ne peut discuter avec les candidats que pour leur faire préciser ou compléter la teneur de leurs offres et que seule l'autorité habilitée à passer le marché peut, le cas échéant, procéder à sa mise au point sans que les modifications entraînées remettent en cause les conditions de l'appel à la concurrence ; **qu'ainsi, en demandant à la société CDG services de s'aligner sur l'entreprise la moins disante et d'ajouter une prestation à son offre initiale, la commission a outrepassé sa compétence** ; que le Préfet du Val-d'Oise est, par suite, fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Versailles a rejeté son déféré tendant à l'annulation du marché litigieux »

CE, 26 octobre 1994, n°110959, Sivom de Carry-le-Rouet et Sausset-les-Pins

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier qu'après la séance d'ouverture des plis comportant les soumissions, tenue le 7 décembre 1984, la société "Bureau d'études pour l'urbanisme et l'équipement de la région méditerranéenne", chargée d'une mission de maîtrise d'œuvre par le syndicat intercommunal, a demandé au groupement d'entreprises conduit par la société des tuyaux Bonna d'établir un nouveau profil en long de l'ouvrage ; que ce document présenté le 27 décembre 1984, comportait d'importantes modifications par rapport au plan remis initialement ; qu'il était de nature à influencer sur l'appréciation que la commission d'appel d'offres avait à porter sur la valeur technique du projet proposé par le groupement d'entreprises et donc sur l'un des éléments à prendre en compte pour l'attribution du marché ; **qu'ainsi, la production de ce nouveau profil en long ne pouvait être regardée comme l'une des précisions ou l'un des compléments que la commission était en droit de demander aux candidats en vertu des dispositions précitées de l'article 300 du code des marchés publics ; que, par suite, la commission s'est prononcée dans des conditions irrégulières** ; que, dès lors, le syndicat requérant n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif a annulé la décision du 7 janvier 1985 ».

Procédure par laquelle

CAA Marseille, 10 avril 2017, n°16MA02754, Conseil régional de l'ordre des architectes de Provence-Alpes-Côte d'Azur

« Considérant, en premier lieu, que si l'office public de l'habitat des Hautes-Alpes a décidé d'engager une procédure d'appel d'offres restreint en application de l'ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005 et des articles 30 à 32 du décret 2005-1742 du 30 décembre 2005 pour l'attribution du marché en cause alors qu'il n'y était pas tenu dès lors que le montant de ce marché était inférieur au seuil d'application des procédures formalisées fixé par l'article 7 du décret 2005-1742, la personne publique qui se soumet volontairement à une procédure formalisée est tenue d'en respecter les modalités »

CE, 15 octobre 1982, n°21609, SA Affichage Giraudy

« Une commune, qui avait décidé, bien qu'elle n'y fût pas légalement tenue, de recourir à la procédure de l'appel d'offres pour l'attribution du contrat qu'elle se proposait de conclure avec une entreprise d'affichage, devait se conformer aux règles imposées par cette procédure et, notamment, à celles qui ont pour objet de maintenir l'égalité entre les concurrents. En écartant la soumission de la société requérante, qui était conforme aux conditions de l'appel d'offres pour retenir celle d'une autre société, qui n'était pas conforme à ces conditions et qui n'a été régularisée, à la demande de la commune, que postérieurement à l'ouverture des plis cachetés, la commune a méconnu le principe d'égalité entre les concurrents et commis une faute de service de nature à engager sa responsabilité envers la société requérante ».

Article R2124-2

L'acheteur choisit **librement** entre les formes d'appel d'offres suivantes :

- 1° L'appel d'offres ouvert lorsque tout opérateur économique intéressé peut soumissionner ;
- 2° L'appel d'offres restreint lorsque seuls les candidats sélectionnés par l'acheteur sont autorisés à soumissionner.

Librement

Procédure ouverte / restreinte Fiche DAJ - l'examen des candidatures (avril 2019)

« Dans les marchés publics autres que de défense ou de sécurité, les procédures formalisées s'organisent en procédures restreintes ou ouvertes. Les procédures ouvertes sont les procédures dans lesquelles tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre. Cela ne signifie pas que toutes les offres seront à examiner : l'élimination des candidats est possible en procédure ouverte. Les procédures restreintes sont les procédures dans lesquelles seuls les opérateurs économiques sélectionnés sur la base de leur candidature sont admis à présenter une offre. Parmi les procédures formalisées prévues par le code de la commande publique, pour les marchés autres que de défense ou de sécurité, seul l'appel d'offres ouvert est une procédure ouverte. Les procédures adaptées prévues par le code de la commande publique peuvent être, au choix de l'acheteur, des procédures ouvertes ou des procédures restreintes ».

CE, 3 juillet 1968, n°69497, 69498 et 71179, Lavigne,

« Considérant que dans l'avis paru le 25 juillet 1965 dans le journal "Phnom-Penh presse" l'Ambassade de France se bornait à annoncer qu'elle lancerait prochainement un appel d'offres pour la construction de l'Université Royale des sciences agronomiques du Cambodge et à inciter les entrepreneurs intéressés à se faire connaître en se réservant le droit de retenir les entreprises de son choix ; qu'ainsi il résulte des termes mêmes dudit avis que l'administration entendait procéder à un appel d'offres dit "restreint" ; qu'il suit de là que les requérants ne sont pas fondés à soutenir que cette insertion dans la presse aurait comporté un appel public à la concurrence, prévu dans la **procédure de l'appel d'offres dit "ouvert", qui aurait ensuite été illégalement transformé en appel d'offres dit "restreint"** »

Candidats sélectionnés

CE, 10 avril 2015, n°387128, Sté Automatismes Corses

« Considérant, en cinquième lieu, qu'aux termes du II de l'article 52 du code des marchés publics, applicable aux marchés passés par des entités adjudicatrices selon une procédure négociée en vertu de l'article 156 du même code : " Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues conformément au I des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du marché relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Ces critères sont mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. " ; **que, lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il lui appartient d'assurer l'information appropriée des candidats sur les critères de sélection de ces candidatures dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que cette information appropriée suppose que le pouvoir adjudicateur indique aussi les documents ou renseignements au vu desquels il entend opérer la sélection des candidatures ; que, par ailleurs, si le pouvoir adjudicateur entend fixer des niveaux minimaux de capacité, ces derniers doivent aussi être portés à la connaissance des candidats ; que cette information appropriée des candidats n'implique en revanche pas que le pouvoir adjudicateur indique les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures, sauf dans l'hypothèse où ces conditions, si elles avaient été initialement connues, auraient été de nature à susciter d'autres candidatures ou à retenir d'autres candidats ».**

Section 2 - Procédure avec négociation

Article L2124-3

La procédure avec **négociation** est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du

marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

Négociation

Négociation Guide de bonnes pratiques du 14 février 2012

«Le recours à la négociation doit être expressément indiqué, dès le lancement de la procédure de consultation, dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation, afin de permettre aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre. Il ne peut pas « se réserver le droit de recourir à la négociation », empêchant alors toute anticipation et toute prise en considération de la procédure qui sera, in fine, mise en œuvre pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ; Dès lors qu'il a expressément prévu le recours à la négociation, l'acheteur public est obligé de négocier. Il est vivement recommandé de faire porter la négociation sur tous les éléments de l'offre, et pas seulement sur le prix».

CJUE, 5 décembre 2013, aff. C-561/12, Nordecon AS

« La Cour a précisé que l'obligation de transparence a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur (arrêt du 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, point 25). / Ainsi, bien que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir de négociation dans le cadre d'une procédure négociée, il est toujours tenu de veiller à ce que les exigences du marché, auxquelles il a attribué un caractère impératif, soient respectées. Si tel n'était pas le cas, le principe selon lequel les pouvoirs adjudicateurs agissent avec transparence serait méconnu et le but rappelé au point précédent du présent arrêt ne saurait être atteint. / Par ailleurs, le fait d'admettre la recevabilité d'une offre non conforme à des conditions impératives en vue de la négociation priverait de toute utilité la fixation de conditions impératives dans l'appel d'offres et ne permettrait pas au pouvoir adjudicateur de négocier avec les soumissionnaires sur une base commune à ces derniers, constituée desdites conditions, et, partant, de traiter ceux-ci sur un pied d'égalité. / Au vu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que **l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18 n'autorise pas le pouvoir adjudicateur à négocier avec les soumissionnaires des offres qui ne répondent pas aux exigences impératives prévues par les spécifications techniques du marché** ».

CE, 27 avril 2011, n° 344244, Président du Sénat / Société Bio Paris Ouest

«Considérant à cet égard, en premier lieu, que les dispositions du deuxième alinéa de l'article 28 du code des marchés publics, citées ci-dessus, qui permettent au pouvoir adjudicateur, au cours de la procédure adaptée, de négocier avec les candidats ayant présenté une offre sur tous les éléments de leur offre, notamment sur le prix, n'ont ni pour objet ni pour effet de l'autoriser à abandonner, en cours de procédure, le critère du prix défini, à parité avec un autre critère, comme principal critère de jugement des offres par le règlement de consultation».

CE, 11 août 2009, n°325465, Sté Val'Horizon

« Considérant que dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur détermine **librement** les modalités de discussion des offres ; qu'il est **seulement tenu d'engager la négociation avec l'ensemble** des candidats, dans le respect du principe d'égalité de traitement ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que le groupe Pizzorno Environnement ait été traité différemment des autres candidats et **que la circonstance que les négociations n'auraient pas été très développées est indifférente** ; que ce groupe n'est donc pas fondé à soutenir que la négociation se serait déroulée dans des conditions irrégulières ».

CAA Marseille, 27 juin 2002, n°00MA01402, Préfet des Bouches-du-Rhône

« La procédure du marché négocié implique nécessairement pour l'administration, l'engagement d'une discussion avec les candidats en vue d'obtenir les meilleurs conditions de passation du marché [...], d'autre part, il résulte de l'instruction que l'article 2 du règlement de consultation prévoyait que le cahier des clauses administratives particulières et le cahier des clauses techniques particulières étaient susceptibles d'évoluer en fonction des propositions des candidats ; **que ces modifications n'ont pas altéré de manière substantielle ni l'objet ni les conditions de la consultation** ».

CE, 26 septembre 1994, n°110193, M. Romani

« Considérant que, par la délibération litigieuse du 13 septembre 1985, le conseil municipal de Manduel (Gard) a autorisé le maire à passer avec le cabinet X... et Z..., selon la procédure du marché négocié, un marché d'études en vue de préparer le dossier de construction d'un foyer résidence pour personnes âgées qui devait être soumis à l'examen de la commission régionale des institutions sociales et médico-sociales ; **que le maire après avoir établi une liste de cinq cabinets d'architectes, s'est borné à demander à ces derniers de faire état de leurs références et de préparer, sous huitaine, une "esquisse d'ambiance"** ; **qu'une telle consultation ne pouvait tenir lieu de la mise en compétition prévue par les dispositions précitées de l'article 314** ; que, dans ces conditions, et alors qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que les exceptions à l'obligation de mise en concurrence prévues par l'article 312 bis du code des marchés publics aient trouvé à s'appliquer, la délibération du conseil municipal de Manduel du 13 septembre 1985 a été prise en violation des dispositions du code des marchés publics ; qu'ainsi MM. A... et Y..., architectes, sont fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Montpellier a rejeté leur demande tendant à l'annulation de cette délibération ».

Article R2124-3

Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure avec négociation **dans les cas suivants** :

- 1° Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans **adapter des solutions immédiatement disponibles** ;
- 2° Lorsque le besoin consiste en une **solution innovante**. Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ;
- 3° Lorsque le marché comporte **des prestations de conception** ;
- 4° Lorsque le marché ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de **circonstances particulières** liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ;
- 5° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les **spécifications techniques** avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique, définis à la section 2 du chapitre 1er du titre 1er du présent livre ;
- 6° Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens des articles L. 2152-2 et L. 2152-3, ont été présentées pour autant que les **conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées**. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres. Toutefois, par dérogation aux dispositions de l'article R. 2144-4, ne peuvent participer à la procédure que le ou les soumissionnaires ayant justifié au préalable ne pas être dans un cas d'exclusion et satisfaisant aux conditions de participation fixées par l'acheteur.

Dans les cas suivants

CJUE, 27 octobre 2011, aff. C-601/10, Commission c. République Hellénique

« Selon la jurisprudence de la Cour, en tant que dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité FUE dans le secteur des **marchés publics de services**, l'article 11, paragraphe 3, sous e), de la directive 92/50 et l'article 31, point 4, sous a), de la directive 2004/18 doivent faire l'objet d'une **interprétation stricte, et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement** (voir arrêts du 10 avril 2003, Commission/Allemagne, C-20/01 et C-28/01, Rec. p. I-3609, point 58; du 18 novembre 2004, Commission/Allemagne, C-126/03, Rec. p.

I-11197, point 23; du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, point 46, ainsi que du 8 avril 2008, Commission/Italie, C-337/05, Rec. p. I-2173, points 57 et 58) ».

CJUE, 14 septembre 2004, aff. C-385/02, Commission c/République Italienne

« Les dispositions de l'article 7, paragraphe 3, de la directive, qui autorisent des dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité CE dans le secteur des **marchés publics des travaux**, doivent faire l'objet d'une **interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement** (voir, en ce sens, arrêts du 18 mai 1995, Commission/Italie, C-57/94, Rec. p. I-1249, point 23, et du 28 mars 1996, Commission/Allemagne, C-318/94, Rec. p. I-1949, point 13). (...) D'une part, s'agissant d'une disposition dérogatoire qui doit faire l'objet d'une interprétation stricte, il convient d'opter pour l'interprétation qui restreint la période pendant laquelle joue la dérogation plutôt que pour celle qui l'allonge. Répond à cet objectif l'interprétation qui retient comme point de départ la date de conclusion du contrat initial plutôt que la date, nécessairement ultérieure, de l'achèvement des travaux qui en font l'objet ».

CE, 28 juillet 2000, n°202792, Jacquier

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le marché d'architecture et d'ingénierie a été conclu selon la procédure de marché négocié sur la base des dispositions de l'article 312 bis du code des marchés publics, aussi bien s'agissant du choix des deux architectes que de celui de la SA Phenol Engineering, titulaire du brevet du procédé Samovar ; que, et sans qu'il soit besoin d'apprécier si le choix sans mise en concurrence préalable de la SA Phenol Engineering pouvait se justifier, l'absence de mise en concurrence des architectes chargés de mettre en œuvre **le projet ne reposait sur aucune des justifications prévues par les dispositions de l'article 312 bis du code des marchés publics ; qu'il appartenait dès lors à la cour administrative d'appel de Nancy de soulever d'office le moyen tiré de la nullité du marché ainsi irrégulièrement passé ; qu'en s'abstenant de le faire, la cour administrative d'appel a entaché son arrêt d'une erreur de droit ; que M. JACQUIER est fondé à en demander l'annulation ».**

CE, Section, 29 janvier 1982, n°19926, Martin

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que pour faire procéder à l'installation du chauffage central dans son groupe scolaire, la commune de Moussy-le-Neuf a conclu avec M. X..., entrepreneur, un marché de gré à gré de 49 392 F accompagné de cinq mémoires d'achat sur factures portant le montant total du marché à 79 369,79 F hors taxes ; **que le recours à cette procédure constitue une méconnaissance volontaire des dispositions des articles 279 et 310 du code des marchés publics régissant les contrats passés par communes de moins de 5 000 habitants qui faisaient obligation à la commune de Moussy-le-Neuf de procéder à une adjudication ou à un appel d'offres ouvert dès lors que le montant du marché dépassait 50000 F** ; que, par suite, le contrat passé entre ladite commune et M. X... est nul et n'a pu faire naître aucune obligation à la charge de l'entrepreneur ; qu'il résulte de ce qui précède que d'une part M. X... est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Versailles l'a condamné à supporter, à raison de 90 %, les frais exposés par la commune pour remédier aux malfaçons de l'installation et à indemniser celle-ci, dans la même proportion, pour les autres préjudices nés de ces malfaçons, et que d'autre part la commune n'est pas fondée à demander, par la voie d'un recours incident la majoration de l'indemnité mise à la charge de l'entrepreneur ».

Sans adapter des solutions immédiatement disponibles

DAJ, La procédure concurrentielle avec négociation, fiche technique, 2019

« Lorsque les travaux, produits ou services objets du marché sont disponibles immédiatement sans adaptation et peuvent être fournis par de nombreux opérateurs économiques, ils ne se prêtent pas au recours à la procédure avec négociation. **Cette procédure ne pourra donc pas être mise en œuvre pour les achats « sur étagère » de produits, de services ou de travaux, c'est-à-dire**

standardisés, non spécifiquement conçus pour les besoins d'un marché en particulier » ; « Le recours à la procédure avec négociation n'est pas automatique dès que le pouvoir adjudicateur définit les prestations à réaliser par référence à des spécifications techniques. **Une analyse au cas par cas doit être menée en fonction de la prestation à réaliser et du secteur d'achat** ».

Solution innovante

DAJ- L'expérimentation achats innovants, mars 2019

« L'innovation ne se limite pas aux produits non disponibles sur le marché. L'acheteur public pourra donc acheter une solution innovante sans publicité ni mise en concurrence en deçà de 100.000 euros "alors même qu'une solution non-innovante pourrait répondre au besoin. Il peut s'agir non seulement d'une innovation technologique de produit ou de procédé mais aussi d'une innovation d'organisation ou de commercialisation liée, par exemple, à la numérisation ou à l'interconnexion. La solution peut être déjà disponible sur le marché. En revanche, la production d'un produit personnalisé dont les caractéristiques ne diffèrent pas sensiblement de ceux des produits déjà fabriqués ne constitue pas une innovation. La définition de l'achat innovant reste relativement large pour laisser une certaine souplesse d'appréciation aux acheteurs, notamment au regard du secteur concerné. L'acheteur se soumet à deux obligations lorsque celui-ci recourt à cette procédure. La première est de réaliser son achat en "bon gestionnaire" et donc de respecter trois recommandations essentielles : choisir une offre pertinente, s'assurer de la bonne utilisation des deniers publics et ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique. La seconde obligation est la déclaration obligatoire du marché à l'Observatoire économique de la commande publique (OCEP) ».

CE, 26 juin 2015, n°389682, Ville de Paris

« Considérant que, pour juger que la ville de Paris ne pouvait recourir à la procédure de dialogue compétitif, le juge des référés a relevé que si la ville attendait des candidats des propositions innovantes pour la conception et le design des kiosques ainsi que pour l'amélioration des conditions de travail des kiosquiers, le titulaire du contrat aurait à fournir les autres prestations dans des conditions comparables à celles que prévoient les contrats en cours ; qu'il en a déduit que, bénéficiant d'une expérience séculaire en la matière, la ville ne se heurtait pas à des difficultés telles qu'elle ne serait pas en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pour répondre à ses besoins ou établir le montage financier ou juridique du projet ; **qu'en jugeant ainsi, alors, d'une part, que la ville de Paris entendait qu'à l'occasion de la passation d'un nouveau marché, des solutions innovantes soient proposées, aussi bien pour la conception des ouvrages que pour la gestion de l'activité des kiosquiers, qui tiennent compte à la fois des évolutions technologiques et d'objectifs d'usage multiple des kiosques, de respect des contraintes architecturales et de l'environnement, de gestion optimale d'un réseau de kiosquiers et d'optimisation des recettes domaniales, et, d'autre part, qu'il ressortait des pièces du dossier qui lui était soumis et de l'argumentation des parties devant lui que la définition des moyens techniques pouvant répondre à de tels besoins était complexe, au sens des dispositions citées au point 7, le juge des référés a entaché son ordonnance d'une erreur de qualification juridique »**

Prestations de conception

Rép. min. n° 4001, JOAN, 6 mars 2018, Firmin Le Bodo A.

« Comme le souhaitait la France, la directive européenne 2014/24/UE, transposée par l'ordonnance no 2015- 899 du 23 juillet 2015 et le décret no 2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics, a élargi de manière importante les possibilités de recours à la négociation en marché public. Le 1° du II de l'article 25 du décret no 2016-360 permet ainsi aux pouvoirs adjudicateurs d'utiliser la procédure concurrentielle avec négociation lorsque le besoin ne peut être satisfait par le biais d'une solution immédiatement disponible sur le marché, c'est-à-dire sans effort d'adaptation ou de conception. Dans ce cas, la procédure concurrentielle avec négociation peut être utilisée pour leur passation, quel que soit le degré d'adaptation ou de conception nécessaire. Le 3° du II de l'article 25 du même décret prévoit aussi qu'il est possible de recourir à la procédure concurrentielle avec

négociation lorsque l'objet même des prestations à réaliser comporte des prestations de conception. Aussi, **les marchés publics relatifs à des prestations d'études ou d'ingénierie peuvent, par principe, être passés selon la procédure concurrentielle avec négociation, quelle que soit l'importance des prestations de conception. Il en va de même pour les marchés de maîtrise d'œuvre d'un montant supérieur aux seuils européens, hormis ceux qui sont soumis à l'obligation d'organiser un concours.** Dans l'hypothèse du 3° comme dans celle du 1° du II de l'article 25 du décret précité, le marché public en cause doit toutefois nécessiter lui-même des prestations de conception ou d'adaptation. Ainsi, si le pouvoir adjudicateur lance un marché public d'études afin de déterminer la solution la mieux à même de répondre à son besoin puis, compte tenu de ses résultats, un marché public de travaux, le premier peut être passé selon la procédure concurrentielle avec négociation du seul fait qu'il comporte des prestations de conception. Le marché public de travaux qui suivra pourra lui aussi être passé selon cette procédure, à condition qu'il présente des caractéristiques permettant de le faire entrer dans l'un des cas de recours à cette procédure prévus au II de l'article 25 du décret no 2016-360. Enfin, les marchés publics de conception-réalisation prévus à l'article 33 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et les marchés publics globaux prévus aux articles 34 et 35 de la même ordonnance, comportant des prestations de conception ou présentant un caractère de complexité, peuvent être passés selon la procédure concurrentielle avec négociation »

Circonstances particulières

CE, 19 novembre 2018, n°413305, société SNIDARO [Dialogue compétitif]

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, pour soutenir qu'elle pouvait légalement recourir à la procédure du dialogue compétitif, la CODAH se prévalait de ce qu'était remplie, en l'espèce, la condition mentionnée au 1° de l'article 36 du code des marchés publics ; que toutefois, la cour, qui a souverainement relevé, sans dénaturer les pièces du dossier, que le marché litigieux portait sur la reprise de désordres ne présentant pas un caractère inhabituel pour des équipements de ce type, n'a pas entaché d'inexacte qualification juridique son arrêt en jugeant que **les incertitudes portant sur la meilleure façon d'y remédier n'étaient pas telles que la CODAH pût être regardée comme n'étant pas en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins, eu égard aux éléments d'information dont elle disposait ou pouvait disposer à la date à laquelle elle avait décidé de passer le marché,** et que, par suite, la condition lui permettant de recourir à la procédure du dialogue compétitif n'était pas remplie ; qu'ainsi, le pourvoi incident de la CODAH doit être rejeté »

CAA Paris, 27 février 2018, N° 16PA02955, Armor Développement

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le marché en cause est intervenu pour le renouvellement d'un précédent marché, qui a été conclu après une procédure d'appel d'offres ouvert, dont l'exécution, pendant cinq années, n'a pas rencontré de difficultés notables ; qu'il est relatif à des prestations dont la nature et le volume sont similaires au marché initial, à l'exception de la prestation de recyclage des produits en fin de vie et de la mise en place d'un plan d'assurance qualité, des prestations relatives au système informatique d'interface avec le logiciel interne au ministère, ainsi que celles relatives à la lecture de codes-barres, qui ont seulement donné lieu à des améliorations techniques ; que le programme fonctionnel détaillé initial établi par le ministre n'a fait l'objet, à l'issue du dialogue compétitif, que de modifications mineures portant sur les délais de livraison, les caractéristiques des logiciels mis en œuvre et les lieux de collecte des produits à recycler ; que, dans ces conditions, **le groupement requérant est fondé à soutenir que le ministre de l'intérieur ne pouvait être regardé comme n'étant pas en mesure de définir seul et à l'avance l'ensemble des moyens techniques pouvant répondre à ses besoins,** et qu'il ne pouvait, dès lors, recourir légalement à la procédure de dialogue compétitif en application des dispositions précitées de l'article 36 du code des marchés publics ».

CE, 5 juillet 2017, n° 401940, Commune de La Teste-de-Buch [Dialogue compétitif]

« Considérant, en troisième lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond, ainsi que l'a relevé la cour, que la construction de l'hôtel de ville, en dépit des objectifs fixés en matière de

consommation énergétique et d'impact environnemental, ne présentait pas de complexité technique particulière ni de caractère novateur ; que **si le projet était moins précis en ce qui concerne la valorisation de deux espaces proches de la mairie, la commune, qui avait fixé les orientations principales de l'aménagement envisagé, notamment pour la voirie publique, n'était pas dans l'impossibilité de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques propres à satisfaire ses besoins** ; que, par suite, la cour administrative d'appel n'a pas entaché son arrêt, qui est suffisamment motivé, d'erreur de qualification juridique en jugeant que le projet en litige n'était pas d'une complexité telle que la commune pouvait légalement recourir à la procédure du dialogue compétitif, eu égard aux conditions alors posées par les dispositions de l'article L. 1414-5 du code général des collectivités territoriales ; »

CAA Paris, 14 mars 2017, n° 16PA02230, SIETREM

« Considérant que le SIETREM soutient qu'il n'était pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins, en raison, d'une part, de la complexité du projet compte tenu de la faible surface du terrain, des difficultés d'accès à celui-ci et des caractéristiques géotechniques médiocres du site et, d'autre part, de son souhait de fixer des objectifs de performance en termes de valorisation des déchets ; que, toutefois, s'il est constant, d'une part, que la superficie du terrain n'excédait pas 10 000 m² et rendait délicate la circulation des véhicules et, d'autre part, que les caractéristiques du sous-sol imposaient la mise en œuvre de mesures particulières par l'entreprise chargée d'exploiter le futur centre de tri, ces éléments ne suffisent pas à établir que le syndicat mixte n'était pas à même de définir seul et à l'avance les moyens techniques permettant, compte tenu des contraintes mentionnées ci-dessus, de répondre à ses besoins ; que, comme l'ont relevé les premiers juges, le cahier des clauses techniques particulières amendé après l'unique réunion de dialogue compétitif diffère très peu du cahier des clauses techniques particulières initial, tant en ce qui concerne la définition des objectifs de performance qui étaient énumérés dès l'origine que les moyens d'y parvenir, notamment pour le programme fonctionnel, les conditions d'exploitation et les spécifications techniques ; que le marché en litige ne peut dès lors être regardé comme complexe au sens de l'article 36 du code des marchés publics ; que le syndicat mixte ne pouvait, par suite, recourir à la procédure de dialogue compétitif ; que la procédure de passation du marché litigieux est, pour ce motif, entachée d'irrégularité ».

CAA Paris, 3 avril 2014, n°13PA02769, Association « La Justice dans la Cité » [Dialogue compétitif]

« Considérant qu'ainsi qu'il a été dit au point 25 ci-dessus et pour les motifs qui y sont exposés, l'EPPJP était dans l'impossibilité d'établir à l'avance les moyens techniques permettant la réalisation du projet envisagé ; que, dès lors, il a pu légalement recourir, en vue de conclure le contrat de partenariat en litige, à la procédure du dialogue compétitif ».

CE, 11 mars 2013, n°364551 et 364603, Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie, Mutuelle des chambres de commerce et d'industrie [Dialogue compétitif]

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que le marché litigieux s'inscrivait dans le cadre d'une réforme d'ensemble du réseau des chambres de commerce et d'industrie ; qu'il avait notamment pour objectif d'harmoniser les garanties d'assurance collective en matière de prévoyance et de frais de soins de santé pour l'ensemble des personnels du nouveau réseau consulaire, jusqu'alors couverts de manière hétérogène par de nombreux contrats souscrits par les différents établissements ou « entités » liés au réseau consulaire ; qu'il avait ainsi vocation à se substituer progressivement, en fonction de leurs dates d'échéance respectives, à tous les contrats passés par les établissements et « entités » ; qu'en outre, l'ACCI souhaitait que soient mises au point des solutions techniques originales permettant à la fois d'optimiser le dialogue social et la « gouvernance » du dispositif et de renforcer la qualité de la couverture des soins à moindre coût, en tenant compte de l'hétérogénéité des pratiques antérieures ; **qu'en jugeant que, dans le contexte particulier qu'il avait lui-même relevé, de refonte d'ensemble des différents dispositifs d'assurance en vigueur au sein du réseau des chambres de commerce et entités liées, l'ACCI ne pouvait être regardée comme n'étant pas en mesure de définir seule et à l'avance**

l'ensemble des moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et qu'elle ne pouvait dès lors recourir légalement à la procédure de dialogue compétitif en application des dispositions précitées de l'article 36 du code des marchés publics, le juge des référés a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ; qu'il y a lieu, par suite, d'annuler l'ordonnance attaquée / Considérant que, ainsi qu'il a été dit ci-dessus au point 5, les difficultés tenant à la mise en place pour la première fois d'un marché unique se substituant progressivement aux multiples contrats de protection santé existants, dans un contexte de réforme profonde du réseau consulaire, **ne permettaient pas à l'ACCI d'être objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;** que par suite, la MPCPIP n'est pas fondée à soutenir que l'ACCI aurait illégalement eu recours à la procédure de dialogue compétitif pour l'attribution du lot n° 2 du marché litigieux ».

TA Montreuil, 6 novembre 2012, n°1208326, Société Sabena Technics DNR

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions que la procédure négociée peut être utilisée dans des cas exceptionnels, lorsque la nature ou les aléas des services ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix ; qu'il résulte de l'instruction que les avions utilisés par les Douanes font l'objet de modifications substantielles, liées aux missions qui leur sont confiées, notamment dues aux particularités du survol maritime ou à la mise en place d'équipements spéciaux tels que l'intégration d'un scanner d'identification de pollutions maritimes, que les pannes et avaries sont spécifiques aux avions de la Douane, en raison de problèmes de corrosion liés au vol à basse altitude au-dessus de la mer, et que des fabrications particulières sont ainsi nécessaires pour certaines pièces de tôlerie et des ferrures de fixation des antennes installées sur les avions ; **qu'il résulte ainsi de l'instruction que la nature et les aléas des prestations de logistique et de maintenance de ces avions, eu égard à leur destination et aux conditions de leurs interventions, soulevant des difficultés techniques atypiques, ne permettent pas la répartition des prix entre prix forfaitaire et prix hors forfait et de fixer de manière préalable et globale les prix du marché, et constituent, dès lors, un cas exceptionnel rendant nécessaire une négociation avec les candidats pour déterminer ces prix, après publicité préalable et mise en concurrence ;** qu'ainsi l'Etat n'a pas, en l'espèce, méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence en recourant à la procédure des marchés négociés visée par le 4° du 1 de l'article 35 du code des marchés publics ».

Spécifications techniques imprécises

CAA Douai, 4 octobre 2012, n°11DA01878, Agence Nathalie A

« Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'instruction, en particulier des mentions portées sur l'avis d'attribution du marché n°06 MOE 34/2009, publié le 28 juillet 2009 au Journal officiel de l'Union européenne et du rapport de présentation, qu'a été mise en œuvre, pour la passation du marché contesté, une procédure négociée ; que, toutefois, la prestation de services à réaliser ne pouvait, en l'espèce, être regardée comme étant d'une nature telle que les spécifications du marché ne pouvaient être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres ; qu'en effet, **le CROUS n'invoque aucune difficulté particulière** et il résulte de l'instruction que **le nouveau marché avait le même objet que le marché précédemment résilié**, comportait des missions équivalentes et avait déjà fait l'objet d'une estimation réévaluée à la date de la résiliation ; qu'il appartenait ainsi, en application des dispositions précitées, au maître d'ouvrage de recourir, en vue de l'attribution de ce nouveau marché, soit à une procédure de concours, soit à une procédure d'appel d'offres ; que, par suite, en ayant fait le choix de la procédure négociée, le CROUS Amiens-Picardie a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que ce manquement ayant trait au choix du cocontractant est de nature à entraîner l'annulation du marché contesté »

CAA Bordeaux, 6 février 2007, n°04BX00663, Office public d'aménagement et de construction de la communauté urbaine de Bordeaux

« Considérant qu'aux termes de l'article 35-I-2° du code des marchés publics dans sa rédaction alors en vigueur : 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 : (...) 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 ; **qu'il ne résulte pas de l'instruction que le marché litigieux d'assurance, conclu aux conditions générales d'une assurance multirisques habitation, serait un marché complexe dont les spécifications ne pouvaient être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres ;** que, par suite, les conditions requises par les dispositions précitées de l'article 35-I-2° du code des marchés publics n'étant pas remplies, l'office public d'aménagement et de construction de la communauté urbaine de Bordeaux ne pouvait légalement recourir à la procédure du marché négocié pour conclure le contrat litigieux ».

Modification substantielle des conditions initiales

CAA Douai, 28 janvier 2016, n°14DA00039, Commune de Saint-Leu d'Esserent

« Considérant que si, après un appel d'offres déclaré infructueux, le pouvoir adjudicateur peut adapter le dossier de consultation préalablement à la passation du marché négocié pour tenir compte des résultats de la première consultation ou même corriger certains éléments du dossier de consultation afin de prendre en compte les propositions faites par les différents candidats au cours de la négociation engagée avec eux, **ces adaptations ou ces corrections ne peuvent modifier substantiellement l'objet ou les conditions de réalisation du marché ;** / Considérant qu'après que les propositions des candidats en réponse à l'appel d'offres initial de la communauté de communes Pierre Sud Oise pour son service de transport urbain aient été déclarées inacceptables, au motif que leur montant excédait très largement les prévisions de financement, un nouveau cahier des clauses administratives et techniques particulières a été soumis aux candidats ; que son article 20, relatif au matériel roulant, a fait disparaître la notion d'âge moyen des véhicules utilisés, a substitué, en matière d'émissions de polluants atmosphériques par les véhicules utilisés, la norme " Euro 3 " à la norme " Euro 5 ", moins contraignante, a prévu " que la communauté de communes accepte de façon temporaire, en attendant la livraison d'éventuels véhicules neufs, la mise en place d'un parc de véhicules ne répondant pas entièrement aux exigences du dossier de consultation, notamment en ce qui concerne les normes Euro ou encore les équipements des personnes à mobilité réduites " ; que son article 30.2, relatif à la vente des titres de transport, a inséré une disposition nouvelle excluant, dans le seul but de limiter le coût du service, l'implantation d'une agence commerciale sur le territoire de la communauté de communes ou la mise en œuvre d'un système de dépositaires ; que le respect de ce nouveau cahier des charges a permis de réduire de 40,8 % le montant de la proposition initiale du groupement d'entreprises Kéolis-Evrard ; qu'ainsi, **ces modifications par leur nature et leur importance, ont présenté un caractère substantiel de nature à modifier les conditions initiales de réalisation de ce marché et faisant obstacle au recours à la procédure négociée dans les conditions prévues par les dispositions précitées des articles 53 et 35 du code des marchés publics "** ; que dès lors, les délibérations du 28 juin 2011 et 7 septembre 2011 de la communauté de communes Pierre Sud Oise doivent être annulées ».

CE, 27 mars 2015, n°386862, Société Groupe Progard France

« Considérant que les dispositions précitées de l'article 35 du code des marchés publics ne font pas obstacle à ce qu'après que les offres ont été déclarées inacceptables, la procédure négociée s'engage sur la base des mêmes documents et que le pouvoir adjudicateur se borne à demander aux candidats de réviser leurs prix à la baisse ; que, dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur détermine librement les modalités de discussion des offres mais ne peut engager la négociation avec plusieurs des candidats que dans le respect du principe d'égalité de traitement ; qu'il résulte de l'instruction que la société Groupe Progard France, qui a pu déposer une nouvelle offre comportant un prix plus faible que celui de son offre initiale, a été traitée de manière identique à l'association Optima et que la circonstance que les négociations n'auraient pas été très développées est indifférente ; que la société n'est donc pas fondée à soutenir que la négociation se serait déroulée dans des conditions irrégulières ».

CAA Marseille, 24 février 2014, n°11MA02562, Sté Autocars Rignon

« Considérant qu'à l'issue de l'appel d'offres ouvert, le département des Hautes Alpes a déclaré l'appel d'offres infructueux et a lancé une nouvelle procédure de passation sous la forme d'un marché négocié en application des dispositions de l'article 35 I 1° du code des marchés publics ; que dans le cadre de la procédure négociée engagée sur le fondement de l'article 35 I 1°, seules les modifications de nature substantielle par rapport aux conditions initiales du marché sont prohibées ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que la négociation engagée par le département des Hautes-Alpes a conduit à de telles modifications ; **que la société appelante qui se borne à alléguer sans autre précision que des modifications substantielles ont été apportées, notamment sur les catégories de véhicule, n'est donc pas fondée à soutenir que la procédure négociée serait entachée d'irrégularité »**

CE, 11 août 2009, n°325465, Société Val'Horizon

« Considérant que pour annuler la procédure de passation engagée, le juge des référés a estimé que la lettre en date du 1er décembre 2008 par laquelle le SYNDICAT EMERAUDE informait les candidats sélectionnés de ce que les offres étaient inacceptables en raison de leur prix trop élevé et les invitait à présenter une nouvelle offre n'était pas accompagné des documents de consultation mentionnés à l'article 66 précité et ne renvoyait que de manière ambiguë aux documents de la procédure d'appel d'offres déclarée infructueuse ; **que cependant cette lettre indiquait clairement que les termes de l'appel d'offres n'étaient pas modifiés et qu'il était seulement demandé aux candidats de déposer, dans ce même cadre, une nouvelle offre à un prix moins élevé** ; que par suite le juge des référés a dénaturé les termes de ce courrier ; que son ordonnance doit donc être annulée / Considérant que les dispositions précitées de l'article 35 du code des marchés publics ne font pas obstacle à ce qu'après que les offres ont été déclarées inacceptables, la procédure négociée s'engage sur la base des mêmes documents et que le pouvoir adjudicateur se borne à demander aux candidats de réviser leurs prix à la baisse / Considérant enfin que la circonstance que la procédure initiale ait été déclarée infructueuse pour un motif tenant au niveau trop élevé des prix des offres ne faisait pas obstacle à ce que les offres soient appréciées au regard non seulement de leurs nouveaux prix, mais aussi de leur qualité technique ; que le SYNDICAT EMERAUDE était même tenu de procéder de la sorte, sauf à méconnaître les critères de sélection qu'il avait arrêtés »

CE, 25 juillet 2001, n°229666, Commune de Gravelines

« Considérant, en second lieu, que si, après un appel d'offres déclaré infructueux, la personne responsable du marché peut adapter le dossier de consultation préalablement à la passation du marché négocié pour tenir compte des résultats de la première consultation ou même corriger certains éléments du dossier de consultation afin de prendre en compte les propositions faites par les différents candidats au cours de la négociation engagée avec eux, ces adaptations ou ces corrections ne peuvent modifier substantiellement l'objet ou les conditions de réalisation du marché ; **que, par suite, en se fondant sur ce que la commune ne pouvait, après avoir invité, au cours de la négociation, les candidats à corriger leur offre afin de proposer un prix unitaire, retenir une offre conforme à cette invitation alors que le règlement de consultation prévoyait un prix forfaitaire global, le vice-président délégué par le président du tribunal administratif de Lille n'a pas entaché son ordonnance d'une erreur de droit »**

CE, 12 mars 1999, n°171293, Entreprise Porte

« Considérant qu'après un appel d'offres déclaré infructueux, la personne responsable du marché peut adapter le dossier de consultation préalablement à la passation du marché négocié afin de tenir compte des résultats de la première consultation dès lors que ces adaptations ne modifient pas substantiellement l'objet ou les conditions de réalisation du marché ; qu'il ne résulte pas des pièces du dossier qu'en choisissant, à ce stade, un produit d'une marque déterminée, la personne responsable du marché ait méconnu le principe d'égalité entre les candidats, dès lors que seul ce produit répondait aux exigences du cahier des clauses techniques particulières ; **qu'il résulte de ce qui précède qu'aucune irrégularité dont l'Entreprise PORTE pourrait se prévaloir au soutien de sa demande indemnitaire n'a entaché la seconde consultation** ; que, par suite, l'Entreprise PORTE n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Bordeaux a rejeté sa demande tendant à ce que la communauté urbaine de

Bordeaux soit condamnée à lui verser la somme de 1 173 319,87 F en réparation du préjudice qui lui a causé son éviction du marché »

CE, 5 décembre 1994, n°131680, Commune du Vésinet

« Considérant que l'appel d'offres organisé par la COMMUNE DU VESINET en vue de l'attribution d'un marché ayant pour objet le déplacement d'un terrain de football, la réalisation et la couverture de deux terrains de tennis et la construction d'un bâtiment d'accueil comportant deux niveaux au stade des Merlettes a été déclaré infructueux pour les motifs que les deux seules offres présentées en temps utile, l'une par la société "OBB construction", l'autre par la société "Etablissements Lafranque", auraient été d'un montant supérieur à l'estimation prévisionnelle du coût des travaux et que l'offre de la société "Etablissements Lafranque", dont le montant était le plus bas, n'aurait pas été conforme aux dispositions du cahier des clauses techniques particulières ; que les autorités communales ont ensuite entrepris de conclure un marché négocié dont l'objet était limité à la réalisation de la couverture des terrains de tennis et à la construction d'un bâtiment d'accueil comportant un seul niveau ; qu'elles ont écarté la proposition de la société "Etablissements Lafranque", pour le motif que celle-ci n'aurait pas présenté des garanties financières suffisantes, et retenu l'offre de la société "OBB construction", dont le montant était plus élevé ; / **Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que les importantes modifications apportées au projet après que l'appel d'offres eut été déclaré infructueux, ont été décidées dans le seul but de justifier l'attribution d'un marché à la société "OBB construction"**, dont l'offre initiale était d'un montant sensiblement supérieur à celle de la société "Etablissement Lafranque" s'agissant du déplacement du terrain de football et de l'édification du bâtiment d'accueil ; que, d'ailleurs, en exécution d'une délibération prise par le conseil municipal le 7 mars 1991, le marché passé avec la société "OBB construction" a fait l'objet d'un avenant ayant notamment pour objet d'ajouter un étage au bâtiment ; qu'ainsi, en autorisant le maire à conclure ce marché, le conseil municipal n'a pas respecté l'égalité entre les entreprises ayant présenté des offres ; que, dès lors, la COMMUNE DU VESINET n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Versailles a annulé la délibération du 25 octobre 1990 ».

Article R2124-4

L'entité adjudicatrice peut passer librement ses marchés selon la procédure avec négociation.

Section 3 - Dialogue compétitif

Article L2124-4

Le dialogue compétitif est la procédure par laquelle l'acheteur **dialogue** avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou développer les **solutions de nature à répondre à ses besoins** et sur **la base** desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre.

DAJ, « Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics », octobre 2014, p. 67

« En fonction de son expérience et des technologies qu'il maîtrise, chaque candidat va pouvoir proposer la solution qui lui paraît le mieux répondre aux besoins décrits dans le programme fonctionnel. Les offres reçues ne sont pas, à ce stade, des offres à prendre ou à laisser telles quelles. Elles vont pouvoir être améliorées et complétées, grâce au dialogue que l'acheteur mènera avec chaque candidat. Un candidat peut avoir besoin d'informations complémentaires sur le site (par exemple les caractéristiques de l'installation électrique). Le pouvoir adjudicateur peut demander à chaque candidat des explications sur le contenu de sa proposition et des modifications, permettant de mieux tirer profit des potentialités de cette proposition ».

Solutions de nature à répondre à ses besoins

CAA Bordeaux, 18 déc. 2018, n° 16BX00178, Synd. interdépartemental mixte pour l'équipement rural

« Ainsi que l'ont retenu les premiers juges, il résulte de ces dispositions que l'objet du dialogue compétitif ne consiste pas à identifier les besoins mais les moyens propres à les satisfaire, ce qui implique que les besoins aient été au préalable précisément définis. Pour qu'il soit admis que le pouvoir adjudicateur a précisé ses besoins, ces derniers, définis par des spécifications techniques, formulées par référence à des normes, des performances, des exigences fonctionnelles ou des écolabels, doivent prendre en compte les caractéristiques de l'ouvrage ou du service ou les éléments susceptibles d'exercer une influence déterminante sur leur conception ».

CE, 4 avril 2005, n°265784, Commune de Castellar

« Considérant qu'aux termes de l'article 36 du code des marchés publics dans sa rédaction alors applicable : 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 ; qu'aux termes de l'article 68 du même code : 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 ; qu'enfin aux termes de l'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 ; **qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que si les prescriptions du programme fonctionnel détaillé peuvent être modifiées après la remise des offres, ces modifications ne peuvent porter sur la nature et l'étendue des besoins de la personne publique, lesquelles peuvent seulement faire l'objet des précisions nécessaires pour répondre aux éléments d'information complémentaires apparus au cours de la procédure et à la condition que ces précisions soient portées en temps utile à la connaissance de tous les candidats ayant fait une offre pour leur permettre de l'adapter »**

Sur la base

CE, 3 juin 2009, n°319103, GIP-Carte du professionnel de santé

« Considérant en quatrième lieu qu'il résulte de l'instruction que le groupement d'intérêt public avait fait connaître dans l'avis, d'une part **son intention de ne pas recourir à une procédure se déroulant en phases successives** afin de réduire progressivement le nombre des solutions à discuter ou des offres à négocier, d'autre part son engagement de verser à chaque candidat ayant participé à l'ensemble des phases du dialogue une prime de 10 000 € ; que contrairement à ce que soutient le groupement Axalto-imprimerie nationale, ces mentions n'apparaissent pas contradictoires, dès lors qu'il n'apparaît pas que le groupement d'intérêt public ait eu l'intention d'éliminer des candidats en cours de dialogue ni qu'il en ait effectivement écarté ; que le versement de la prime était destiné à récompenser les sociétés ayant fait le choix de poursuivre jusqu'à leur terme les négociations ; qu'il résulte de ce qui précède que le moyen doit être écarté »

TA Strasbourg, ord., 16 mai 2013, Sté Aastra c/ Cté urbaine de Strasbourg, Contrats Marchés publ. 2013, n°214, note W. Zimmer

Si l'acheteur ouvre le dialogue au cours duquel tous les aspects du marché public peuvent être discutés, il n'est pour autant pas obligé de discuter sur tous les aspects des offres.

CE, 24 juin 2011, n°347720, Sté Autostrade

« Considérant, en cinquième lieu, qu'au cours de la procédure, au stade de l'envoi du dossier définitif des offres finales, le ministre a demandé à tous les candidats de proposer un nouveau « démonstrateur » destiné à simuler les aspects du dispositif relatifs à la collecte de la taxe ; que les caractéristiques de ce nouveau démonstrateur, distinct de celui initialement exigé des candidats, ont été indiquées aux candidats à l'annexe 3 du règlement de la consultation complémentaire n° 4 ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que cette demande, adressée de manière identique à tous les candidats, était dépourvue d'utilité et conduisait à abaisser le niveau des exigences techniques attendues de ces derniers en la matière ; **que, par suite, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que le ministre, en exigeant un second démonstrateur après modification du règlement de la consultation, a porté atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats et favorisé les candidats moins performants techniquement tels que, selon elles, la société Autostrade per l'Italia SPA ».**

Article R2124-5

Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure du dialogue compétitif dans les cas mentionnés à l'article R. 2124-3.

CE, 18 décembre 2017, n°413527, Société Léosphère

« Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que Météo-France a recouru à la procédure du dialogue compétitif en estimant ne pas être objectivement en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ; que l'établissement public avait, toutefois, identifié le Lidar Doppler comme étant la technologie la plus appropriée à ses besoins avant même le lancement de la procédure de passation ; qu'il n'est pas établi que, pour équiper l'aéroport de Nice de cette technologie, il serait nécessaire d'obtenir des sociétés présentes sur le marché le développement spécifique de techniques innovantes ; que, par suite, le juge des référés n'a pas entaché son ordonnance d'erreur de qualification juridique en jugeant que le projet en litige n'était pas d'une complexité technique telle que Météo-France pouvait légalement recourir à la procédure du dialogue compétitif, eu égard aux conditions alors posées par les dispositions de l'article 36 du code des marchés publics ».

CE, 11 mars 2013, n°364551, ACFCI

« Le juge du référé précontractuel, saisi d'un moyen en ce sens, contrôle la légalité du recours, par le pouvoir adjudicateur, à la procédure de dialogue compétitif en application de l'article 36 du code des marchés publics. 2) Le juge de cassation contrôle la qualification juridique opérée par le juge du référé précontractuel sur ce point ».

Article R2124-6

L'entité adjudicatrice peut passer librement ses marchés selon la procédure du dialogue compétitif.

Chapitre V - Techniques d'achat

Article L2125-1

L'acheteur peut, dans le respect des règles applicables aux procédures définies au présent titre, recourir à des techniques d'achat pour procéder à la présélection d'opérateurs économiques susceptibles de répondre à son besoin ou permettre la présentation des offres ou leur sélection, selon des modalités particulières.

Les techniques d'achat sont les suivantes :

1° L'accord-cadre, qui permet de présélectionner un ou plusieurs opérateurs économiques en vue de conclure un contrat établissant tout ou partie des règles relatives aux commandes à passer au cours d'une période donnée. La durée des accords-cadres ne peut dépasser quatre ans pour les pouvoirs adjudicateurs et huit ans pour les entités adjudicatrices, **sauf dans des cas exceptionnels dûment**

justifiés, notamment par leur l'objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure ;

2° Le concours, grâce auquel l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet ;

3° Le système de qualification, réservé aux entités adjudicatrices, destiné à présélectionner tout au long de sa durée de validité des candidats aptes à réaliser des prestations déterminées ;

4° Le système d'acquisition dynamique, qui permet de présélectionner un ou plusieurs opérateurs économiques, pour des achats d'usage courant, selon un processus ouvert et entièrement électronique ;

5° Le catalogue électronique, qui permet la présentation d'offres ou d'un de leurs éléments de manière électronique et sous forme structurée ;

6° Les enchères électroniques, qui ont pour but de sélectionner par voie électronique, pour un marché de fournitures d'un montant égal ou supérieur aux seuils de la procédure formalisée, des offres en permettant aux candidats de réviser leurs prix à la baisse ou de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leurs offres.

Sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur l'objet

CE, 5 février 2016, n° 383149, Syndicat mixte des transports en commun Hérault Transport

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le contrat litigieux a été passé pour une durée de six ans afin, comme le soutenait le pouvoir adjudicateur, " de tenir compte des investissements nécessaires, conséquences des exigences qualitatives en matière de sécurité, d'accessibilité et de normes environnementales, figurant dans le dossier de consultation des entreprises " ; qu'en jugeant, après avoir notamment relevé dans sa décision, d'une part, que la durée d'amortissement des véhicules utilisés, retenue par l'administration fiscale, était de quatre ou cinq ans et, d'autre part, que l'attributaire pouvait utiliser des véhicules d'une ancienneté maximale de dix ans, que les exigences qualitatives prévues par les documents de la consultation **ne plaçaient pas le syndicat mixte dans un cas exceptionnel justifiant qu'il fût dérogé à la durée de quatre ans prévue par les dispositions citées ci-dessus du code des marchés publics**, la cour n'a pas donné aux faits ainsi énoncés une qualification juridique erronée ; qu'elle n'a, en tout état de cause, pas non plus commis d'erreur de droit en tenant compte des possibilités de réutilisation ou de revente des véhicules nécessaires à l'exécution du contrat litigieux pour apprécier les modalités de leur amortissement ».

CE, 10 mai 2006, n°288435, Société Schiocchet

« Considérant que si les dispositions de l'alinéa 3 de l'article 71 du code des marchés publics autorisent la personne publique à passer des marchés à bons de commande pour une durée qui excède quatre ans **si elle justifie se trouver dans un cas exceptionnel, eu égard notamment à l'objet du marché, ces dispositions ne prévoient pas, en revanche, que la personne publique doive présenter une telle justification dans les documents de la consultation remis aux candidats** ».

Titre III - ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE DE PASSATION

Chapitre Ier - Publicité préalable

Article L2131-1

Afin de susciter la plus large concurrence, les acheteurs procèdent à une publicité préalable à l'attribution du marché dans les **conditions et sous réserve d'exceptions définies par décret en Conseil d'Etat, en fonction de l'objet du marché, de la valeur estimée hors taxe du besoin ou de l'acheteur concerné.**

Ces conditions et exceptions sont définies en fonction de l'objet du marché public, de la valeur estimée hors taxe du besoin ou de l'acheteur concerné.

Tableau DAJ Marchés publics de l'État et de ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial

Tableau DAJ Marchés publics des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements

Tableau DAJ Marchés publics des autres acheteurs

Section 1 - Supports de publication

Sous-section 1 - Avis de préinformation et avis périodique indicatif manifestant l'intention des acheteurs de passer un marché

Article R2131-1

L'acheteur peut faire connaître son intention de passer un marché par la publication, pour le pouvoir adjudicateur, d'un avis de préinformation, ou, pour l'entité adjudicatrice, d'un avis périodique indicatif.

Ces avis sont établis conformément aux modèles fixés par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.

DAJ, fiche technique, Les marchés publics à procédure adaptée et autres marchés publics de faible montant (01/04/2019)

« Si les articles R. 2123-1, R. 2123-4, R. 2123-5, R. 2123-6 du et l'article R. 2323-4 du code de la commande publique ne le précisent plus, il demeure entendu que l'acheteur peut décider, au-delà des seuils applicables aux marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables évoqués au point 1.1.1. et inférieurs aux seuils de procédure formalisée, que le marché public sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalable ».

Article R2131-2

Les avis mentionnés à l'article R. 2131-1 peuvent être :

- 1° Soit adressés pour publication à l'Office des publications de l'Union européenne ;
- 2° Soit publiés par l'acheteur sur son profil d'acheteur mentionné à l'article R. 2132-3. Dans ce cas, l'acheteur envoie à l'Office des publications de l'Union européenne un avis annonçant cette publication. L'avis n'est pas publié sur le profil d'acheteur avant l'envoi à l'Office des publications de l'Union européenne. La date de cet envoi est mentionnée dans l'avis publié sur le profil d'acheteur.

Article R2131-3

Lorsqu'une entité adjudicatrice publie un avis périodique indicatif, elle communique aux

candidats qui le demandent les spécifications techniques qu'elle fait habituellement figurer ou qu'elle entend faire figurer dans les marchés ayant le même objet que celui mentionné dans l'avis.

Ces spécifications techniques sont mises à disposition sur un profil d'acheteur dans les conditions fixées aux articles R. 2131-2, R. 2131-4, R. 2131-5 et R. 2131-6. Toutefois, elles sont transmises par d'autres moyens dans les cas suivants :

- 1° Lorsqu'il n'est pas possible d'offrir un accès gratuit, sans restriction, complet et direct par voie électronique à certains documents de la consultation pour une des raisons mentionnées aux R. 2132-12 et R. 2131-14 ;
- 2° Lorsque l'entité adjudicatrice entend imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'elle met à disposition tout au long de la procédure de passation.

Sous-section 2 - Avis de préinformation et avis périodique indicatif constituant un appel à la concurrence

Paragraphe 1 - Dispositions applicables aux marchés autres que ceux relatifs aux services sociaux et autres services spécifiques

Article R2131-4

Les acheteurs, à l'exception des autorités publiques centrales dont la liste figure dans un avis annexé au présent code, peuvent utiliser un avis mentionné à l'article R. 2131-1 pour lancer un appel à la concurrence dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres restreint ou d'une procédure avec négociation.

Dans ce cas, cet avis doit remplir les conditions suivantes :

- 1° Faire référence spécifiquement aux travaux, aux fournitures ou aux services qui feront l'objet du marché à passer ;
- 2° Mentionner que ce marché sera passé selon une procédure d'appel d'offres restreint ou une procédure avec négociation sans publication ultérieure d'un avis d'appel à la concurrence et inviter les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt ;
- 3° Avoir été envoyé pour publication entre trente-cinq jours et douze mois avant la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Article R2131-5

Les avis mentionnés à l'article R. 2131-4 ne sont pas publiés sur le profil d'acheteur. Toutefois, une publication supplémentaire peut être réalisée sur le profil d'acheteur, dans les conditions prévues aux articles R. 2131-19 et R. 2131-20.

Article R2131-6

La durée maximale de validité des avis mentionnés à l'article R. 2131-4 qui constituent un appel à la concurrence est de douze mois à compter de la date de transmission de l'avis pour publication.

Paragraphe 2 - Dispositions applicables aux marchés de services sociaux et autres services spécifiques

Article R2131-7

L'acheteur peut utiliser, pour lancer un appel à la concurrence, un avis mentionné à l'article R. 2131-1 pour les marchés de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au 3° de l'article R. 2123-1 lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure au seuil européen applicable à ces marchés qui figure dans un avis annexé au présent code.

Dans ce cas, l'avis mentionné à l'article R. 2131-1 doit remplir les conditions suivantes :

- 1° Faire référence spécifiquement aux types de services qui feront l'objet des marchés à passer ;

2° Indiquer que les marchés seront passés sans publication ultérieure et inviter les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt par écrit.

Article R2131-8

L'avis mentionné à l'article R. 2131-7 est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions prévues aux articles R. 2131-19 et R. 2131-20.

L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis publié à titre principal sur le support de son choix à condition qu'elle en indique les références.

Article R2131-9

L'avis mentionné à l'article R. 2131-7 peut avoir une durée de validité supérieure à douze mois.

Paragraphe 3 - Dispositions communes relatives à l'invitation à confirmer l'intérêt

Article R2131-10

Lorsqu'un appel à la concurrence a été lancé sous la forme d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif, l'acheteur adresse une invitation simultanément et par écrit à tous les opérateurs économiques qui ont manifesté leur intérêt, en leur demandant de confirmer leur intérêt à participer à la procédure de passation.

Article R2131-11

L'invitation mentionnée à l'article R. 2131-10 comprend au minimum les renseignements suivants :

1° La nature et la quantité des prestations demandées. Dans le cas de marchés renouvelables, elle indique la nature, la quantité et, si possible, une estimation du délai dans lequel l'acheteur procédera à la publication des avis d'appel à la concurrence ultérieurs pour le renouvellement des marchés ;

2° La procédure utilisée ;

3° Le cas échéant, la date de commencement ou d'achèvement de l'exécution du marché ;

4° L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont mis à disposition des candidats. Lorsque les documents de la consultation ne sont pas mis à disposition sur un profil d'acheteur, pour l'un des motifs énoncés aux articles R. 2132-12 et R. 2132-13, ni par d'autres moyens, ils sont joints à l'invitation.

Dans les cas où l'accès électronique ne peut être proposé, l'invitation indique l'adresse et la date limite pour le dépôt des demandes visant à obtenir les documents de la consultation ainsi que la ou les langues autorisées pour leur présentation ;

5° L'identification et l'adresse du service qui passe le marché ;

6° Les informations relatives aux capacités professionnelles, techniques, économiques et financières ;

7° La forme du marché ;

8° Les critères d'attribution ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis.

Sous-section 3 - Avis de marché

Paragraphe 1 - Avis de marché pour certains marchés passés selon une procédure adaptée

Article R2131-12

Les marchés passés selon une procédure adaptée par l'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs

établissements publics et leurs groupements, font l'objet d'une publicité dans les conditions suivantes :

1° Lorsque la valeur estimée du besoin est inférieure à 90 000 euros hors taxes, les modalités de publicité sont librement adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment de son montant et de la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause ;

2° Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure à 90 000 euros hors taxes et inférieure aux seuils de procédure formalisée, un avis de marché établi conformément au modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code est publié soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

L'acheteur apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant des travaux, des fournitures ou des services en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné ou au Journal officiel de l'Union européenne est en outre nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché.

Article R2131-13

Pour leurs marchés passés selon une procédure adaptée, les acheteurs autres que ceux mentionnés à l'article R. 2131-12 choisissent librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.

Paragraphe 2 - Modalités de publicité pour les marchés de services sociaux et autres services spécifiques

Article R2131-14

Les marchés de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au 3° de l'article R. 2123-1, dont la valeur estimée du besoin est inférieure au seuil européen applicable à ces marchés qui figure dans un avis annexé au présent code, font l'objet d'une publicité adaptée en fonction des caractéristiques du marché, notamment de son montant et de la nature des services en cause.

Article R2131-15

Lorsque l'acheteur n'a pas publié un avis mentionné à l'article R. 2131-7, les marchés de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au 3° de l'article R. 2123-1, dont la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure au seuil européen applicable à ces marchés qui figure dans un avis annexé au présent code, font l'objet d'un avis de marché, ou le cas échéant d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.

Cet avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions prévues aux articles R. 2131-19 et R. 2131-20.

Paragraphe 3 - Avis de marché pour les marchés passés selon une procédure formalisée

Article R2131-16

Pour les marchés passés selon une des procédures formalisées énumérées aux articles R. 2124-2 à R. 2124-6 :

1° L'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements publient un avis de marché dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel

de l'Union européenne ;
2° Les autres acheteurs publient un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne.

Article R2131-17

L'avis de marché est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.

Paragraphe 4 - Publicité supplémentaire

Article R2131-18

L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal sur le support de son choix à condition qu'elle en indique les références.

Section 2 - Publication

Article R2131-19

Les avis destinés à être publiés au Journal officiel de l'Union européenne sont transmis par voie électronique à l'Office des publications de l'Union européenne. L'acheteur conserve la preuve de la date d'envoi de ces avis.

Article R2131-20

Les publications au niveau national ne peuvent être effectuées avant la publication au Journal officiel de l'Union européenne. Elles peuvent néanmoins avoir lieu, en tout état de cause, lorsque l'acheteur n'a pas été avisé de la publication au Journal officiel de l'Union européenne dans les quarante-huit heures suivant la confirmation de la réception de l'avis par l'Office des publications de l'Union européenne. Ces publications ne peuvent fournir plus de renseignements que ceux envoyés à l'Office des publications de l'Union européenne. Elles mentionnent la date de cet envoi.

Chapitre II - Communication et échanges d'informations

Section 1 - Confidentialité

Article L2132-1

L'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que **celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation du montant total ou du prix détaillé des offres.**

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

L'acheteur peut imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'il communique dans le cadre de la procédure de passation d'un marché.

CJUE 20 mars 2018, aff. C-187/16, Commission c/ Autriche

« 94. À cet égard, la République d'Autriche n'a pas démontré que l'objectif consistant à empêcher la divulgation d'informations sensibles relatives à la production des documents officiels en cause

n'aurait pas pu être atteint dans le cadre d'une mise en concurrence, telle que prévue respectivement à l'article 8 de la directive 92/50, lu en combinaison avec les articles 11 à 37 de cette directive, et à l'article 20 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec les articles 23 à 55 de cette directive ».

Sous-section 1 - Mise à disposition des documents de la consultation

Article R2132-1

Les documents de la consultation sont l'ensemble des documents fournis par l'acheteur ou auxquels il se réfère afin de définir son besoin et de décrire les modalités de la procédure de passation, y compris l'avis d'appel à la concurrence. Les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et l'étendue du besoin et de décider de demander ou non à participer à la procédure.

Les documents de la consultation

CAA Douai, 14 février 2013, n° 12DA01123, Entreprise Georges LANFRY

« Considérant que l'ENTREPRISE GEORGES LANFRY soutient que le dossier de consultation est entaché de contradictions et se prévaut à ce titre d'un plan d'exécution des échafaudages du 16 février 2009, présenté en mars 2009 par l'attributaire du lot n° 1, que le département de la Seine-Maritime aurait validé et qui portait la hauteur des échafaudages verticaux à douze mètres au lieu de cinq mètres ; qu'il résulte cependant de l'instruction que ce plan a été élaboré dans le cadre du premier appel d'offres, remporté par la requérante mais dont le marché a été résilié ultérieurement ; que si ce plan de février 2009 indiquait " plan valable pour exécution ", il est constant qu'il a été validé avant le lancement du second appel d'offres et qu'il ne faisait pas partie des documents de la consultation organisée pour la réattribution du lot n° 2 " charpentes " ; que ces documents s'avéraient d'ailleurs incompatibles techniquement avec le plan initial ; que, par suite, l'entreprise appelante, qui ne pouvait ignorer les contraintes de taille et d'ouverture posées par le CCTP du lot n° 1, ne saurait invoquer l'existence de ce plan préparatoire et non définitif de février 2009, non joint au règlement de la consultation et probablement inconnu des autres candidats au marché, pour soutenir l'existence d'une contradiction entre ce plan et les documents de la consultation ».

Article R2132-2

Les documents de la consultation sont gratuitement mis à disposition des opérateurs économiques. Pour les marchés qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 40 000 euros hors taxes et dont la procédure donne lieu à la publication d'un avis d'appel à la concurrence, cette mise à disposition s'effectue sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.

Lorsque les spécifications techniques sont fondées sur des documents gratuitement disponibles par des moyens électroniques, l'indication de la référence de ces documents est considérée comme suffisante.

L'avis d'appel à la concurrence, ou le cas échéant l'invitation à confirmer l'intérêt, mentionne l'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont accessibles.

Article R2132-3

Le profil d'acheteur est la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires. Un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code détermine les fonctionnalités et les

exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur.

Article R2132-4

Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif, l'accès aux documents de la consultation sur le profil d'acheteur est offert à compter de l'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, l'accès aux documents de la consultation sur le profil d'acheteur est offert dès que possible et au plus tard à la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Article R2132-5

Lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur le profil d'acheteur pour une des raisons mentionnées aux articles R. 2132-12 et R. 2132-13, l'acheteur indique, dans l'avis d'appel à la concurrence ou l'invitation à confirmer l'intérêt, les moyens par lesquels ces documents peuvent être obtenus.

Lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur le profil d'acheteur parce que l'acheteur impose aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité de certaines informations, celui-ci indique, dans l'avis d'appel à la concurrence, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, dans les documents de la consultation, les mesures qu'il impose en vue de protéger la confidentialité des informations ainsi que les modalités d'accès aux documents concernés.

Lorsque certains documents de la consultation sont trop volumineux pour être téléchargés depuis le profil d'acheteur, l'acheteur indique dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt les moyens électroniques par lesquels ces documents peuvent être obtenus gratuitement.

Article R2132-6

En cas de procédure formalisée, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sont envoyés aux opérateurs économiques six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour autant qu'ils en aient fait la demande en temps utile.

Lorsque le délai de réception des offres est réduit pour cause d'urgence en application des dispositions du titre VI, ce délai est de quatre jours.

Sous-section 2 - Support des communications et échanges d'informations

Article R2132-7

Sous réserve des dispositions des articles R. 2132-11 à R. 2132-13, les communications et les échanges d'informations lors de la passation d'un marché en application du présent livre ont lieu par voie électronique.

Un moyen de communication électronique est un équipement électronique de traitement, y compris la compression numérique, et de stockage de données diffusées, acheminées et reçues par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.

Article R2132-8

Les moyens de communication électronique ainsi que leurs caractéristiques techniques ne sont pas discriminatoires et ne restreignent pas l'accès des opérateurs économiques à la procédure de passation. Ils sont communément disponibles et compatibles avec les technologies de l'information et de la communication généralement utilisées.

Ils répondent à des exigences minimales figurant dans un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe au présent code.

Article R2132-9

L'acheteur assure la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible selon des modalités figurant dans un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe au présent code. Les frais d'accès au réseau restent à la charge de l'opérateur économique.

Les communications, les échanges et le stockage d'informations sont effectués de manière à assurer l'intégrité des données et la confidentialité des candidatures, des offres et des demandes de participation et à garantir que l'acheteur ne prend connaissance de leur contenu qu'à l'expiration du délai prévu pour leur présentation.

Article R2132-10

L'acheteur peut, si nécessaire, exiger l'utilisation d'outils et de dispositifs qui ne sont pas communément disponibles, tels que des outils de modélisation électronique des données du bâtiment ou des outils similaires.

Dans ce cas, il offre un ou plusieurs des moyens d'accès mentionnés à l'article R. 2132-14, jusqu'à ce que ces outils et dispositifs soient devenus communément disponibles aux opérateurs économiques.

Article R2132-11

Les candidats et soumissionnaires qui transmettent leurs documents par voie électronique peuvent adresser à l'acheteur, sur support papier ou sur support physique électronique, une copie de sauvegarde de ces documents établie selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie, annexé au présent code.

Article R2132-12

L'acheteur n'est pas tenu d'utiliser des moyens de communication électronique dans les cas suivants :

- 1° Pour les marchés mentionnés aux articles R. 2122-1 à R. 2122-11 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée ;
- 2° Pour les marchés de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au 3° de l'article R. 2123-1 et à l'article R. 2123-2 ;
- 3° Lorsque, en raison de la nature particulière du marché, l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait des outils, des dispositifs ou des formats de fichiers particuliers qui ne sont pas communément disponibles ou pris en charge par des applications communément disponibles ;
- 4° Lorsque les applications prenant en charge les formats de fichier adaptés à la description des offres utilisent des formats de fichiers qui ne peuvent être traités par aucune autre application ouverte ou communément disponibles ou sont soumises à un régime de droit de propriété intellectuelle et ne peuvent être mises à disposition par téléchargement ou à distance par l'acheteur ;
- 5° Lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait un équipement de bureau spécialisé dont les acheteurs ne disposent pas communément ;
- 6° Lorsque les documents de la consultation exigent la présentation de maquettes, de modèles réduits, de prototypes ou d'échantillons qui ne peuvent être transmis par voie électronique ;
- 7° Lorsque l'utilisation d'autres moyens de communication est nécessaire en raison soit d'une violation de la sécurité des moyens de communication électroniques, soit du caractère particulièrement sensible des informations qui exigent un degré de protection extrêmement élevé ne pouvant pas être assuré convenablement par l'utilisation de moyens de communication électroniques dont disposent communément les opérateurs économiques ou qui peuvent être mis à leur disposition par un des moyens d'accès

mentionnés à l'article R. 2132-14.

Article R2132-13

Lorsque l'acheteur n'utilise pas de moyens de communication électroniques en application de l'article R. 2132-12, il l'indique dans l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation.

Les raisons pour lesquelles d'autres moyens de communication sont utilisés, sont indiquées dans le rapport de présentation mentionné aux articles R. 2184-1 à R. 2184-6 pour les pouvoirs adjudicateurs et dans les documents conservés en application des articles R. 2184-7 à R. 2184-10 pour les entités adjudicatrices.

Pour chaque étape de la procédure, les candidats et soumissionnaires appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils transmettent à l'acheteur.

Article R2132-14

L'acheteur est réputé offrir d'autres moyens d'accès appropriés dans tous les cas suivants :

1° Lorsqu'il offre gratuitement un accès sans restriction, complet et direct par moyen électronique aux outils et dispositifs mentionnés au premier alinéa de l'article R. 2132-10 à partir de la date de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, à compter du lancement de la consultation. Le texte de l'avis ou de l'invitation à confirmer l'intérêt précise l'adresse internet à laquelle ces outils et dispositifs sont accessibles ;

2° Lorsqu'il veille à ce que les opérateurs économiques n'ayant pas accès à ces outils et dispositifs ni la possibilité de se les procurer dans les délais requis, à condition que l'absence d'accès ne soit pas imputable à l'opérateur économique concerné, puissent accéder à la procédure de passation du marché en utilisant des jetons provisoires mis gratuitement à disposition en ligne ;

3° Lorsqu'il assure la disponibilité d'une autre voie de présentation électronique des offres.

Section 2 - Dématérialisation des communications et échanges d'informations

Article L2132-2

Les communications et les échanges d'informations effectués dans le cadre de la procédure de passation d'un marché sont réalisés par voie électronique, selon des modalités et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

Titre IV - PHASE DE CANDIDATURE

Chapitre Ier - Motifs d'exclusions de la procédure de passation

Section 1 - Exclusions de plein droit

(Interdiction de soumissionner obligatoire)

Article L2141-1

Sont exclues de la procédure de passation des marchés les **personnes** qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 225-4-1, 225-4-7, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

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

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

Personnes

Article 131-39 5° du Code pénal

« Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes : L'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ».

Recel

Article 321-1 du Code pénal

« Le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit ».

Peine d'exclusion des marchés publics

Article 131-34 du Code pénal

« La peine d'exclusion des marchés publics emporte l'interdiction de participer, directement ou indirectement, à tout marché conclu par l'Etat et ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, ainsi que par les entreprises concédées ou contrôlées par l'Etat ou par les collectivités territoriales ou leurs groupements ».

Exclusion de la procédure de passation des marchés

Article 57 de la directive du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics

« 4. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les Etats membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants : / (...) / c) le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ; / (...) 6. Tout

opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux paragraphes 1 et 4 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure de passation de marché. (...) 7. Par disposition législative, réglementaire ou administrative et dans le respect du droit de l'Union, les Etats membres arrêtent les conditions d'application du présent article ».

CE, 31 octobre 2017, n° 410496, Métropole Aix-Marseille-Provence

« Considérant que ni l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, qui définit les interdictions de soumissionner obligatoires et générales, ni l'article 48 de cette ordonnance, qui énumère les interdictions de soumissionner facultatives, ni aucun autre texte ne prévoient que la **condamnation pour banqueroute** constitue un motif d'exclusion de la procédure de passation des marchés publics ».

Article L2141-2

Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui n'ont pas souscrit les **déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale** ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles. La liste de ces impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales est fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code. Cette exclusion n'est pas applicable aux personnes qui, avant la **date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature**, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, acquitté lesdits impôts, taxes, contributions et cotisations ou constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement, ou, à défaut, ont conclu et respectent un accord contraignant avec les organismes chargés du recouvrement en vue de payer les impôts, taxes, contributions ou cotisations, ainsi que les éventuels intérêts échus, pénalités ou amendes.

Déclarations incombant en matière fiscale ou sociale

Arrêté du 29 mars 2017 modifiant l'arrêté du 25 mai 2016 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution de marchés publics et de contrats de concession

Arrêté du 25 mai 2016 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution de marchés publics et de contrats de concession

Date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité des candidatures

Fiche technique DAJ, « l'examen des candidatures »

« Cette **phase d'examen des candidatures se déroule, en principe, avant la phase d'examen des offres.**

Par exception à cette règle, l'article 68 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics permet à l'acheteur, **en appel d'offres ouvert et pour les seuls marchés publics qui ne sont pas des marchés publics de défense ou de sécurité, d'examiner les offres avant les candidatures.** Lorsqu'il recourt à cette faculté, l'acheteur doit procéder à l'examen des candidatures de façon impartiale et transparente, de la même manière qu'il l'aurait fait en amont de la procédure et sans que son appréciation soit impactée par l'analyse des offres préalablement menée.

Les dispositions de l'ordonnance n° 2015-899, du décret n° 2016-360 et du décret n° 2016-361 font obligation à l'acheteur de contrôler :

- que les candidatures ont été reçues dans les délais prescrits ;
- que les candidats satisfont aux conditions de participation indiquées dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation
- et que les candidats ne font pas l'objet d'une interdiction de soumissionner ».

Article L2141-3

1° Soumises à la **procédure de liquidation judiciaire** prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce ou faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger ;
 2° Qui font l'objet, à la date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature, d'une mesure de **faillite personnelle** ou d'une **interdiction de gérer** en application des articles L. 653-1 à L. 653-8 du code de commerce, ou d'une mesure équivalente prévue par un droit étranger ;
 3° Admises à la procédure de **redressement judiciaire** instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger, et qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché.

Procédure de liquidation judiciaire**Article L.640-1 du Code de commerce**

« Il est institué une procédure de liquidation judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné à l'article L. 640-2 en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible. La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens ».

Mesure de faillite personnelle**Article L653-2 Code de commerce**

« La faillite personnelle emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale ».

Interdiction de gérer**Article L653-8 du Code de commerce**

« Dans les cas prévus aux articles L. 653-3 à L. 653-6 du Code de commerce, le tribunal peut prononcer, à la place de la faillite personnelle, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci ».

Procédure de redressement judiciaire**CE, 25 janvier 2019, n°421844, Solutech**

« Il résulte du I de l'article 46, du IV de l'article 51 et du II de l'article 55 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 que, sauf lorsque l'acheteur décide de limiter le nombre des candidats admis à négocier, les preuves de ce qu'un candidat ne se trouve pas dans un des cas d'interdiction de soumissionner énumérés à l'article 45 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, qui ne peuvent être exigées au stade du dépôt des dossiers de candidature, doivent seulement être apportées par le candidat auquel le pouvoir adjudicateur envisage d'attribuer le marché public.,2) Société ayant fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire puis, à l'issue d'une période d'observation, d'un plan de redressement sur une durée de neuf ans, arrêté par un jugement du tribunal de commerce, durée ultérieurement portée à dix ans par d'autres jugements. **S'il résulte de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et des articles 51 et 55 du décret du 25 mars 2016 qu'il lui incombait, pour que le marché puisse lui être attribué, de produire une copie de ces jugements, le pouvoir adjudicateur ne pouvait exiger la production des ces justifications en même temps que le dépôt de sa candidature. Dès lors, par ailleurs, que le pouvoir adjudicateur n'avait pas décidé de limiter le nombre des candidats admis à négocier, il n'a entaché la procédure d'aucune irrégularité en n'écartant pas la candidature de la société au motif que son dossier de candidature aurait été incomplet et en se bornant à exiger que la société produise les jugements en cause après que son offre eut été retenue ».**

Article L631-1 du Code de commerce

« Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements. La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30 ».

CE, 26 mars 2014, n° 374387, Commune de Chaumont

« Lorsqu'il est soutenu devant lui que le placement en redressement judiciaire de l'entreprise candidate à l'attribution d'un marché public, y compris lorsque ce placement est intervenu après le dépôt de son offre, affecte la recevabilité de sa candidature, il appartient au juge du référé précontractuel d'apprécier si cette candidature est recevable et d'annuler, le cas échéant, la procédure au terme de laquelle l'offre de l'entreprise aurait été retenue par le pouvoir adjudicateur ».

Article L2141-4

Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui :

1° Ont été sanctionnées pour méconnaissance des obligations prévues aux articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2 du code du travail ou qui ont été condamnées au titre de l'article L. 1146-1 du même code ou de l'article 225-1 du code pénal ;
 2° Au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la procédure de passation du marché, n'ont pas mis en œuvre l'obligation de négociation prévue au 2° de l'article L. 2242-1 du code du travail ;
 3° Ont été condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du code pénal ou sont des personnes physiques condamnées à une peine d'exclusion des marchés.

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

Cette exclusion n'est pas applicable à la personne qui établit qu'elle n'a pas fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire en application de l'article 775-1 du code de procédure pénale, qu'elle a régularisé sa situation, qu'elle a réglé l'ensemble des amendes et indemnités dues, qu'elle a collaboré activement avec les autorités chargées de l'enquête, qu'elle a, le cas échéant, réalisé ou engagé la régularisation de sa situation au regard de l'obligation de négociation du 2° de l'article L. 2242-1 du code du travail et enfin, qu'elle a pris des mesures concrètes de nature à prévenir la commission d'une nouvelle infraction pénale ou d'une nouvelle faute.

Cette exclusion n'est pas non plus applicable en cas d'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du code pénal ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 du code pénal ou des articles 702-1 ou 703 du code de procédure pénale.

Article L2141-5

Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative prise en application de l'article L. 8272-4 du code du travail.

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

pénale ou d'une nouvelle faute.

Mesure d'exclusion des contrats administratifs

Article L8272-4 du Code du travail

« Lorsque l'autorité administrative a connaissance d'une infraction prévue aux 1° à 4° de l'article L. 8211-1, elle peut, si la proportion de salariés concernés le justifie, eu égard à la répétition ou à la gravité des faits constatés, ordonner, par décision motivée prise à l'encontre de la personne ayant commis l'infraction, l'exclusion des contrats administratifs mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5 du code de justice administrative, pour une durée ne pouvant excéder six mois. Elle en avise sans délai le procureur de la République. La mesure d'exclusion est levée de plein droit en cas de classement sans suite de l'affaire, d'ordonnance de non-lieu et de décision de relaxe ou si la juridiction pénale ne prononce pas la peine complémentaire d'exclusion des marchés publics mentionnée au 5° de l'article 131-39 du code pénal. Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat ».

Article R8272-10 du Code du travail

« Le préfet tient compte, pour déterminer la durée de l'exclusion des contrats administratifs de la personne ayant commis l'infraction conformément à l'article L. 8272-4 du Code du travail, de la nature, du nombre, de la durée de la ou des infractions relevées, du nombre de salariés concernés ainsi que de la situation économique, sociale et financière de cette personne ».

Article R8272-11 du Code du travail

« Lorsqu'il est prononcé une décision d'exclusion temporaire à l'encontre d'une entreprise, cette décision vaut pour l'entreprise et son responsable légal qui ne peut soumissionner à d'autres contrats administratifs personnellement ou par personne interposée ou encore en créant une entreprise nouvelle dont il assure la direction en droit ou en fait ».

Article L2141-6

L'acheteur peut, à titre exceptionnel, autoriser un opérateur économique qui serait dans un cas d'exclusion prévu à la présente section à participer à la procédure de passation d'un marché, à condition que cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, que le marché en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique et qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des marchés.

Section 2 - Exclusions à l'appréciation de l'acheteur

Article L2141-7

L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une **résiliation** ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un **contrat de la commande publique antérieur**.

Résiliation

Fiche technique DAJ, « La résiliation unilatérale par l'administration des marchés publics et des contrats de concession »

« Les hypothèses dans lesquelles la personne publique peut prononcer la résiliation à titre de sanction ainsi que la procédure à suivre, sont précisées par les cahiers des clauses administratives générales. Seule une faute d'une gravité suffisante est de nature à justifier la résiliation d'un marché public aux torts du titulaire (CE, 26 février 2014, Société environnement service, n° 365546). Il existe deux types de résiliation pour faute : la résiliation simple et la résiliation aux frais et risques ».

Contrat de la commande publique antérieur

CE, 10 juin 2009, n°324153, Région de Lorraine

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que la commission d'appel d'offres de la REGION LORRAINE a écarté la candidature de la société ACE BTP en raison de l'insuffisance de ses références relatives à des prestations similaires, compte-tenu de ses prestations antérieures et de l'absence de garanties nouvelles suffisantes ; que **la commission d'appel d'offres a pris en compte, pour apprécier les prestations antérieures similaires de la société, ses manquements allégués dans le cadre de précédents marchés**, notamment son absence, non contestée, à des réunions hebdomadaires de chantier contractuellement prévues et les conditions dans lesquelles elle a accompli sa mission de sécurité sur un chantier où précisément un incendie s'est déclaré ; qu'il est par ailleurs constant que la société ACE BTP ne justifie pas avoir fourni des références autres que celles relatives à ces marchés précédemment conclus avec la REGION LORRAINE ; que, dans ces circonstances, la commission d'appel d'offres a pu, valablement écarter sa candidature à raison de l'insuffisance de ses capacités professionnelles ».

Article L2141-8

L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui :

- 1° Soit ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ;
- 2° Soit par leur **participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché**, ont eu accès à des informations susceptibles de **créer une distorsion de concurrence** par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens.

Participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché public susceptible de créer une distorsion de concurrence

CE, 24 juin 2019, n° 428866, Département des Bouches-du-Rhône

« Les 2° et 5° du I de l'article 48 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 permettent aux acheteurs d'exclure de la procédure de passation d'un marché public une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant, dans le cadre de la procédure de passation en cause ou dans le cadre d'autres procédures récentes de la commande publique, entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée à cette fin, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats ».

CE, 12 septembre 2018, n° 420454, Société Otus

« Chef de projet au sein d'une société à laquelle a été confiée une mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage en avril 2017 par une personne publique, ayant rejoint en décembre 2017, préalablement à la remise des offres, la société désignée attributaire n° 1 du marché correspondant... Si les informations confidentielles que l'intéressé aurait éventuellement pu **obtenir à l'occasion de sa mission d'assistant à maîtrise d'ouvrage** pouvaient, le cas échéant, conférer à son nouvel employeur un avantage de nature à rompre l'égalité entre les concurrents et obliger l'acheteur public à prendre les mesures propres à la rétablir, **cette circonstance était en elle-même insusceptible d'affecter l'impartialité de l'acheteur public**. Par suite, erreur de droit du juge des référés à avoir retenu un manquement à l'obligation d'impartialité de l'acheteur public du seul fait qu'il existait un risque que la société, attributaire du marché, ait pu obtenir des informations confidentielles à l'occasion de la participation de l'un de ses salariés à la mission d'assistance à la maîtrise d'ouvrage lorsque celui-ci travaillait antérieurement pour la société mandataire du syndicat ».

TA Dijon, Ordonnance, 16 décembre. 2010, n° 10-02782, Sté Synapse Construction

« La société Synapse Construction soutient que la Société Energico a réalisé l'étude de faisabilité qui a permis la définition du programme ; elle bénéficiait ainsi d'un avantage concurrentiel aux plans intellectuels et financiers, par sa connaissance préalable approfondie de l'opération et de son contexte, et alors que ladite étude n'a pas été communiquée aux autres candidats

Considérant qu'il appartient au juge des référés pré-contractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquement qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

Considérant que si la commune a estimé que la communication de l'étude réalisé par la Société Energico à un tiers, même candidat à l'appel d'offres, aurait rendu plus complexe la compréhension de son projet par celui-ci ou été de nature à dissuader pour l'avenir des entreprises ou des bureaux d'étude de réaliser de telles études qu'elles craindraient de voir divulguées, elle ne soutient pas pour autant que cette diffusion aurait compromis des secrets protégés par la loi, notamment au titre du secret des affaires, que dès lors, seule **la communication de ladite étude de faisabilité apparaît comme susceptible de rétablir une situation d'égalité de concurrence ayant lésé la société requérante** ; qu'il résulte de ce qui précède que la décision attaquée du maire de Saint Gengoux de Scisse doit être annulée ».

Question écrite n° 26797 de M. Jean Louis Masson (Moselle – NI) publiée dans le JO Sénat du 29/03/2007 - page 677

Monsieur Jean Louis Masson demande à M. le ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire de lui indiquer si un prestataire qui a participé à la phase préparatoire d'un marché public peut ensuite présenter une offre pour ce même marché ?

Réponse du Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire publiée dans le JO Sénat du 14/05/2007 - page 1018 : « Comme l'a souligné la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 3 mars 2005 Fabricom S.A. contre Etat belge (affaires C-21/03 et C-34/03), en pareil cas, ce prestataire pourrait se trouver favorisé par rapport aux autres soumissionnaires en ce qui concerne la formulation de son offre. Il pourrait aussi, même involontairement, avoir influé sur les caractéristiques du marché à venir dans un sens qui lui est favorable. Compte tenu de la différence des situations, il ne serait donc pas fondé à invoquer le bénéfice d'une stricte égalité de traitement. Pour autant, **interdire à cette entreprise, en toutes circonstances, de présenter une offre, constituerait une mesure disproportionnée et injustifiée de la part de l'acheteur public. Ce prestataire pourra donc être admis à participer à la procédure d'attribution du marché à condition de prouver que, dans les circonstances de l'espèce, la connaissance du besoin qu'il a pu acquérir dans la phase préparatoire n'est pas de nature à fausser la concurrence entre les soumissionnaires** ».

CAA Lyon, 1er décembre. 2005, n° 00LY00950, District Semine

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier et notamment d'une lettre en date du 30 mai 1997 adressée à la SCICAHHR et reçue par elle le 4 juin 1997, produite pour la première fois en appel, que M. X... X a démissionné de ses fonctions d'administrateur de cette société ; qu'ainsi à la date du 30 juin 1997, M. X... X n'était plus administrateur de la SCICAHHR lorsqu'il a pris part au vote de la délibération attribuant à cette dernière le marché de maîtrise d'oeuvre en cause ; que dès lors, le DISTRICT DE LA SEMINE est fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif a considéré que M. X était encore membre de la SCICAHHR lors du vote pour annuler ladite délibération. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que lors de sa séance du 12 juin 1996, le conseil du DISTRICT DE LA SEMINE, a reçu le directeur de la SCICAHHR pour la présentation détaillée de l'opération de réhabilitation du boulodrome que sa société avait élaboré ; que l'avant-projet ainsi préparé prévoyait la construction d'un bâtiment d'une superficie totale de 1 383 m2 comprenant un terrain d'évolution sportive de 30 m x 20 m, des pistes de jeux de boules, des vestiaires, des locaux techniques pour une estimation prévisionnelle de 3 700 000 francs HT ; que lors de sa séance du 13 février 1997, le même conseil a décidé la poursuite du projet précédemment décrit en modifiant uniquement la taille de la surface sportive en augmentant sa longueur de 10 m ; que lors de sa

réunion du 6 mai 1997, le conseil du district a adopté définitivement l'avant-projet correspondant à la surface définie en dernier lieu pour un coût d'objectif de 4 121 250 francs HT et a décidé de procéder à un appel d'offre ; qu'ainsi **le projet soumis à l'appel d'offre était pour l'essentiel celui décrit dans le projet élaboré initialement par la SCICAHHR dont il différait peu ; qu'il résulte de ces circonstances, qu'eu égard à la part prise par la SCICAHHR dans la conception même du projet, le DISTRICT DE LA SEMINE a méconnu dans l'organisation de l'appel d'offre le principe d'égalité entre les concurrents** ; que dès lors, le DISTRICT DE LA SEMINE n'est pas fondé à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Grenoble a annulé la délibération du 30 juin 1997 ».

CJCE, 3 mars 2005, affaires jointes C-21/03 et C-34/03, Fabricom SA c/ Etat Belge

« La directive 93/38[...], spécialement à son article 4.2, et la directive 98/4[...], combinées au principe de proportionnalité, à la liberté du commerce et de l'industrie et au respect du droit de propriété, garanti notamment par le protocole du 20 mars 1952 additionnel à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'opposent-elles à ce que ne soit pas admise à introduire une demande de participation ou à remettre une offre pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services, toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, sans que soit laissée à cette personne la possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, l'expérience acquise par elle n'a pu fausser la concurrence ?

36 - Dans ces conditions, il convient de répondre à la première question posée dans les affaires C-21/03 et C-34/03 que la directive 92/50 et, plus particulièrement, son article 3, paragraphe 2, la directive 93/36 et, plus particulièrement, son article 5, paragraphe 7, la directive 93/37 et, plus particulièrement, son article 6, paragraphe 6, ainsi que la directive 93/38 et, plus particulièrement, son article 4, paragraphe 2, s'opposent à une règle, telle que celle prévue aux articles 26 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 10 janvier 1996, et 32 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 8 janvier 1996, par laquelle n'est pas admise l'introduction d'une demande de participation ou la remise d'une offre pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services par une personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, sans que soit laissée à cette personne la possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, **l'expérience acquise par elle n'a pu fausser la concurrence** ».

CE, 29 juillet 1998, n°177952, Garde des Sceaux/Sté Genicorp

« Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier soumis au juge du fond que ce dernier ait dénaturé les faits de l'espèce, ou se soit fondé sur des faits matériellement inexacts, en estimant que la société "Genicorp" **n'a pas**, à l'occasion d'un marché antérieur conclu pour assister le responsable du projet de "gestion informatisée des détenus en établissement" pendant la phase préliminaire correspondant à la conception de l'application en cause, **recueilli des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats et de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats** ».

Article L2141-9

L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes à l'égard desquelles il dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une **entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence**.

Entente

Article L 420-1 du Code de commerce

« Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1° Limiter l'accès au marché ou

le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement »

Autorité de la Concurrence, 19 Avril 2019, Décision n° 19-D-06 relative à des pratiques dans la passation de marchés publics de travaux d'extension du tramway de Bordeaux

« 22. La CUB soutient tout d'abord que l'existence d'écarts resserrés entre les offres globales et l'attribution équilibrée des marchés révèle une répartition de marchés entre les soumissionnaires.

23. Néanmoins, **un faible écart dans les offres de prix n'est pas, en tant que tel, probant et ne saurait par lui-même caractériser la mise en œuvre d'une entente.** »

Autorité de la Concurrence, 19 février 2018, Décision n° 18-D-02 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux d'entretien d'espaces verts en Martinique

« 13. Outre les éléments précédemment évoqués, les offres présentées par les entreprises du groupe Fontaine comportent de nombreuses analogies de forme, telles que l'utilisation de la même graphie, la copie de paragraphes entiers, l'utilisation du même vocabulaire et des mêmes illustrations, ou encore un chiffrage identique des moyens techniques et humains proposés ».

« 16. Selon une jurisprudence constante, chaque appel d'offres constitue un marché pertinent sur lequel se rencontrent la demande du pouvoir adjudicateur et les offres des candidats qui y répondent.

Lorsque les offres sont déposées lot par lot, chacun d'eux peut constituer un marché pertinent mais, dans de tels cas, une entente entre les offreurs peut aussi être appréciée à l'échelle du marché global incluant tous les lots dès lors que l'attribution de plusieurs d'entre eux peut être simultanément affectée par une même pratique.

17. Une concertation anticoncurrentielle est établie sur de tels marchés instantanés dès lors que les entreprises ont coordonné leur comportement ou ont échangé entre elles des informations sur leur comportement futur antérieurement au dépôt de leurs offres.

18. **Des entreprises appartenant à un même groupe, mais disposant d'une autonomie commerciale, peuvent présenter des offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt de ces offres.** Dans l'autre sens, ces entreprises peuvent renoncer à leur autonomie commerciale à l'occasion d'une mise en concurrence et se concerter soit pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre, soit pour établir ensemble cette offre dans un groupement, à la condition de n'en présenter qu'une seule.

19. En revanche, si ces entreprises déposent plusieurs offres séparées, elles sont réputées manifester ainsi leur autonomie commerciale et garantir aux yeux du pouvoir adjudicateur l'existence d'une concurrence entre elles. **Dans l'hypothèse où ces offres multiples auraient été établies en concertation, elles ne peuvent dès lors plus être considérées comme indépendantes et leur coordination peut être qualifiée d'entente anticoncurrentielle.** À cet égard, il est sans incidence sur cette qualification que le responsable du marché ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées, dès lors que **l'existence de tels liens n'implique pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations** (décision n° 03-D-01 du 14 janvier 2003 « Gaz médicaux » paragraphes 123 et suivants ; arrêt de la cour d'appel de Paris statuant sur cette décision du 9 novembre 2004).

21. Plusieurs éléments du dossier démontrent que les sociétés du groupe Fontaine destinataires des griefs ont coordonné leurs offres avant de soumissionner au marché public lancé par le groupement de commandes SMHLM/OZANAM dans le but d'obtenir vingt lots sur vingt-trois. La coordination des niveaux de prix et la similitude du format de présentation des offres s'expliquent par le fait qu'elles ont été établies par les mêmes rédacteurs.

22. Les sociétés en cause ne le contestent pas et les dirigeants du groupe déclarent que cette coordination était nécessaire pour surmonter les difficultés financières de leur filiale « Les

Bougainvillées » en lui permettant de bénéficier in fine de tous les lots gagnés par le groupe, grâce à un système de sous-traitance au sein du groupe. Les pratiques en cause avaient donc pour objectif assumé de contourner la limitation des lots attribués à une même société et de tromper le responsable du marché sur la réalité de la concurrence entre les filiales du groupe.

24. Il résulte de tout ce qui précède que les pratiques mises en œuvre par les entreprises du groupe Fontaine contreviennent aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ».

Autorité de la Concurrence, 19 février 2018, Décision n° 18-D-02 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux d'entretien d'espaces verts en Martinique

« « 13. Outre les éléments précédemment évoqués, les offres présentées par les entreprises du groupe Fontaine comportent de nombreuses analogies de forme, telles que l'utilisation de la même graphie, la copie de paragraphes entiers, l'utilisation du même vocabulaire et des mêmes illustrations, ou encore un chiffrage identique des moyens techniques et humains proposés ».

« 16. Selon une jurisprudence constante, chaque appel d'offres constitue un marché pertinent sur lequel se rencontrent la demande du pouvoir adjudicateur et les offres des candidats qui y répondent. Lorsque les offres sont déposées lot par lot, chacun d'eux peut constituer un marché pertinent mais, dans de tels cas, une entente entre les offreurs peut aussi être appréciée à l'échelle du marché global incluant tous les lots dès lors que l'attribution de plusieurs d'entre eux peut être simultanément affectée par une même pratique.

17. Une concertation anticoncurrentielle est établie sur de tels marchés instantanés dès lors que les entreprises ont coordonné leur comportement ou ont échangé entre elles des informations sur leur comportement futur antérieurement au dépôt de leurs offres.

18. **Des entreprises appartenant à un même groupe, mais disposant d'une autonomie commerciale, peuvent présenter des offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt de ces offres.** Dans l'autre sens, ces entreprises peuvent renoncer à leur autonomie commerciale à l'occasion d'une mise en concurrence et se concerter soit pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre, soit pour établir ensemble cette offre dans un groupement, à la condition de n'en présenter qu'une seule.

19. En revanche, si ces entreprises déposent plusieurs offres séparées, elles sont réputées manifester ainsi leur autonomie commerciale et garantir aux yeux du pouvoir adjudicateur l'existence d'une concurrence entre elles. **Dans l'hypothèse où ces offres multiples auraient été établies en concertation, elles ne peuvent dès lors plus être considérées comme indépendantes et leur coordination peut être qualifiée d'entente anticoncurrentielle.** À cet égard, il est sans incidence sur cette qualification que le responsable du marché ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées, dès lors que **l'existence de tels liens n'implique pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations** (décision n° 03-D-01 du 14 janvier 2003 « Gaz médicaux » paragraphes 123 et suivants ; arrêt de la cour d'appel de Paris statuant sur cette décision du 9 novembre 2004).

21. Plusieurs éléments du dossier démontrent que les sociétés du groupe Fontaine destinataires des griefs ont coordonné leurs offres avant de soumissionner au marché public lancé par le groupement de commandes SMHLM/OZANAM dans le but d'obtenir vingt lots sur vingt-trois. La coordination des niveaux de prix et la similitude du format de présentation des offres s'expliquent par le fait qu'elles ont été établies par les mêmes rédacteurs. 7 22. Les sociétés en cause ne le contestent pas et les dirigeants du groupe déclarent que cette coordination était nécessaire pour surmonter les difficultés financières de leur filiale « Les Bougainvillées » en lui permettant de bénéficier in fine de tous les lots gagnés par le groupe, grâce à un système de sous-traitance au sein du groupe. Les pratiques en cause avaient donc pour objectif assumé de contourner la limitation des lots attribués à une même société et de tromper le responsable du marché sur la réalité de la concurrence entre les filiales du groupe.

24. Il résulte de tout ce qui précède que les pratiques mises en œuvre par les entreprises du groupe Fontaine contreviennent aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ».

Autorité de la concurrence, 6 décembre 2016, n°16-D-28

« Les ententes peuvent se matérialiser par des échanges d'informations donnant lieu à la **remise d'offres de couverture** : « 121. L'analyse des offres remises respectivement par SETIS et SCET

dans le cadre des consultations lancées par EPORA démontre que l'échange d'information entre les deux sociétés avait pour objet de répartir les marchés. Chaque société a obtenu quatre marchés subséquents dans ses zones de prédilection. Et chaque société a remporté la consultation concernée en utilisant la majoration de prix maximale prévue par les accords-cadres. 122. Pour obtenir ce résultat, l'une des deux sociétés a, soit omis de remettre une offre, soit remis une offre irrégulière. Ces offres irrégulières ont constitué des offres de couverture qui ont permis à l'entreprise pré-désignée d'obtenir les marchés qu'elle souhaitait en fonction des secteurs sur lesquels elle entendait se positionner et au maximum de l'augmentation autorisée par l'article 9.3 du cahier des clauses administratives particulières. La première offre irrégulière de la SCET constitue donc une offre de couverture au profit de SETIS, attributaire préalablement désigné. 125. Grâce à cette offre de couverture lors de la première consultation d'une part, et l'absence d'offre de la SCET sur la seconde, SETIS avait l'assurance de ne pas rencontrer de concurrence sur ces marchés ».

CA Paris, pôle 5 - ch. 7, 28 octobre. 2010, n° 10/03405, Maquet

« Que cependant ces offres ne sont plus **indépendantes** s'il apparaît qu'elles ont été établies en concertation, ou après que les entreprises ont communiqué entre elles et que, dès lors, les présenter comme telles trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence, pratique qui a, en conséquence, un objet ou, potentiellement, un effet anticoncurrentiel ».

Conseil de la concurrence, 16 décembre 2008, Décision n° 08-D-33 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres de la ville d'Annecy et du conseil général de Haute-Savoie pour le transport par autocar

« 94. Il en découle, comme rappelé notamment dans les décisions n° 89-D-42 relative à des pratiques d'entente dans le secteur de la production électrique et n° 01-D-17 relative à des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés d'électrification de la région du Havre, que **tout échange d'information préalablement au dépôt des offres est anticoncurrentiel s'il est de nature à diminuer l'incertitude où toutes les entreprises doivent se trouver placées, relativement au comportement de leurs concurrentes**. Cette incertitude est en effet la seule contrainte de nature à pousser des opérateurs concurrents à faire le maximum d'efforts en terme de qualité et de prix pour obtenir le marché. A l'inverse, toute limitation de cette incertitude affaiblit la concurrence entre les offreurs et pénalise l'acheteur public, obligé à payer un prix plus élevé que celui qui aurait résulté d'une concurrence non faussée ».

Conseil de la concurrence, 3 décembre 2008, Décision n° 08-D-28 relative à des pratiques mises en œuvre par des entreprises exploitant des granulats dans le département d'Ille-et-Vilaine

« 156. Il y a donc lieu de constater que la pièce litigieuse a été établie par la société Charier et remise à la société Carrières du Mont-Serrat avant le dépôt des offres. Sur ce point, le Conseil a relevé dans sa décision n° 08-D-15 du 2 juillet 2008 que « **l'antériorité de la concertation par rapport au dépôt de l'offre peut être déduite à défaut de date certaine apposée sur un document, de l'analyse de son contenu et du rapprochement de celui-ci avec des éléments extrinsèques, et notamment avec le résultat des appels d'offres** ».

Conseil de la concurrence, 18 mars 2003, Avis n° 03-A-02 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public

« 10. **L'entente est un accord de volontés entre deux ou plusieurs parties indépendantes, qui décident de coordonner leur comportement sur un marché**. Selon la jurisprudence, il suffit, pour retenir la qualification, qu'au moins l'une des parties à l'accord soit une entreprise. Il en résulte qu'un syndicat professionnel ou une association peut être considéré comme constituant une entente. Le droit de la concurrence retient, par ailleurs, une définition très large de la notion d'entreprise, puisqu'il s'agit de toute entité exerçant une activité de production, de distribution ou de service, quelle que soit sa nature ou sa forme juridique. La seule condition posée est que cette entité dispose d'une autonomie commerciale et de gestion pleine et entière, c'est à dire qu'elle soit capable de se

comporter comme un opérateur indépendant. Selon les cas d'espèce, on peut ainsi être conduit à appliquer l'article L. 420-1 à une structure sans personnalité juridique (telle que agence, une direction régionale, ...) et inversement, à l'écartier pour une personne morale régulièrement constituée (cas éventuellement d'une société filiale qui serait considérée comme non autonome) »

« 11. Les pratiques concertées doivent, enfin, porter atteinte au libre jeu de la concurrence. En matière de marché sur appel d'offres, cette atteinte **résultera de la limitation ou de la suppression de l'incertitude devant prévaloir quant au comportement des concurrents sur le marché, ou de l'autonomie de décision dont chaque entreprise doit faire preuve, ou encore de la liberté d'entrée sur le marché. La coordination des comportements des entreprises en cause se traduit par la mise en œuvre d'une stratégie commune en matière de prix, d'accès au marché, de contrôle des débouchés, de la production ou des facteurs la composant. Cette stratégie implique des échanges d'information, entre les entreprises sur les comportements futurs**.

« 22. La règle de l'indépendance des entreprises pose le problème des sociétés appartenant à un même groupe (société-mère et ses filiales) ou constituant des filiales communes à deux ou plusieurs groupes.

23. **Le droit de la concurrence n'interdit pas le dépôt d'offres distinctes par une société-mère et par une ou plusieurs de ses filiales, en réponse à un même appel d'offres. Le Conseil a rappelé cette absence d'interdiction de principe dans sa décision n° 03-D-01 "sociétés du groupe l'Air Liquide" de 2003** : "Il est loisible à des entreprises, ayant entre elles des liens juridiques ou financiers mais disposant d'une autonomie commerciale, de présenter des offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt de ces offres".

24. Dans cette hypothèse, le libre jeu de la concurrence repose sur la prise en compte de deux éléments concernant les offres remises.

25. **L'offre de la filiale doit être personnelle et indépendante de celle de sa société mère, en faisant appel à des moyens propres (dirigeants, capacité commerciale et de production) pour élaborer, décider et exécuter sa proposition au cas où sa candidature serait retenue**. A cet égard, on relèvera que le droit de la concurrence s'attache aux conditions de fonctionnement de la société et non à la part de capital contrôlée par la maison mère, le critère d'une participation supérieure à 50 %, retenu par le droit des sociétés (article L. 233-1 du code de commerce) pour définir une filiale, n'étant ici pas pertinent.

26. En second lieu, **la société mère et sa (ou ses) filiale(s) doivent s'interdire de toute pratique de concertation ou d'échanges d'informations sur les conditions du marché et leurs offres respectives**. La jurisprudence, en ce sens, est bien établie ; un arrêt de la Cour de cassation "sociétés Jean Lefevbre, Rougeot, Gerland, Colas" du 6 octobre 1992 s'exprime ainsi : "S'agissant de pratiques d'entreprises appartenant au même groupe, [que], s'il est loisible à des entreprises, unies par des liens juridiques et financiers mais disposant d'une réelle autonomie technique et commerciale, de présenter des offres distinctes, elles ne peuvent le faire qu'à condition de respecter les règles de la concurrence ; que tel n'est pas le cas lorsque, comme en l'espèce, elles se concertent sur les prix pour coordonner leurs soumissions ou réaliser ensemble leurs études" »..

Conseil de la concurrence, 4 février 2003, décision n° 03-D-07 relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'achat de panneaux de signalisation routière verticale par des collectivités locales

« 64. En premier lieu, selon une jurisprudence constante, tant communautaire que nationale, les dispositions prohibant les ententes illicites ne s'appliquent pas, en principe, aux accords conclus entre des entreprises ayant entre elles des liens juridiques et financiers, comme une société mère et ses filiales, ou les filiales d'une même société mère entre elles, ou comme les sociétés mères d'une filiale commune, si elles ne disposent pas d'une autonomie commerciale et financière, à défaut de volonté propre des parties à l'accord ; qu'en effet, en l'absence d'autonomie commerciale et financière, les différentes sociétés du groupe forment alors une unité économique au sein de laquelle les décisions et accords ne peuvent relever du droit des ententes ;

65. En deuxième lieu, il est loisible à des entreprises ayant entre elles des liens juridiques et financiers mais disposant d'une autonomie commerciale de présenter des offres distinctes et concurrentes à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt de ces offres ;

66. Considérant, en troisième lieu, qu'il est loisible à des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers mais disposant d'une autonomie commerciale de renoncer, généralement ou ponctuellement, à cette autonomie à l'occasion des mises en concurrence ou d'une mise en concurrence et de se concerter pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre ou de se concerter pour établir cette offre, à la condition de ne déposer qu'une seule offre ;

67. En revanche, si de telles entreprises déposent plusieurs offres, la pluralité de ces offres manifeste l'autonomie commerciale des entreprises qui les présentent et l'indépendance de ces offres, mais si ces offres multiples ont été établies en concertation ou après que les entreprises ont communiqué entre elles, lesdites offres ne sont plus indépendantes. Dès lors, les présenter comme telles, trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence. Cette pratique a, en conséquence, un objet, ou potentiellement, un effet anticoncurrentiel ; il est, par ailleurs, sans incidence sur la qualification des pratiques que le maître d'ouvrage ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées dès lors que l'existence de tels liens n'implique pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations ».

CA de Paris, 30 avril 2002, SNC Jean François et SA Colas Midi-Méditerranée c/ décision n°01-D-67 du Conseil de la concurrence en date du 19 octobre 2001

« Considérant que les sociétés requérantes font grief à la décision critiquée de ne pas avoir tenu compte d'une circonstance particulière, en l'occurrence l'appartenance des deux sociétés à un même groupe ;

Considérant cependant que le caractère illicite des pratiques sanctionnées n'étant pas contesté, il convient à cet égard de souligner que les deux entreprises en cause ont présenté des offres distinctes apparemment concurrentes lors des deux appels d'offres ; qu'en réalité **la société COLAS MIDI-MEDITERRANEE et sa filiale avaient au préalable échangé des informations et coordonné leurs propositions de prix ; qu'elles ont dissimulé aux maîtres d'ouvrages concernés cette concertation et l'élaboration commune des offres ultérieurement présentées** ; Considérant qu'il importe peu que la concertation illicite constatée émane d'entreprises appartenant au même groupe, la gravité des faits résultant de la tromperie commise au détriment des collectivités publiques quant à l'existence ou à l'intensité de la concurrence sur le marché, au nombre d'offres réellement concurrentes soumises à l'appréciation de ces collectivités ; que cette gravité est renforcée par l'appartenance des deux sociétés requérantes à un groupe d'envergure nationale et de grande notoriété dans son secteur d'activité connaissant parfaitement les règles applicables aux marchés publics ».

Conseil de la concurrence, 19 avril 2001, Décision n° 01-D-13 du 19 avril 2001 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport public de voyageurs dans le département du Pas-de-Calais

« Considérant qu'en matière de marchés publics ou privés sur appels d'offres, il est établi que des entreprises ont conclu une entente anticoncurrentielle dès lors que la preuve est rapportée, soit qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être, qu'il s'agisse de l'existence de compétiteurs, de leur nom, de leur importance, de leur disponibilité en personnel et en matériel, de leur intérêt ou de leur absence d'intérêt pour le marché considéré ou des prix qu'ils envisagent de proposer ; que de telles pratiques sont de nature à limiter l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence ».

« Considérant qu'il est loisible à plusieurs entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, comme une société mère et ses filiales ou les filiales d'une même société mère entre elles, ou comme les sociétés mères d'une filiale commune, de renoncer à leur autonomie commerciale et de se concerter pour établir des propositions en réponse à un appel d'offres, **à la condition de faire connaître au maître d'ouvrage, lors du dépôt de leurs offres, la nature des liens qui les unissent, d'une part, le fait que leurs offres ont été établies en commun ou qu'elles ont communiqué entre elles pour les établir, d'autre part**

Considérant, à l'inverse, que des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers peuvent choisir de présenter des offres distinctes et concurrentes, dès lors qu'elles disposent de leur autonomie commerciale et ne procèdent à aucun échange d'information ; Mais considérant que,

lorsqu'ayant fait ce dernier choix, elles se concertent néanmoins pour coordonner leurs offres ou pour les élaborer ou les réaliser en commun, elles faussent le jeu de la concurrence et trompent le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de la concurrence entre les soumissionnaires aux marchés considérés ».

Article L2141-10

L'acheteur peut exclure de la procédure de passation du marché les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de **conflit d'intérêts**, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens.

Constitue une telle situation toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché.

Conflit d'intérêt

Article L.2141-11

« Constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public ».

CE, 14 octobre 2015, n°391105, Société Applicam et Région Nord Pas-de-Calais

« 5. Considérant qu'au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'en l'espèce, il résulte de l'instruction que, d'une part, M.A..., chargé par la région d'une mission d'assistance à la maîtrise d'ouvrage pour le marché litigieux, a non seulement contribué à la rédaction du cahier des clauses techniques particulières mais aussi à l'analyse des offres des candidats aux côtés des services de la région et qu'il a ainsi été susceptible d'influencer l'issue de la procédure litigieuse ; que, d'autre part, M. A...a exercé des responsabilités importantes au sein de la SA Applicam, en qualité de directeur qualité puis de directeur des opérations et des projets, et qu'ayant occupé ces fonctions du mois de décembre 2001 au mois d'avril 2013, il n'avait donc quitté l'entreprise que moins de deux ans avant le lancement de la procédure litigieuse ; que s'il ne résulte pas de l'instruction que l'intéressé détiendrait encore des intérêts au sein de l'entreprise, le caractère encore très récent de leur collaboration, à un haut niveau de responsabilité, pouvait légitimement faire naître un doute sur la persistance de tels intérêts et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par la région Nord-Pas-de-Calais ; **qu'il était au demeurant loisible à la région, qui avait connaissance de la qualité d'ancien salarié de la SA Applicam de M.A..., de mettre en oeuvre, une fois connue la candidature de cette société, toute mesure en vue de lever ce doute légitime, par exemple en l'écartant de la procédure d'analyse des offres** ; que, dans ces conditions, la région Nord-Pas-de-Calais a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que, par suite, il y a lieu, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la demande, d'annuler la procédure contestée ».

CJUE, 12 mars 2015, Affaire C-538/13, eVigilo Ltd c/ Priešgairinés apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos

« 42. S'agissant des règles de preuve à cet égard, il convient de relever que, conformément à l'article 2 de la directive 2004/18, les pouvoirs adjudicateurs doivent traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité de manière non discriminatoire et agir avec transparence. Il en découle qu'un rôle actif leur est attribué dans l'application de ces principes de passation des marchés publics.

43. Ce devoir correspondant à l'essence même des directives relatives aux procédures de passation des marchés publics (voir arrêt Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, point 45), il en résulte que le **pouvoir adjudicateur est, en toute hypothèse, tenu de vérifier l'existence d'éventuels conflits d'intérêts et de prendre les mesures appropriées afin de prévenir, de détecter les conflits d'intérêts et d'y remédier** ».

CE, 22 octobre 2014, n°382495, Sté EBM Thermique

« 9. Considérant, par ailleurs, que l'existence de contrats conclus antérieurement entre la commune de Saint-Louis et la société EBM Thermique, comme la représentation de la commune au sein des instances de la société EBM (Genossenschaft Elektra Birseck) en tant qu'abonné au réseau électrique de cette société de forme coopérative, ne sont pas de nature, par elles-mêmes, à faire naître un doute sur l'impartialité du pouvoir adjudicateur ».

CE, 19 mars 2012, n°341562, SA groupe Partouche

« Considérant, en deuxième lieu, que pour écarter le moyen tiré de la partialité de la présidente de la commission de délégation de service public à l'égard de la société Lucien Barrière, la cour a recherché **si les liens de subordination professionnelle ayant existé entre elle et la personne choisie par le groupe Lucien Barrière pour le conseiller sur sa candidature étaient de nature, eu égard à leur ancienneté et leur intensité, à faire porter, par eux-mêmes, un doute sur l'impartialité de la commission** ; que, par suite, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la procédure devant la commission de délégation de service public n'était pas entachée de partialité ».

CE, 27 juillet 2001, n°232820, Société Degremont

« Considérant que la société OTV soutient que la participation à la commission d'appel d'offres d'un de ses anciens salariés qu'elle avait licencié en 1991 n'a pas permis qu'elle soit traitée à égalité avec les autres candidats ; que, toutefois, l'intéressé a siégé à la commission en sa qualité d'élu local ; qu'eu égard notamment au délai important qui s'est écoulé depuis son licenciement et à l'absence de toute allégation précise permettant de mettre en doute son impartialité, la composition de la commission d'appel d'offres n'a pas constitué en l'espèce un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ».

CE, 3 novembre 1997, n°148150, Préfet de la Marne

« Considérant que M. Antoine X... a siégé en qualité de conseiller municipal à la commission d'appel d'offres du 29 juillet 1991 au cours de laquelle ont été examinées les offres relatives aux marchés que la commune de Francheville se proposait de passer en vue de la construction de locaux de secours et d'incendie ; que M. Marcel X..., entrepreneur, père de M. Antoine X... et son employeur, avait soumissionné pour les lots 1, 2, 3, 4 et 11 ; que dans ces conditions, et alors même que seul le lot n° 1 a été attribué à l'entreprise de M. Marcel X..., **la présence de M. Antoine X... au sein de la commission d'appel d'offres lorsque celle-ci a examiné les offres relatives aux lots 1, 2, 3, 4 et 11 a vicié la procédure relative à ces lots** ; que, par suite, le préfet de la Marne est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Châlons-sur-Marne a rejeté son déferé tendant à l'annulation des marchés signés le 5 septembre 1991 par le maire de Francheville pour les lots 1, 2, 3, 4 et 11 ».

Article L2141-11

L'acheteur qui envisage d'exclure un opérateur économique en application de la présente section doit le mettre à même de présenter ses observations afin d'établir dans un délai raisonnable et par tout moyen qu'il a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements précédemment énoncés et, le cas échéant, que sa **participation à la procédure de passation du marché n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement**.

Participation à la procédure de passation du marché n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement

CE, 24 Juin 2019, n° 428866, Département des Bouches du Rhône

« Ces dispositions permettent aux acheteurs d'exclure de la procédure de passation d'un marché public une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant, dans le cadre de la procédure de passation en cause ou dans le cadre d'autres procédures récentes de la commande publique, entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée à cette fin, **que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats**. »

Section 3 - Changement de situation des opérateurs économiques au regard des motifs d'exclusion

Article L2141-12

Lorsqu'un opérateur économique est, au cours de la procédure de passation d'un marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux sections 1 et 2, il informe **sans délai** l'acheteur de ce changement de situation.

Dans cette hypothèse, l'acheteur exclut le candidat de la procédure de passation du marché pour ce motif.

Sans délais

CE, 26 mars 2014, n° 374387, Commune de Chaumont

« Lorsqu'il est soutenu devant lui que le **placement en redressement judiciaire** de l'entreprise candidate à l'attribution d'un marché public, y compris lorsque ce placement est intervenu après le dépôt de son offre, affecte la recevabilité de sa candidature, il appartient au juge du référé précontractuel d'apprécier si cette candidature est recevable et d'annuler, le cas échéant, la procédure au terme de laquelle l'offre de l'entreprise aurait été retenue par le pouvoir adjudicateur ».

Section 4 - Groupements d'opérateurs économiques et sous-traitants

Article L2141-13

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

Article L2141-14

Lorsque le **sous-traitant** à l'encontre duquel il existe un motif d'exclusion est présenté au stade de la procédure de passation d'un marché, l'acheteur exige son remplacement par un autre opérateur économique qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion, dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le candidat ou le soumissionnaire, sous peine d'exclusion de la procédure.

Chapitre II - Conditions de participation

Article L2142-1

L'acheteur ne peut imposer aux candidats **des conditions de participation** à la procédure de passation autres que celles propres à garantir qu'ils disposent de **l'aptitude à exercer l'activité professionnelle**, de la **capacité économique et financière** ou des **capacités techniques et professionnelles** nécessaires à l'exécution du marché.

Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.

Des conditions de participation

Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics

Article 2

I. - Dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation de la capacité économique et financière des candidats, l'acheteur peut notamment exiger un ou plusieurs des renseignements ou documents justificatifs suivants :

1° Déclaration concernant le chiffre d'affaires global du candidat et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activité faisant l'objet du marché public, portant au maximum sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles ;

2° Déclarations appropriées de banques ou, le cas échéant, preuve d'une assurance des risques professionnels pertinents ;

3° Bilans ou extraits de bilan, concernant les trois dernières années, des opérateurs économiques pour lesquels l'établissement des bilans est obligatoire en vertu de la loi.

II. - Si, pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les renseignements et documents demandés par l'acheteur, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre moyen considéré comme approprié par l'acheteur.

Article 3

I. - Dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation des capacités techniques et professionnelles des candidats, l'acheteur peut exiger un ou plusieurs renseignements ou documents figurant dans la liste ci-dessous. Pour les marchés publics autres que de défense ou de sécurité, cette liste est limitative.

1° Une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, assortie d'attestations de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, l'acheteur peut indiquer que les éléments de preuve relatifs à des travaux exécutés il y a plus de cinq ans seront pris en compte. Ces attestations indiquent le montant, la date et le lieu d'exécution des travaux et précisent s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin ;

2° Une liste des principales livraisons effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années ou, pour les marchés publics de défense ou de sécurité, au cours des cinq dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, l'acheteur peut indiquer que les éléments de preuve relatifs à des produits ou services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte. Les livraisons et les prestations de services sont prouvées par des attestations du destinataire ou, à défaut, par une déclaration de l'opérateur économique ;

3° Une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du candidat et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années ;

4° Pour les marchés publics de travaux, de services ou pour les marchés publics de fournitures comportant également des travaux de pose et d'installation ou des prestations de services, l'indication des titres d'études et professionnels du candidat ou des cadres de l'entreprise, et notamment des responsables de prestation de services ou de conduite des travaux de même nature que celle du marché public ;

5° L'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés au candidat, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux, auquel le candidat pourra faire appel pour l'exécution de l'ouvrage ;

6° Une description de l'outillage, du matériel et de l'équipement technique dont le candidat disposera pour la réalisation du marché public ;

7° La description de l'équipement technique ainsi que des mesures employées par le candidat pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise ;

8° L'indication des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d'approvisionnement que le candidat pourra mettre en œuvre lors de l'exécution du marché public ;

9° L'indication des mesures de gestion environnementale que le candidat pourra appliquer lors de l'exécution du marché public ;

10° Des échantillons, descriptions ou photographies des fournitures ;

11° Des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et habilités à attester la conformité des fournitures par des références à certaines spécifications techniques. Toutefois, d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité produites par les candidats sont acceptées, si ceux-ci n'ont pas accès à ces certificats ou n'ont aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés ;

12° Des certificats de qualification professionnelle établis par des organismes indépendants. Dans ce cas, l'acheteur accepte tout moyen de preuve équivalent ainsi que les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres Etats membres ;

13° Lorsque les produits ou les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, un contrôle effectué par l'acheteur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le fournisseur ou le prestataire de services est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme ; ce contrôle porte sur les capacités de production du fournisseur ou sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prendra pour contrôler la qualité ;

14° Dans les marchés publics de défense ou de sécurité uniquement :

a) Une description des sources d'approvisionnement dont le candidat dispose pour exécuter le marché public, pour faire face à d'éventuelles augmentations des besoins de l'acheteur par suite d'une crise ou pour assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché public avec une indication de leur implantation géographique lorsqu'elle se trouve hors du territoire européen ;

b) Une description des règles internes en matière de propriété intellectuelle ;

c) Lorsqu'il s'agit de marchés publics qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale, les éléments mentionnés à l'arrêté du Premier ministre mentionné à l'article R. 2300-1 du code de la commande publique justifiant la capacité de traiter, stocker et transmettre ces informations au niveau de classification ou de protection exigé par l'acheteur.

II. - Dans les marchés publics de défense ou de sécurité, si, pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les références demandées par l'acheteur, il est autorisé à prouver ses capacités techniques ou professionnelles par tout autre moyen considéré comme approprié par l'acheteur.

Article 4

L'acheteur peut demander aux candidats qu'ils produisent des certificats de qualité attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes d'assurance de qualité, y compris en ce qui concerne l'accessibilité pour les personnes handicapées. Ces certificats, délivrés par des organismes indépendants, sont fondés sur les normes européennes et certifiés par des organismes accrédités.

Lorsque l'acheteur demande la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certains systèmes ou normes de gestion environnementale, il se réfère :

1° Soit au système de management environnemental et d'audit (EMAS) de l'Union européenne ;

2° Soit à d'autres systèmes de gestion environnementale reconnus conformément à l'article 45 du règlement (CE) n° 1221/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 susvisé ;

3° Soit à d'autres normes de gestion environnementale fondées sur les normes européennes ou internationales en la matière élaborées par des organismes accrédités.

L'acheteur accepte les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres Etats membres.

Lorsqu'un opérateur économique n'a pas la possibilité d'obtenir ces certificats dans les délais fixés pour des motifs qui ne lui sont pas imputables, l'acheteur accepte d'autres mesures équivalentes pour autant que l'opérateur économique concerné établisse que les mesures proposées sont équivalentes à celles requises.

Article 5

Si l'objet ou les conditions d'exécution du marché public le justifient, l'acheteur peut exiger des renseignements relatifs à l'habilitation préalable ou à la demande d'habilitation préalable du candidat, en application des articles R. 2311-1 et suivants du code de la défense relatifs à la protection du secret de la défense nationale.

Article 6

Le cas échéant, les acheteurs utilisent la base de données e-Certis de la Commission européenne pour procéder aux vérifications des formes des documents de preuve ou des pièces justificatives des candidats.

Lorsque l'acheteur demande la production d'un certificat, d'une attestation ou d'un document de preuve particulier, il exige principalement celles de ces pièces justificatives qui sont référencées dans cette base.

Article 7

I. - Le présent arrêté est applicable aux marchés publics soumis au code de la commande publique, conclus par l'Etat ou ses établissements publics dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises, sous réserve des dispositions suivantes :

1° Les alinéas 1 à 5 de l'article 4 sont ainsi rédigés :

« L'acheteur peut demander aux candidats qu'ils produisent des certificats de qualité attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes d'assurance de qualité, y compris en ce qui concerne l'accessibilité pour les personnes handicapées. Ces certificats, délivrés par des organismes indépendants, sont fondés sur les normes locales, nationales ou internationales et certifiés par des organismes accrédités.

« Lorsque l'acheteur demande la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certains systèmes ou normes de gestion environnementale, il se réfère à des normes de gestion environnementale fondées sur les normes locales, nationales ou internationales en la matière élaborées par des organismes accrédités. » ;

2° L'article 6 est supprimé.

II. - Pour l'application du présent arrêté à Saint-Barthélemy :

1° Les alinéas 1 à 5 de l'article 4 sont ainsi rédigés :

« L'acheteur peut demander aux candidats qu'ils produisent des certificats de qualité attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes d'assurance de qualité, y compris en ce qui concerne l'accessibilité pour les personnes handicapées. Ces certificats, délivrés par des organismes indépendants, sont fondés sur les normes locales, nationales ou internationales et certifiés par des organismes accrédités.

« Lorsque l'acheteur demande la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certains systèmes ou normes de gestion environnementale, il se réfère à des normes de gestion environnementale fondées sur les normes locales, nationales ou internationales en la matière élaborées par des organismes accrédités. » ;

2° L'article 6 est supprimé.

III. - Pour l'application du présent arrêté à Saint-Pierre-et-Miquelon :

1° Les alinéas 1 à 5 de l'article 4 sont ainsi rédigés :

« L'acheteur peut demander aux candidats qu'ils produisent des certificats de qualité attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes d'assurance de qualité, y compris en ce qui

concerne l'accessibilité pour les personnes handicapées. Ces certificats, délivrés par des organismes indépendants, sont fondés sur les normes locales, nationales ou internationales et certifiés par des organismes accrédités.

« Lorsque l'acheteur demande la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certains systèmes ou normes de gestion environnementale, il se réfère à des normes de gestion environnementale fondées sur les normes nationales ou internationales en la matière élaborées par des organismes accrédités. » ;

2° L'article 6 n'est pas applicable.

Aptitude à exercer l'activité professionnelle

Fiche technique de la DAJ : Présentation des candidatures

« La présentation du dossier de candidature par les opérateurs économiques n'est soumise à aucun formalisme particulier par les décrets n° 2016-360 relatif aux marchés publics et n° 2016-361 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité du 25 mars 2016, sous réserve des mesures de dématérialisation non traitées par la présente fiche. Toutefois, **le dossier doit contenir**, sous peine de rejet, **un certain nombre de renseignements destinés à vérifier que les candidats (...) disposent de l'aptitude et des capacités pour exécuter le marché public**. Il reste qu'en aucun cas, pour les marchés publics soumis au décret n° 2016-360, le candidat n'a à fournir de documents de preuve au stade de la présentation de sa candidature ».

« L'acheteur peut cependant en ce qui concerne l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, **exiger que les opérateurs économiques soient inscrits sur un registre professionnel** ».

CJCE, 20 septembre 1988, affaire 31/87, Gebroeders Beentjes BV contre État des Pays-Bas

« 14. La deuxième question posée par la juridiction nationale vise, d'une part, à savoir si la directive 71/305 s'oppose à l'**exclusion d'un soumissionnaire pour** les raisons suivantes :

- **défaut d'expérience spécifique pour le travail à réaliser** ;
- offre qui ne paraît pas la plus acceptable au pouvoir adjudicateur ;
- incapacité de l'entrepreneur d'employer des chômeurs de longue durée.

(...)

15. Dans le système de la directive, notamment de son titre IV (règles communes de participation), **la vérification de l'aptitude des entrepreneurs à exécuter les travaux à adjudger et l'attribution du marché sont deux opérations différentes dans le cadre de la passation d'un marché public**. En effet, l'article 20 de la directive prévoit que l'attribution du marché se fait après vérification de l'aptitude des entrepreneurs.

16. Même si la directive, qui vise à la coordination des procédures nationales de passation des marchés publics de travaux tout en respectant, dans toute la mesure du possible, les procédures et les pratiques en vigueur dans chacun des États membres (deuxième considérant), **n'exclut pas que la vérification de l'aptitude des soumissionnaires et l'attribution du marché puissent avoir lieu simultanément, les deux opérations sont régies par des règles différentes** ».

CJUE 9 oct. 2014, affaire C-641/13 P Royaume d'Espagne c/ Commission européenne

« **La vérification de l'aptitude des soumissionnaires est, en effet, effectuée par les pouvoirs adjudicateurs conformément aux critères de capacités économique, financière et technique** (dits critères de sélection qualitative) visés aux articles 26 et 27 de la directive [...] 93/37. En revanche, l'attribution du marché se fonde sur les critères énumérés à l'article 30 de la directive [...] 93/37, à savoir soit le prix le plus bas, soit l'offre économiquement la plus avantageuse (arrêt [Beentjes, EU:C:1988:422], points 17 et 18). À cet égard, il y a lieu de préciser que, en effet, la distinction entre les critères de sélection qualitative et les critères d'attribution découle directement de la directive [...] 93/37 (voir notamment les chapitres 2 et 3 du titre VI de ladite directive) ».

CE, 10 mai 2006, n° 281976, Sté Bronzo

« Il résulte des dispositions précitées que s'il est loisible à l'acheteur public d'exiger la détention, par les candidats à l'attribution d'un marché public, de documents comptables et de références de nature à attester de leurs capacités, cette exigence, lorsqu'elle a pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises de création récente, doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser ; que, si elle entend, au contraire, faciliter l'accès de ces entreprises au marché, la personne responsable de celui-ci peut, sur le fondement de l'article 45 du code des marchés publics et de l'arrêté précité pris pour son application, autoriser les entreprises candidates, qui ne sont pas en mesure de produire les références demandées, à justifier de leurs capacités financières et professionnelles par d'autres moyens et notamment par la présentation de titres ou de l'expérience professionnelle du ou de leurs responsables ; que, dans tous les cas, dès lors que des pièces sont exigées dans le règlement de la consultation à l'appui des candidatures, conformément à l'article 45 du code des marchés publics, il résulte des articles 52 et 58 du code des marchés publics que la commission d'appel d'offres est tenue de refuser d'admettre les candidats qui ne les produisent pas ; ».

CE, 9 mai 2012, n° 356455, Commune de Saint Benoît

« Il résulte de ces dispositions que s'il est loisible à l'acheteur public d'exiger la détention, par les candidats à l'attribution d'un marché public, de documents comptables et de références de nature à attester de leurs capacités, il doit néanmoins, lorsque cette exigence a pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises de création récente, permettre aux candidats qui sont dans l'impossibilité objective de produire les documents et renseignements exigés par le règlement de la consultation, de justifier de leurs capacités financières et de leurs références professionnelles par tout autre moyen ».

Capacité économique et financière

Les personnes soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce ne peuvent soumissionner à un marché : article L 653-2 code de commerce
« La faillite personnelle emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale ».

CE, 25 mai 2018, n° 417869, La société L'Atelier des compagnons (ADC)

« 11. Il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur doit contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public et que cette vérification s'effectue au vu des seuls renseignements ou documents prévus par les prescriptions de l'arrêté ministériel précité ; que les documents ou renseignements exigés à l'appui des candidatures doivent être objectivement rendus nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser ; que le juge du référé précontractuel ne peut censurer l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les niveaux de capacité technique exigés des candidats à un marché public, ainsi que sur les garanties, capacités techniques et références professionnelles présentées par ceux-ci que dans le cas où cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste ; ».

CE, 17 septembre 2014, n°378722, Delta process

« Considérant que le juge du référé précontractuel ne peut censurer l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur, en application de cet article, sur les garanties et capacités techniques que présentent les candidats à un marché public, ainsi que sur leurs références professionnelles, que dans le cas où cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste ; qu'il ressort de l'ordonnance attaquée que, pour accueillir le moyen tiré de ce que le groupement attributaire ne justifiait pas détenir les capacités professionnelles et techniques exigées et ne pas avoir besoin de recourir à des moyens externes, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Dijon s'est fondé sur l'absence d'éléments suffisants, à défaut notamment de la production par le département ou le groupement attributaire, au cours de l'instruction, du dossier de candidature du groupement, pour qu'il soit procédé au contrôle de l'appréciation que le département était tenu de porter sur la candidature du groupement ; que la société requérante ne peut ainsi utilement soutenir que le juge des référés aurait commis une erreur de droit en ne se bornant pas à vérifier si l'appréciation portée par le

pouvoir adjudicateur sur les capacités du groupement était entachée d'une erreur manifeste ; que **c'est par une appréciation souveraine exempte de dénaturation que le juge des référés, qui a suffisamment motivé son ordonnance sur ce point, a estimé insuffisante la seule production, au cours de l'instruction, de références professionnelles pour la justification des capacités techniques et professionnelles du groupement** ; que le juge des référés a pu, dès lors, sans erreur de droit, regarder le moyen soulevé par la société Websourd comme fondé ».

CE, 26 mars 2014, n° 374387, Commune de Chaumont

« Il résulte également de ce qui précède que **ce juge n'a pas non plus commis d'erreur de droit en annulant la procédure de passation litigieuse** au motif que le choix de l'offre de l'entreprise attributaire constituait un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence **dès lors que cette entreprise ne disposait pas des capacités financières suffisantes pour exécuter le marché litigieux**, d'une durée de dix-huit mois, **compte tenu de ce qu'elle n'avait pu présenter le plan de sauvegarde dans le délai prescrit** par le jugement du tribunal de commerce de Paris du 4 novembre 2013, quand bien même le pouvoir adjudicateur n'a été informé de ce jugement qu'après le choix des offres ».

CE 3 oct. 2012, n° 360952, Sté déménagements Le Gars-Hauts-de-Seine Déménagements

« Considérant, en troisième lieu, qu'il appartient au juge des référés précontractuels, en application des dispositions de l'article L. 551-10 du code de justice administrative, de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ; que **le choix de l'offre d'un candidat dont la candidature a été retenue sur la base d'informations relatives à ses capacités financières et professionnelles erronées est susceptible d'avoir lésé le candidat** qui invoque ce manquement, à moins qu'il ne résulte de l'instruction que sa candidature devait elle-même être écartée, ou que l'offre qu'il présentait ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable ; **qu'en jugeant que le manquement qu'il avait relevé avait été susceptible d'avoir lésé la société Organidem, quel qu'ait été son propre rang de classement à l'issue du jugement des offres, le juge des référés du tribunal administratif de Melun n'a pas commis d'erreur de droit.** »

CE, 17 nov. 2006, n°290712, ANPE

« Il résulte des dispositions précitées que s'il est loisible à l'acheteur public d'exiger la détention, par les candidats à l'attribution d'un marché public, de documents comptables et de références de nature à attester de leurs capacités, **cette exigence, lorsqu'elle a pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises, doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser** ».

CE, 28 avril 2006, n°283942, Synd. mixte de gestion et de travaux pour l'élimination des déchets et assimilés de la zone ouest du département de l'Hérault

« Aux termes de l'article 52 du même code : Avant de procéder à l'examen des candidatures, si la personne responsable du marché constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, elle peut décider de demander à tous les candidats concernés de produire ou de compléter ces pièces dans un délai identique... ; que **si ces dispositions ont pour effet de donner à la personne publique la faculté de demander, sur un plan de stricte égalité, aux candidats de fournir certains documents liés à leur capacité technique ou financière d'exécuter le marché, elles ne sauraient lui conférer la possibilité, dès lors qu'un candidat n'a pas justifié de sa capacité juridique lui permettant de déposer sa candidature, de compléter le dossier de celle-ci pour assurer la recevabilité de sa demande** ».

CE, 25 janvier 2006, n°278115, Département de la Seine-Saint-Denis

« Il résulte de ces dispositions que l'acheteur public est tenu, lorsqu'il précise dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation ceux des renseignements et documents qu'il invite les candidats à produire, de permettre à ces derniers d'apporter la preuve de leur capacité professionnelle par tout moyen ; que cette obligation est satisfaite lorsque l'acheteur public a précisé, dans les documents de la consultation, que la capacité professionnelle peut être

attestée par des **certificats de qualification ou d'autres justificatifs regardés comme équivalents** ; qu'en revanche ces dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet de prévoir que la mention selon laquelle la preuve de la capacité de l'entreprise peut être apportée par tout moyen doit obligatoirement figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation ».

CE, 4 nov. 2005, n°280406, Commune de Bourges

« Compte-tenu de l'objet du marché qu'elle envisageait de passer, la COMMUNE DE BOURGES a pu prévoir dans l'avis d'appel public à la concurrence que **les entreprises candidates devaient produire des références datant de moins de trois ans pour faire valoir leurs capacités professionnelles sans méconnaître ni les limites prévues par les dispositions précitées de l'arrêté du 26 février 2004, ni les obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposaient à elle** ; qu'ainsi en annulant la procédure de passation du marché litigieux pour le motif, qui ne revêt pas un caractère surabondant, que l'exigence de références d'une antériorité inférieure à trois années avait constitué un manquement par la COMMUNE DE BOURGES à ses obligations de mise en concurrence, le juge des référés du tribunal administratif d'Orléans a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa requête, la COMMUNE DE BOURGES est fondée à demander, pour ce motif, l'annulation de l'ordonnance attaquée ».

CE, 7 mars 2005, n° 274286, Communauté urbaine de Lyon

« Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés précontractuels que **l'avis de mise en concurrence** publié par la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON **fixait deux critères de sélection des candidats, - curriculum vitae des candidats** : titres d'études, expérience professionnelle du ou des responsables ainsi que des exécutants de la prestation ; / - **liste des ouvrages et écrits réalisés dans les revues spécialisées, et interdisait aux candidats, afin de respecter le secret régissant les relations entre l'avocat et son client, de produire des références professionnelles** ; que d'une part, en jugeant que le principe du secret des relations entre l'avocat et son client ne faisait pas obstacle à la production par un avocat, candidat à un marché de prestations de conseil juridique, de références professionnelles dès lors que celles-ci ne comportaient aucune mention relative à l'identité du client et aux circonstances de la mission menée pour lui, le juge des référés précontractuels n'a pas commis d'erreur de droit ; que, d'autre part, après avoir souverainement constaté, sans dénaturer les pièces qui lui étaient soumises, que l'interdiction qui était ainsi faite aux candidats de produire toute référence professionnelle n'était pas justifiée par l'objet du marché, le juge des référés précontractuels a pu en déduire, sans commettre d'erreur de droit, que la combinaison de cette interdiction avec les deux critères de sélection mentionnés dans l'avis de mise en concurrence était de nature à créer une inégalité entre les candidats en faveur de ceux ayant réalisé des publications ».

CE, 30 juin 2004, n°261919, Ministre de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer

« Dès lors que, ainsi qu'il vient d'être dit, le premier juge estimait que **l'administration ne pouvait, sans méconnaître ses obligations de mise en concurrence, exiger des candidats à l'attribution du marché litigieux, eu égard à la nature des prestations à réaliser, la détention du titre de géomètre-expert**, la circonstance alléguée que les professionnels non membres de l'ordre conservaient la possibilité de présenter leur candidature en groupement avec un géomètre-expert était sans influence sur l'existence du manquement ainsi caractérisé ; que revêt, dès lors, un caractère surabondant le motif, tiré des dispositions de l'article 50 du décret du 31 mai 1996 modifié portant règlement de la profession de géomètre-expert et code des devoirs professionnels, par lequel le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Limoges a cru devoir écarter le moyen présenté en défense, sur ce point, par l'administration ; qu'ainsi, alors même qu'il serait entaché d'erreur de droit, ce motif ne peut être utilement critiqué devant le juge de cassation ».

CE, 26 novembre 2001, n°236099, Région Rhône-Alpes

« En relevant, par une appréciation souveraine dénuée de dénaturation, que les "certificats de capacité" ou "certificats de compétence" signés par des architectes et produits par l'entreprise Bouvet

se bornaient, à la différence de certificats de qualification délivrés par des organismes professionnels, à attester de la nature et de la qualité de travaux de gros œuvre portant sur des fondations spéciales réalisés par ladite entreprise et que, **ces certificats n'étant pas, de ce fait, de même nature que ceux délivrés par des organismes professionnels, ils ne pouvaient être regardés comme équivalents à ces derniers**, le délégué du président du tribunal administratif de Lyon a suffisamment motivé son ordonnance ; que, dès lors que le règlement particulier de la consultation ne fournissait aucune précision sur les critères d'équivalence à retenir, il a pu sans commettre d'erreur de droit ni méconnaître les prescriptions de l'article 50 précité du code des marchés publics estimer que **les références à produire par les entreprises candidates**, qui ne pouvaient se limiter aux seules références en travaux similaires exigées par ailleurs, **devaient être de la même nature que les certificats de qualification délivrés par des organismes professionnels** ».

CJCE, 26 septembre 2000, Affaire C-225/98, Commission c/ France

« La Commission relève, en outre, que, concernant le lycée de Wingles, il était requis dans les conditions minimales mentionnées dans l'avis de marché la fourniture d'une "attestation de qualification professionnelle OPQCB, Qualifélec, FNTF". Or, d'une part, la directive 71/305 prévoyait, en ses articles 23 à 28, les critères de sélection qualitatives des entreprises candidates et définirait plus particulièrement, en son article 26, les moyens de justification des capacités techniques. D'autre part, il résulterait de l'arrêt du 10 février 1982, Transporoute (76/81, Rec. p. 417), que la preuve de la qualification professionnelle d'une entreprise ne peut pas être rapportée par un mode de preuve étranger à ceux limitativement autorisés par l'article 26 de la directive 71/305. Dès lors, le pouvoir adjudicateur concerné aurait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de cette disposition.

À cet égard, il convient de constater, d'une part, que l'exigence d'un justificatif d'inscription du concepteur à l'ordre des architectes ne peut que favoriser la prestation des services par les architectes français, ce qui constitue une discrimination par rapport aux architectes communautaires et, partant, une restriction à la libre prestation des services de ceux-ci.

D'autre part, selon la jurisprudence, la directive 71/305 s'oppose à ce qu'un État membre exige d'un soumissionnaire établi dans un autre État membre qu'il fasse la preuve de ce qu'il remplit les critères énoncés aux articles 23 à 26 de cette directive et relatifs à sa qualification professionnelle par d'autres moyens que ceux énoncés par ces dispositions (voir, en ce sens, arrêt Transporoute, précité, point 15).

En tout état de cause, le gouvernement français reconnaît lui-même que ces critiques de la Commission sont fondées mais soutient que les manquements commis tiennent, pour l'essentiel, à l'inexpérience des pouvoirs adjudicateurs en cause dans le maniement des règles communautaires de passation des marchés publics.

Par conséquent, il y a lieu de conclure que le grief de la Commission relatif aux conditions minimales de participation est fondé et que la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 59 du traité et 26 de la directive 71/305 ».

Capacités techniques et professionnelles nécessaires

CE, 19 décembre 2012, n° 354873, Département de l'Aveyron

« 3. En second lieu, que, d'une part, aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : " (...) Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité déléguée à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes (...). **Les garanties professionnelles sont appréciées notamment dans la personne des associés et au vu des garanties professionnelles réunies en son sein. Les sociétés en cours de constitution ou nouvellement créées peuvent être admises à présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes.** / La commission mentionnée à l'article L. 1411-5 dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières (...) " ; que, d'autre part, selon les articles L. 1522-1 et L. 1522-2 du même code, les collectivités territoriales peuvent créer des sociétés d'économie mixte, revêtant la forme de sociétés anonymes en principe régies par le livre II du code de commerce, dans lesquelles elles détiennent séparément ou à

plusieurs, plus de la moitié du capital, la participation des actionnaires autres que les collectivités territoriales et leurs groupements ne pouvant être inférieure à 15 % du capital social ; ».

CE, 17 octobre 2016, n° 400172, La société MLR Plage

« 4. Aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction alors applicable : " Une délégation de service public est 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 aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service./ Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégitante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. **Les garanties professionnelles sont appréciées notamment dans la personne des associés et au vu des garanties professionnelles réunies en son sein.** Les sociétés en cours de constitution ou nouvellement créées peuvent être admises à présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes./ La commission mentionnée à l'article L. 1411-5 dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public " ; ».

Section 1 - Dispositions générales

Sous-section 1 - Conditions générales

Article R2142-1

Les conditions de participation à la procédure de passation relatives aux capacités du candidat mentionnées à l'article L. 2142-1, ainsi que les **moyens de preuve acceptables**, sont indiqués par l'acheteur dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation.

Moyens de preuve acceptables

CE, 11 avril 2014, n° 375245, Ministre de la défense

« Aux termes de l'article 45 du code des marchés publics : « I. - Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager [...]. / La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie » ; qu'aux termes de l'article 52 du même code : « [...] II. - Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues conformément au I des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du marché relatifs à leur capacités professionnelles, techniques et financières. [...] » ; qu'il résulte de ces dispositions que lorsqu'il décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats, pour sélectionner ceux qui seront admis à présenter une offre, que **les renseignements et documents prévus par l'arrêté du 28 août 2006**, pris pour l'application des dispositions de l'article 45 ».

Article R2142-2

Lorsque l'acheteur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut exiger que des niveaux minimaux liés et proportionnés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.

Niveaux minimaux de capacité

TA Nice, 27 sept. 2007, n° 0704734, Sté GTS

« Considérant qu'il ressort de ces dispositions que, s'il appartient au pouvoir adjudicateur de fixer un niveau minimal des capacités exigées, celui-ci est libre quant à la fixation du seuil de la capacité exigée ; qu'en l'espèce, le SIVOM de Villefranche-sur-Mer a fait le choix de n'en fixer aucun ; qu'ainsi, la société GTS n'est pas fondée à soutenir qu'en ne mentionnant pas des niveaux de capacités dans les avis d'appel public à la concurrence le SIVOM de Villefranche-sur-Mer a méconnu les dispositions précitées du code des marchés publics et a méconnu, à ce titre, ses obligations de publicité et de mise en concurrence ».

Niveaux minimaux liés et proportionnés

CE, 7 mai 2013, n° 365706, Sté Segex et Sté Aximum

« Le juge du **référé précontractuel** ne peut annuler une procédure de passation d'un marché pour manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de fixer des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché résultant de l'article 45 du code des marchés publics (CMP) que si l'exigence de capacité technique imposée aux candidats est **manifestement dépourvue de lien avec l'objet du marché ou manifestement disproportionnée** ».

Article R2142-3

Un opérateur économique peut avoir **recours aux capacités d'autres opérateurs économiques**, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces opérateurs. L'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques concernés soient **solidairement responsables** dans la mesure où cela est nécessaire à la bonne exécution du marché. Dans ce cas, l'acheteur **justifie cette exigence dans les documents de la consultation**.

Peut avoir recours aux capacités d'autres opérateurs économiques

CAA Paris, 25 sept. 2018, n° 17PA00496 et 17PA00566, Ville de Paris

« Il ne ressort pas des pièces du dossier que la société Ares Services qui apportait des moyens humains à l'exécution du marché qui nécessitait des prestations de manutention, serait nécessairement conduite à exercer des prestations de transport entrant dans le champ d'application de l'article L. 3211-1 du code des transports, nécessitant l'inscription au registre des transporteurs routiers ; que la société CVSD Demepool et la ville de Paris sont donc fondées à soutenir que c'est à tort que le Tribunal administratif de Paris s'est fondé sur les motifs rappelés ci-dessus pour annuler le marché en litige ».

CE, 11 avril 2012, n°354652, Syndicat Ody du Lloyd's de Londres

« **En présentant la candidature de l'assureur dont il est le mandataire, et qui serait seul titulaire du contrat si le marché lui était attribué**, alors même qu'il confierait également à son mandataire l'exécution, pour son compte, et sous réserve du respect des stipulations du contrat, de tâches prévues par celui-ci, **le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE n'a pas**, comme le soutient la Société hospitalière d'assurances mutuelles, **présenté la candidature de plusieurs opérateurs économiques** qui auraient dû constituer l'un des groupements prévus à l'article 51 du code des marchés publics ; ».

CE, 3 déc. 2012, n°361887, GIE Groupement des poursuites d'intérêt extérieures

« Ainsi qu'il a été dit au point 5, que si les groupements d'intérêt économique, dont les membres sont titulaires d'offices d'huissier de justice, ne peuvent eux-mêmes procéder au recouvrement amiable de créances ou de condamnations pécuniaires, **ils peuvent se porter candidat à l'obtention d'une commande publique**, dans les conditions indiquées ci-dessus, **pour le compte de leurs membres, dès lors que seuls ceux-ci exécutent les prestations objet du contrat** ; qu'en l'état de l'instruction, les pièces soumises au juge des référés ne permettent pas d'établir que le GIE " Groupement des poursuites extérieures " se serait porté candidat en son nom propre en vue de réaliser lui-même les prestations objet du marché ; qu'il suit de là qu'en rejetant la candidature du GIE

" Groupement des poursuites extérieures " au seul motif que ce groupement ne pouvait lui-même être assimilé à un huissier de justice pour le recouvrement amiable des créances et amendes, le directeur départemental des finances publiques du Lot a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen de la demande, le GIE " Groupement des poursuites extérieures " est fondé à demander l'annulation de la décision du 29 juin 2012 rejetant sa candidature ».

CE, 28 avr. 2006, n°283942 Synd. mixte de gestion et de travaux pour l'élimination des déchets ménagers et assimilés de la zone ouest du département de l'Hérault

« Après avoir relevé, dans son ordonnance, qu'il n'était pas contesté que la candidature du groupement constitué de la société méditerranéenne de nettoyage et de l'entreprise Gentes ne mentionnait pas que la première était mandataire de la seconde, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Montpellier a jugé que la personne responsable du marché, après avoir admis la candidature du groupement, pouvait aisément vérifier la situation juridique de la société méditerranéenne de nettoyage et que l'omission de cette dernière à indiquer qu'elle était mandataire n'était pas suffisamment substantielle pour permettre au syndic de s'écarter de l'offre du groupement pour ce seul motif ; qu'en jugeant ainsi que **l'absence d'indication du mandat dont disposait la société méditerranéenne de nettoyage ne revêtait pas un caractère substantiel**, le juge du référé précontractuel a commis une erreur de droit dans l'application des dispositions de l'article 51 du code des marchés publics ».

Solidairement responsables

CAA Bordeaux, 11 mars 2014, n° 12BX00355, Betem Ingénierie

« Il résulte de l'ensemble de ces stipulations que **si, en principe, lorsque le marché est confié à un groupement conjoint d'entrepreneurs, le mandataire de ce groupement ne représente les entrepreneurs conjoints vis-à-vis du maître de l'ouvrage, de la personne responsable du marché et du mandataire du maître d'ouvrage que jusqu'à l'expiration du délai de garantie des travaux**, il demeure, même après l'expiration de ce délai, seul habilité à présenter les projets de décomptes, à accepter le décompte général et à présenter, le cas échéant, le mémoire de réclamation prévu par le troisième alinéa du 44 de l'article 13 du cahier des clauses administratives générales ; ».

CAA Bordeaux 29 nov. 2012 n°11BX0094 Sté Hervé Thermique et Sté Crystal

« Il résulte de l'article 2.31 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de travaux, auquel font référence les marchés litigieux, que des entrepreneurs groupés sont solidaires lorsque chacun d'entre eux est engagé pour la totalité du marché et doit pallier une éventuelle défaillance de ses partenaires, l'un d'entre eux étant désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire et représentant l'ensemble des entrepreneurs vis-à-vis du maître de l'ouvrage pour l'exécution du marché ; que les entreprises qui se sont engagées solidairement par un même marché à participer à l'exécution d'un même ouvrage sans qu'aucune répartition des tâches soit faite entre elles par le marché doivent être regardées comme s'étant donné mandat mutuel de se représenter ; qu'en **l'absence de stipulation particulière dans le contrat d'engagement, la désignation d'un mandataire pour représenter les membres du groupement auprès du maître de l'ouvrage n'a pas pour effet de confier à ce mandataire la représentation exclusive, devant le juge du contrat, des autres entreprises solidaires qui gardent donc la possibilité de s'adresser à ce dernier pour obtenir le paiement du solde global du marché** ».

CE, 19 mars 2012, n°346263, Communauté urbaine de Lyon

« Il résulte de l'instruction que, par courrier en date du 22 décembre 2000, Me SAPIN a informé la société G3A, mandataire de la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON, que la société n'entendait pas poursuivre l'exécution du marché ; que **cette renonciation**, qui faisait obstacle à ce que cette société demeurât le mandataire du groupement solidaire qu'elle avait constitué avec la société Garrigues, **nécessairement eu pour effet**, en l'absence d'autre cotraitant, **de transférer le mandat à cette dernière**, laquelle a poursuivi et achevé seule les travaux objet du marché conclu avec la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON ; qu'il appartenait en conséquence à la seule société

Garrigues d'établir, pour le compte du groupement, le projet de décompte final du marché ; que, par suite, en l'absence de résiliation du marché et eu égard à l'acceptation sans réserves du décompte général du marché par la société Garrigues le 23 octobre 2002, Me SAPIN n'est pas fondé à soutenir que le décompte accepté par la société Garrigues n'est pas opposable à la société Eral et à demander au profit de cette dernière l'établissement du solde du décompte général de résiliation de ce marché sur le fondement des dispositions des articles 11.3, 11.4 et 41.1 du cahier des clauses administratives générales applicable au marché litigieux ».

CE, 25 juin 2004, n°250573, Synd. intercommunal de la Vallée de l'Ondayne

« En l'absence de stipulation particulière dans le contrat d'engagement, la désignation d'un mandataire pour représenter les membres du groupement auprès du maître de l'ouvrage n'a pas pour effet de confier à ce mandataire la représentation exclusive des **autres entreprises solidaires** devant le juge du contrat, **qui gardent donc la possibilité de s'adresser à ce dernier pour obtenir le paiement du solde global du marché** ».

CJCE 2 déc. 1999 aff. C-176/98 Holst Italia Spa

« 29. Ainsi, lorsque, **pour démontrer ses capacités financières, économiques et techniques en vue d'être admise à participer à une procédure d'appel d'offres, une société fait état des capacités d'organismes ou d'entreprises auxquels elle est liée par des liens directs ou indirects**, de quelque nature juridique qu'ils soient, **il lui appartient d'établir qu'elle a effectivement la disposition des moyens de ces organismes ou entreprises qui ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution du marché** (voir, en ce sens, s'agissant des directives 71/304 et 71/305, arrêt Ballast Nedam Groep I, précité, point 17).

30. Il appartient au juge national d'apprécier la pertinence des éléments de preuve produits à cet effet. Dans le cadre de ce contrôle, la directive 92/50 ne permet ni d'exclure a priori certains modes de preuve ni de présumer que le prestataire dispose des moyens de tiers en se fondant sur la seule circonstance qu'il appartient à un même groupement d'entreprises ».

CE, 7 nov. 1986, n°55131, Ville de Toulouse

« Si la clause de l'article 2-5 du règlement particulier de l'appel d'offres qui impose au groupement de désigner un mandataire solidaire de chacun dans les obligations contractuelles de celui-ci à l'égard du maître de l'ouvrage, crée pour ce mandataire l'obligation de se substituer aux autres co-obligés pour l'exécution du contrat, en cas de défaillance de l'un d'eux et fait, dès lors, obstacle à ce qu'un architecte puisse être désigné en cette qualité de mandataire du groupement, il résulte des affirmations non contestées du commissaire de la République du département de la Haute-Garonne devant le tribunal administratif de Toulouse que **le mandataire commun du groupement de concepteurs-entrepreneurs à qui le conseil municipal a attribué le marché, à savoir le cabinet d'études Arragon-Merlin, n'est pas un architecte et qu'ainsi l'exécution du contrat n'expose pas un architecte à méconnaître les obligations professionnelles qui s'imposent à lui** ; que si l'exécution de cette même clause empêchait les architectes faisant partie d'un groupement de concepteurs-réalisateurs candidats au concours, d'être désignés par ce groupement pour exercer la fonction de mandataire commun, tous les groupements, candidats au concours, se trouvaient dans la même situation et qu'ainsi la clause dont il s'agit n'a pas porté atteinte illégale à l'égalité des candidats au concours et que si les cabinets d'études participant à un groupement de candidats ne sont pas soumis à la même restriction, la différence de situation qui en résulte par rapport aux architectes a pour origine non la clause incriminée mais l'existence de règles professionnelles différentes qui régissent l'exercice de leurs professions respectives ».

CE, 6 juill. 2005, n°259801, Sté Bourbonnaise de travaux publics et de construction et société de grands travaux de l'Océan Indien

« Si, en principe, lorsque le marché est confié à un groupement conjoint d'entrepreneurs, le mandataire de ce groupement ne représente les entrepreneurs conjoints vis-à-vis du maître de l'ouvrage, de la personne responsable du marché et du maître d'oeuvre que jusqu'à l'expiration du délai de garantie des travaux, **il demeure**, même après l'expiration de ce délai, **seul habilité à signer le décompte général et à présenter**, le cas échéant, **le mémoire de réclamation prévu par le troisième alinéa du 44 de l'article 13 du cahier des clauses administratives générales** ; qu'en

revanche, **il n'est habilité à poursuivre**, pour le compte des entrepreneurs conjoints, **la procédure de règlement du différend né de la présentation de ce mémoire**, dans les conditions fixées aux paragraphes 22 et suivants de l'article 50, que jusqu'à l'expiration du délai de garantie ; qu'ainsi, en estimant que, en raison de l'expiration d'un tel délai en ce qui concerne les travaux faisant l'objet du lot n° 2 du marché litigieux, la société D.T.P. Terrassement n'avait plus qualité, le 13 septembre 1996, pour retourner au maître d'oeuvre, au nom des entreprises titulaires de ce lot, le décompte général signé avec réserves ainsi que le mémoire de réclamation exposant les motifs de ces réserves, la cour administrative d'appel de Bordeaux a commis une erreur de droit ; que les sociétés requérantes sont fondées à demander, pour ce motif, l'annulation de l'arrêt attaqué ; ».

Justifie cette exigence dans les documents de la consultation

CAA Nantes, 27 juin 2008, n° 07NT01245, Communauté de Communes de la Plaine d'Argentan Nord

« En précisant dans l'article 2-1 du règlement de la consultation du marché en cause que les candidats pourront se présenter seuls ou en groupement solidaire et en reprenant cette exigence dans l'avis d'appel public à la concurrence, la communauté de communes de la Plaine d'Argentan Nord a nécessairement entendu exclure, au stade de l'attribution dudit marché, la possibilité pour les entreprises candidates de constituer des groupements conjoints ; qu'elle a ainsi méconnu les dispositions précitées de l'article 51 du code des marchés publics »

CE, 29 octobre 2007, n° 301065, Communauté d'agglomération du Pays vernoisais

« Le règlement de la consultation dispose dans son article 1-4 que : « En cas de groupement, la forme souhaitée par la personne responsable du marché est un groupement solidaire ou conjoint sans mandataire solidaire. Si le groupement attributaire du marché est d'une forme différente, il pourra se voir contraint d'assurer sa transformation pour se conformer au souhait de la personne responsable du marché tel qu'il est indiqué ci-dessus » ; que le juge des référés n'a pas entaché son ordonnance d'une dénaturation de ces stipulations en considérant qu'elles ne permettaient pas aux candidats de connaître à l'avance clairement le choix que ferait la collectivité entre les deux formes de groupement souhaitées par elle ».

Article R2142-4

Une même personne ne peut **représenter plus d'un candidat** pour un même marché.

Représenter plus d'un candidat

Cons. conc. DC n°07-D-11 28 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de marchés publics de travaux routiers passés par le conseil général de la Marne, la ville de Reims et le district de Reims

« Le Conseil en a tiré trois conséquences :

- Il est possible, pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers mais disposant d'une autonomie commerciale, de présenter des offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt des offres ;
- Il est possible, pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers mais disposant d'une autonomie commerciale, de renoncer, généralement ou ponctuellement, à cette autonomie commerciale à l'occasion d'une mise en concurrence et de se concerter, pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre ou pour établir cette offre, à la condition de ne déposer qu'une seule offre ;
- **En revanche, si de telles entreprises déposent plusieurs offres, la pluralité de ces offres manifeste l'autonomie commerciale des entreprises qui les présentent et l'indépendance de ces offres. Si ces offres multiples ont été établies en concertation, ou après que les entreprises ont communiqué entre elles, elles ne sont plus indépendantes.** Dès lors, les présenter comme telles trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence et cette pratique a, en conséquence, un objet ou, potentiellement, un

effet anticoncurrentiel. Il est, par ailleurs, sans incidence sur la qualification de cette pratique, que le responsable du marché ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées, dès lors que l'existence de tels liens n'implique pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations ».

Sous-section 2 - Conditions relatives à l'aptitude à exercer une activité professionnelle

Article R2142-5

Lorsqu'un opérateur économique doit être inscrit sur un **registre professionnel**, l'acheteur peut exiger qu'il le justifie.

Registre professionnel

CJCE 22 mai 2003, Arkkitehtuuroimisto Riitta Korkkonen Oy c/ Varkauden Taitotalo Oy, aff. C-18/01

« 24. Dans ces conditions, il ne saurait être exclu que Taitotalo, quoique dépourvue de la personnalité juridique au moment de la publication du second appel d'offres, ait joué un rôle déterminant dans la procédure de passation du marché en cause au principal.

25. Au demeurant, il convient d'observer que, en réponse à une question posée par la Cour lors de l'audience, **le gouvernement finlandais a précisé que, en vertu de son droit national, les fondateurs d'une société peuvent agir pour le compte de celle-ci avant son immatriculation au registre du commerce, étant entendu que ladite société assumera, à la date de son immatriculation effective audit registre, l'ensemble des engagements antérieurs pris en son nom.**

26. Or, tel semble avoir été le cas dans l'affaire au principal, puisque la juridiction de renvoi a relevé que Taitotalo a été inscrite au registre du commerce le 6 avril 2000 et que c'est à cette même date que Korhonen e.a. ont été informées par cette société que leurs offres n'avaient pas été retenues.

27. Dans ces conditions, il ne saurait être exclu que Taitotalo ait assumé, à la date du 6 avril 2000, l'ensemble des engagements antérieurs pris en son nom par la ville de Varkaus et qu'elle puisse, à ce titre, être considérée comme responsable de la procédure de passation du marché en cause au principal. 28. Au regard des considérations qui précèdent, il y a donc lieu de déclarer recevables les questions posées par le Kilpailuneuvosto ».

Sous-section 3 - Conditions relatives aux capacités économiques et financières

Article R2142-6

L'acheteur peut notamment exiger que les opérateurs économiques réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal, notamment dans le domaine concerné par le marché.

Chiffre d'affaires annuel minimal

CAA Paris, 22 avr. 2013, n°11PA00627, Sté Ourry

« La société Ourry soutient qu'en exigeant la justification d'un chiffre d'affaires annuel concernant les services objet du marché réalisé au cours des trois derniers exercices disponibles d'au moins 6 000 000 euros (HT), la Ville de Paris doit être regardée comme ayant implicitement mais nécessairement exigé des références de la part des candidats, en méconnaissance de l'article 52-I précité du code des marchés publics ; que **toutefois**, et alors qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 45 du code des marchés publics et de l'article 1er de l'arrêté du 28 août 2006 susvisé que **l'autorité adjudicatrice peut fixer des seuils minimaux liés aux capacités professionnelles, techniques et financières des candidats, dès lors que ces derniers ne sont pas disproportionnés par rapport à l'objet du marché**, de tels seuils, qui se rapportent à un **simple montant**, sans autre précision, ne sauraient être assimilés à des références, au sens de l'article 52 précité du code des marchés publics, et ce même lorsqu'ils sont relatifs au

chiffre d'affaires concernant les fournitures, services ou travaux objet du marché ; qu'ainsi et en tout état de cause, c'est à bon droit, et sans avoir entaché sur ce point leur jugement d'une insuffisante motivation, que les premiers juges ont estimé qu'il ne résultait pas de l'instruction que la Ville de Paris avait retenu comme critère de sélection des candidatures la production de références portant sur des prestations similaires à celles du marché ».

Article R2142-7

Le chiffre d'affaires minimal exigé ne peut être supérieur à deux fois le montant estimé du marché ou du lot, sauf justifications liées à son objet ou à ses conditions d'exécution. Les raisons pour lesquelles un chiffre d'affaires annuel minimal supérieur à ce plafond est exigé figurent dans les documents de la consultation ou, à défaut :

1° Sont indiquées dans le rapport de présentation mentionné aux articles R. 2184-1 à R. 2184-6 pour les pouvoirs adjudicateurs ;

2° Sont conservées dans les conditions des articles R. 2184-7 à R. 2184-11 pour les entités adjudicatrices.

Article R2142-8

En cas de marché alloti, le plafond mentionné à l'article R. 2142-7 s'applique pour chacun des lots. Toutefois, l'acheteur peut exiger un chiffre d'affaires annuel minimal pour des groupes de lots, dans l'éventualité où un titulaire se verrait attribuer plusieurs lots à exécuter en même temps.

Article R2142-9

Pour les accords-cadres, le plafond mentionné à l'article R. 2142-7 est calculé sur la base du montant total maximal des marchés subséquents ou des bons de commande dont l'exécution par un même titulaire pourrait être effectuée concomitamment ou, si ce montant ne peut être estimé, sur la base de la valeur totale estimée des marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre ou des bons de commande susceptibles d'être attribués à un même titulaire pendant la durée de validité de l'accord-cadre.

Article R2142-10

Pour les systèmes d'acquisition dynamique, le plafond mentionné à l'article R. 2142-7 est calculé sur la base de la valeur totale estimée des marchés spécifiques envisagés pendant la durée totale du système.

Article R2142-11

L'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques fournissent des informations sur leurs comptes annuels indiquant notamment le rapport entre les éléments d'actif et de passif.

L'acheteur précise, dans les documents de la consultation, les méthodes et les critères objectifs et non-discriminatoires qu'il appliquera pour prendre en compte ces informations.

Article R2142-12

L'acheteur peut exiger un niveau approprié d'assurance des risques professionnels.

Sous-section 4 - Conditions relatives aux capacités techniques et professionnelles

Article R2142-13

L'acheteur peut **imposer des conditions** garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié. A cette fin, dans les marchés de services ou de travaux et les marchés de fournitures nécessitant des travaux

de pose ou d'installation ou comprenant des prestations de service, l'acheteur peut imposer aux candidats qu'ils indiquent les noms et les qualifications professionnelles pertinentes des personnes physiques qui seront chargées de l'exécution du marché en question.

Imposer des conditions

CAA Versailles, 6 déc. 2005, n° 03VE04081, Assoc. PACTE c/ ANPE Île-de-France

« Il ressort des pièces du dossier que si la commission régionale d'habilitation, dans sa séance du 22 octobre 2002, a décidé « d'habilitier les organismes ayant obtenu 150 points et plus pour une prestation donnée », en faisant référence à un « système de notation mis en œuvre à l'occasion des habilitations 2003-2005 », **l'ANPE n'a pas, dès l'engagement de la procédure, porté à la connaissance des candidats**, notamment dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les cahiers des charges tenus à leur disposition, **les critères d'attribution des habilitations, selon des modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant des marchés qu'elle se proposait de conclure** ; que, dès lors, l'association PACTE est fondée à soutenir que l'ANPE a méconnu le principe de transparence énoncé par l'article 1er du code des marchés publics ; qu'il suit de là que les décisions du 22 novembre 2002 du directeur régional de l'ANPE rejetant les demandes d'habilitation de l'association PACTE pour la réalisation des prestations intitulées « accompagnement dans l'emploi », « diplôme à l'emploi », « bilan de compétence approfondi », « objectif emploi individuel », « objectif emploi de groupe » et « objectif projet individuel » doivent être annulées ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, que l'association PACTE est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise a rejeté ses demandes ; ».

Article R2142-14

L'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des **références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement**. Toutefois, **l'absence de références** relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat.

Références adéquates provenant de marchés publics exécutés antérieurement

CJUE 26 mars 2015, C-601/13, Ambisig c/ Nersant

« Pour la passation d'un marché de fourniture de services à caractère intellectuel, de formation et de conseil, l'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ne s'oppose pas à l'établissement par le pouvoir adjudicateur d'un critère qui permet d'évaluer la qualité des équipes concrètement proposées par les soumissionnaires pour l'exécution de ce marché, critère tenant compte de la constitution de l'équipe ainsi que de l'expérience et du cursus de ses membres ».

TA Marseille, ord., 23 décembre 2008, n° 0808294, n° 0808522, n° 0808531, Association Provence action service, Cabinet liaisons humaines, Sté recherche et formation

« S'agissant des critères et sous-critères d'appréciation des offres, le pouvoir adjudicateur a pu valablement retenir, au titre de l'appréciation de la valeur technique des offres, un sous-critère portant sur l'expérience, la formation et le nombre des intervenants affectés à l'exécution du marché, lequel n'a pas pour objet ni pour effet d'examiner à nouveau la capacité technique du candidat mais d'évaluer son offre, laquelle inclut nécessairement les moyens que le candidat envisage de mettre à la disposition du pouvoir adjudicateur dans le cadre du marché en cause ».

Commission centrale des marchés Rev. achat public 1997, n° 5, p. 5

« Si l'entreprise dispose en son sein de personnel expérimenté, il est possible de joindre au dossier de candidatures le curriculum vitae des personnes affectées au projet de réalisation, et de faire état des réalisations éventuelles en sous-traitance dans des marchés publics de travaux, et bien entendu des réalisations ou références en travaux privés dans le même domaine ».

L'absence de références

CE, 10 juin 2009, n° 324153, Région Lorraine

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que **la commission d'appel d'offres a écarté la candidature de la société ACE BTP en raison de l'insuffisance de ses références relatives à des prestations similaires antérieures et de l'absence de garanties nouvelles suffisantes** ; qu'ainsi, en relevant que la commission avait écarté la candidature de cette société par principe, sans procéder à un examen circonstancié de son dossier, du fait de litiges l'opposant à la région concernant un marché antérieur relatif à la maintenance des lycées, le juge des référés a dénaturé les pièces du dossier ; que, par suite la REGION LORRAINE est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

Considérant qu'aux termes de l'alinéa I de l'article 52 du code des marchés publics : (...) Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions de l'alinéa précédent sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées. **L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats.** L'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières d'un groupement est globale... ».

CE 28 avril 2006, n° 286443, Sté Abraham Bâtiment Travaux Publics

« Considérant qu'aux termes de l'article 45 du code des marchés publics, dont les prescriptions s'appliquent aux marchés passés par la COLLECTIVITE TERRITORIALE DE SAINT-PIERRE ET MIQUELON : 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 ... ; qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 52 du même code : Les candidatures ... qui ne présentent pas des garanties techniques et financières suffisantes ne sont pas admises ;

Considérant que **si le juge du référé précontractuel a tenu compte du chiffre d'affaires de la SABTP et de son absence de référence professionnelle propre pour apprécier le caractère suffisant des garanties qu'elle présentait, il n'a jugé, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, ni que la création récente de la SABTP lui interdisait de justifier des garanties prévues par les dispositions précitées de l'article 52 du code des marchés publics, ni que la SABTP n'avait pas fourni les pièces exigées par l'article 45 du code des marchés publics pour justifier de sa capacité professionnelle et financière ;** ».

CE 3 mars 2004, n° 258602, Cne de Châteaudun

« Il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration ; que, dans le cadre de ce contrôle de pleine juridiction, le juge vérifie en particulier les motifs de l'exclusion d'un candidat de la procédure d'attribution d'un marché ; que le juge des référés précontractuels du tribunal administratif d'Orléans n'a, dès lors, pas commis d'erreur de droit en contrôlant le bien-fondé du motif tiré, par la commission d'appel d'offres de la COMMUNE DE CHATEAUDUN, de ce que les moyens de la société Etablissements Tachau étaient insuffisants par rapport à la nature et au montant des travaux à réaliser ; que **c'est sans dénaturer les pièces du dossier qui lui était soumis et sans commettre d'erreur de droit que ce magistrat, qui n'était pas tenu de répondre à l'ensemble des arguments invoqués en défense par la COMMUNE DE CHATEAUDUN, a pu estimer, au contraire, que la société Etablissements Tachau, eu égard aux justificatifs qu'elle avait produits à l'appui de sa candidature, faisait état de moyens et de références correspondant précisément à des chantiers similaires** et que, par suite, la

commission d'appel d'offres avait, en écartant cette candidature, méconnu les obligations de publicité et de mise en concurrence qui lui incombait ».

Section 2 - Réduction du nombre de candidats**Article R2142-15**

L'acheteur peut limiter le nombre de candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue, à condition que ce nombre soit suffisant pour assurer une concurrence effective.

Article R2142-16

L'acheteur qui entend limiter le nombre de candidats indique, dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, **les critères objectifs et non-discriminatoires** qu'il prévoit d'appliquer à cet effet, le nombre minimum de candidats qu'il prévoit d'inviter et, le cas échéant, leur nombre maximum.

Critères objectifs et non-discriminatoires**CE, 6 mars 2009, n°315138, Cne de Savigny-sur-Orge**

« La COMMUNE DE SAVIGNY-SUR-ORGE a indiqué, à la rubrique III.2.3) de l'avis d'appel public à la concurrence relative aux niveaux spécifiques minimaux exigés, que le marché litigieux exige, s'agissant des moyens en matériel, une balayeuse aspiratrice de 5m3 à temps complet, d'une mini-balayeuse aspiratrice, d'une laveuse 5 000 litres hp, d'un véhicule léger utilitaire au prorata temporis et de deux souffleurs à dos, et, s'agissant des moyens humains, de six agents (techniques, administratifs, encadrement) ; qu'il appartient au juge administratif, saisi en application des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, **de s'assurer que ces exigences, lorsqu'elles ont pour effet de limiter la concurrence en restreignant le nombre des candidats possibles, sont objectivement rendues nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser** ; que compte tenu de l'objet du marché, destiné à assurer le balayage et le lavage de l'ensemble des caniveaux et trottoirs de la ville de SAVIGNY-SUR-ORGE, de l'absence au dossier de tout élément apporté par la société Europe Services Voirie, pourtant titulaire du précédent marché, à l'appui de son allégation selon laquelle ces exigences minimales seraient injustifiées, et eu égard aux documents de la consultation qui permettaient d'évaluer l'ampleur des prestations demandées, le juge des référés du tribunal administratif de Versailles a dénaturé les pièces du dossier en jugeant que les exigences précitées n'étaient pas justifiées ».

Article R2142-17

Pour les pouvoirs adjudicateurs, le nombre minimum de candidats indiqué dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, ne peut être inférieur à :
1° Cinq en appel d'offres restreint ;
2° Trois en procédure avec négociation ou en dialogue compétitif.

Article R2142-18

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection est inférieur au nombre minimum indiqué, l'acheteur peut poursuivre la procédure avec ces candidats.

Section 3 - Groupements d'opérateurs économiques**Article R2142-19**

Les groupements d'opérateurs économiques peuvent participer aux procédures de passation de marchés.

Groupements d'opérateurs économiques

CE, 28 avr. 2006, n°283942 Synd. mixte de gestion et de travaux pour l'élimination des déchets et assimilés de la zone ouest du département de l'Hérault

« Aux termes de l'article 51 du code des marchés publics relatif aux groupements des candidatures et des offres : ... II. - (...) 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...III. - (...) 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... V. - La composition du groupement ne peut pas être modifiée entre la remise des candidatures et la remise des offres... ; qu'il résulte de ces dispositions que le dossier présenté par les candidats groupés à un appel d'offres doit comporter, **lorsque chacun d'eux n'en est pas signataire, l'indication, soit dans le formulaire remis à cet effet soit par la production d'un mandat présenté à part, attestant que l'un d'entre eux est mandataire des autres prestataires du groupement ; que cette indication revêt un caractère substantiel** ; ».

CJCE 23 janv. 2002, Makedoniko Metro Michaniki AE c/ Elliniko Dimosio, C-57/01

« Il n'est en principe pas possible de modifier un groupement après la remise des candidatures et ce jusqu'à la signature du marché (Décret n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 45-IV). Ce principe est conforté par le droit de l'Union dans l'arrêt visé, qui autorise cette interdiction en droit national ».

Article R2142-20

Le groupement est :

- 1° Conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché ;
- 2° Solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché.

Groupement conjoint et solidaire

CE, 04 avril 2018, n° 415946, Altraconsulting

« Il appartient au pouvoir adjudicateur, dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public portant sur des activités dont l'exercice est réglementé, de s'assurer que les soumissionnaires remplissent les conditions requises pour les exercer. Tel est le cas des consultations juridiques et de la rédaction d'actes sous seing privé qui ne peuvent être effectuées à titre habituel que par les professionnels mentionnés par l'article 54 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971... ,2) Toutefois, lorsque les prestations qui font l'objet du marché n'entrent qu'en partie seulement dans le champ d'activités réglementées, l'article 45 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 autorise les opérateurs économiques à présenter leur candidature et leur offre sous la forme d'un groupement conjoint, dans le cadre duquel l'un des cotraitants possède les qualifications requises. Ainsi, pour un marché relatif à des prestations ne portant que partiellement sur des consultations juridiques ou la rédaction d'actes sous seing privé, **il est loisible à un opérateur économique ne possédant pas ces qualifications de s'adjoindre, dans le cadre d'un groupement conjoint, en tant que cotraitant, le concours d'un professionnel du droit, à la condition que la répartition des tâches entre les membres du groupement n'implique pas que celui ou ceux d'entre eux qui n'a pas cette qualité soit nécessairement conduit à effectuer des prestations relevant de l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971** ».

CE, 18 mai 2007, n°06NT02124, Département de la Manche

« Il ressort des pièces du dossier que le règlement de la consultation organisée par le DEPARTEMENT DE LA MANCHE prévoyait, en son article 2.2 Structure de la consultation, que : La présente consultation ne fait pas l'objet d'allotissement au sens de l'article 10 du code des marchés

publics. Les prestations donneront lieu à un marché unique et, en son article 2.4 que : Le marché est divisé en lots d'exécution. Il pourra être attribué à une seule entreprise ou à un **groupement d'entreprises solidaire** ; que, toutefois, l'avis d'appel public à la concurrence publié notamment au Bulletin officiel des annonces des marchés publics, faisait état de deux lots et précisait que chaque marché sera conclu avec un titulaire unique ou un groupement d'entreprises solidaire ; que **la contradiction existant ainsi entre ces deux documents était de nature à induire en erreur d'éventuels candidats quant à la nature et à l'étendue des offres qu'ils pouvaient formuler** ; que, par suite, **eu égard à l'imprécision de la description de l'objet du marché et de son cadre contractuel, la procédure de passation dudit marché était entachée d'irrégularité**, laquelle, ainsi que l'ont estimé à bon droit les premiers juges, faisait obstacle à ce que le DEPARTEMENT DE LA MANCHE, qui a méconnu les obligations de publicité et de mise en concurrence lui incombant, attribue les lots susmentionnés ».

CE, 30 juin 2004, n° 261472, OPHLM Nantes-Habitat

« Il résulte de ces dispositions que si la candidature des groupements d'entreprises à forme conjointe suppose, en vertu du I de l'article 51 du code des marchés publics, que le maître d'ouvrage ait décomposé le marché en plusieurs ensembles de prestations techniques susceptibles, chacun, d'être attribué à un membre du groupement, **cette décomposition en lots techniques, - qui est une opération différente de celle de l'allotissement prévu à l'article 10 précité du même code, lequel consiste à conclure plusieurs marchés séparés- ne fait pas obstacle à la conclusion d'un marché unique** ; qu'ainsi, en se fondant sur la circonstance que le marché litigieux avait le caractère d'un marché unique pour juger que la collectivité publique ne pouvait pas réserver ce marché aux groupements conjoints, le premier juge a entaché son ordonnance d'une erreur de droit ».

Article R2142-21

Les documents de la consultation peuvent interdire aux candidats de présenter pour le marché ou certains de ses lots plusieurs candidatures en agissant à la fois :

- 1° En qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ;
- 2° En qualité de membres de plusieurs groupements.

Plusieurs candidatures

Circulaire du 24 décembre 2007 relative à la passation des marchés publics d'assurances (NOR : ECEM0755510C, JO n°0085 du 10 avr. 2008)

« I.-CHAMP D'APPLICATION

1. Les **contrats relatifs aux services d'assurances** qui sont conclus par les pouvoirs adjudicateurs cités au point 2 ci-après entrent dans le champ d'application du code des marchés publics. Les services d'assurances figurent en effet expressément à l'article 29 qui fixe la liste des services soumis, pour leur passation, au titre III du code des marchés publics (...)

II.-RÔLE DES INTERMÉDIAIRES

(...)

8. **Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché.** Dans le cas d'une décomposition par lot, chaque lot donnant lieu à un marché séparé, cette règle s'applique pour chaque lot considéré isolément ».

Article R2142-22

L'acheteur ne peut **exiger** que le groupement d'opérateurs économiques ait **une forme juridique déterminée** pour la présentation d'une candidature ou d'une offre.

L'acheteur peut exiger que les groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme juridique déterminée après l'attribution du marché dans la mesure où cela est nécessaire à sa bonne exécution. Dans ce cas, l'acheteur justifie cette exigence dans les documents de la consultation.

Exiger une forme juridique déterminée

Article 19 directive Marché

« Nonobstant le paragraphe 2, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que les groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme juridique déterminée lorsque le marché leur a été attribué, dans la mesure où cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché ».

CAA Nantes, 27 juin 2008, n°07NT01245, Communauté de Communes de la Plaine d'Argentan Nord

« En précisant dans l'article 2-1 du règlement de la consultation du marché en cause que les candidats pourront se présenter seuls ou en groupement solidaire et en reprenant cette exigence dans l'avis d'appel public à la concurrence, la COMMUNAUTE DE COMMUNES DE LA PLAINE D'ARGENTAN NORD a nécessairement entendu exclure, au stade de l'attribution dudit marché, la possibilité pour les entreprises candidates de constituer des groupements conjoints ; qu'elle a ainsi méconnu les dispositions précitées de l'article 51 du code des marchés publics ; qu'il s'ensuit que la procédure au terme de laquelle la commission d'appel d'offres a retenu l'offre du Centre de développement pour l'habitat et l'aménagement du territoire de Saint-Lô et écarté celle présentée par l'association Habitat et Développement de l'Orne était, ainsi que l'ont estimé à juste titre les premiers juges, entachée d'irrégularité ; ».

CE, 29 octobre 2007, n°301065, Communauté d'agglomération du Pays voironnais

« Il ressort des pièces du dossier que dans sa requête, la société Perrier TP avait soulevé à l'encontre de la procédure de passation de marché, engagée par la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION DU PAYS VOIRONNAIS, non seulement le moyen tiré de la **rupture d'égalité de traitement des candidats résultant de l'absence de choix par la collectivité de la forme de groupement qu'elle exigerait en définitive des entreprises retenues pour l'exécution du contrat**, mais aussi celui tiré de l'**ambiguïté que ce défaut de précision conférerait à l'ensemble de la procédure et entachant ainsi sa régularité** ; que dès lors, en fondant sa décision sur la méconnaissance par la CAPV du principe de transparence posé par l'article 1er du code des marchés publics, le juge des référés n'a pas soulevé d'office un moyen dont il n'aurait pas été saisi ; Considérant que la requérante ne peut utilement soutenir que l'ordonnance est entachée d'une contradiction pour avoir écarté toute violation de l'article 51 du code des marchés publics, invoquée par la société requérante devant le juge des référés, mais néanmoins suspendu la procédure de passation du marché de travaux litigieux, dès lors que cette ordonnance n'est pas fondée sur ce motif ; qu'en effet, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, l'ordonnance attaquée est fondée sur la violation du principe de transparence posé par l'article 1er du code des marchés publics ; que de même, la requérante ne peut utilement soutenir que l'ordonnance reposerait sur une interprétation erronée de l'article 51 du code puisque tel n'est pas le motif de la suspension de la procédure ; Considérant que le règlement de la consultation dispose dans son article 1-4 que : « **En cas de groupement, la forme souhaitée par la personne responsable du marché est un groupement solidaire ou conjoint sans mandataire solidaire**. Si le groupement attributaire du marché est d'une forme différente, il pourra se voir contraint d'assurer sa transformation pour se conformer au souhait de la personne responsable du marché tel qu'il est indiqué ci-dessus » ; que **le juge des référés n'a pas entaché son ordonnance d'une dénaturation de ces stipulations en considérant qu'elles ne permettaient pas aux candidats de connaître à l'avance clairement le choix que ferait la collectivité entre les deux formes de groupement souhaitées par elle** ; ».

Article R2142-23

Les candidatures et les offres sont présentées soit par l'ensemble des membres du groupement, soit par un mandataire qui justifie des habilitations nécessaires pour représenter les autres membres du groupement. Un même opérateur économique ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché.

Article R2142-24

Dans les deux formes de groupements mentionnées à l'article R. 2142-20, l'un des

opérateurs économiques membres du groupement, désigné dans la candidature et dans l'offre comme **mandataire, représente l'ensemble des membres** vis-à-vis de l'acheteur et coordonne les prestations des membres du groupement.
Si le marché le prévoit, le **mandataire** du groupement conjoint est solidaire, pour l'exécution du marché, de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard de l'acheteur.

Mandataire

Guide de bonnes pratiques, « Outils pour faciliter l'accès des TPE et PME aux marchés publics », Fiche n°5 Groupement momentanément d'entreprise, p.24 publié par l'OEAP en 2012

« 3 – Rôle et responsabilité du mandataire

La désignation d'un mandataire est obligatoire. Choisi parmi les membres du groupement, le mandataire est chargé de faire le lien entre le groupement et l'acheteur. Il représente le groupement, est chargé, en fonction de son mandat, de remettre les offres, signer le marché, coordonner les prestations des membres du groupement, assurer la gestion administrative et financière du groupement. Il est destinataire de toutes les décisions prises par l'acheteur dans le cadre de l'exécution du marché (bons de commande, mise en demeure, décisions de réception).

Le mandataire peut de plus, dans les groupements conjoints, être solidaire de chaque membre du groupement pour l'exécution du contrat. L'acheteur public peut imposer cette particularité au groupement, mais cela a un coût. Le mandataire peut être rémunéré. Cette rémunération peut prendre la forme d'un pourcentage prélevé sur le montant total de la prestation confiée au groupement ».

CE, 28 avril 2006, n° 283942, Syndicat mixte de gestion et de travaux pour l'élimination des déchets ménagers et assimilés de la zone ouest du département de l'Hérault

« Considérant d'une part, qu'aux termes de l'article 51 du code des marchés publics relatif aux groupements des candidatures et des offres : ... II. - (...) 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...III. - (...) 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... V. - La composition du groupement ne peut pas être modifiée entre la remise des candidatures et la remise des offres... ; qu'il résulte de ces dispositions que **le dossier présenté par les candidats groupés à un appel d'offres doit comporter, lorsque chacun d'eux n'en est pas signataire, l'indication, soit dans le formulaire remis à cet effet soit par la production d'un mandat présenté à part, attestant que l'un d'entre eux est mandataire des autres prestataires du groupement ; que cette indication revêt un caractère substantiel**.

Considérant qu'après avoir relevé, dans son ordonnance, qu'il n'était pas contesté que la candidature du groupement constitué de la société méditerranéenne de nettoyage et de l'entreprise Gentes ne mentionnait pas que la première était mandataire de la seconde, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Montpellier a jugé que la personne responsable du marché, après avoir admis la candidature du groupement, pouvait aisément vérifier la situation juridique de la société méditerranéenne de nettoyage et que l'omission de cette dernière à indiquer qu'elle était mandataire n'était pas suffisamment substantielle pour permettre au syndicat d'écarter l'offre du groupement pour ce seul motif ; **qu'en jugeant ainsi que l'absence d'indication du mandat dont disposait la société méditerranéenne de nettoyage ne revêtait pas un caractère substantiel, le juge du référé précontractuel a commis une erreur de droit dans l'application des dispositions de l'article 51 du code des marchés publics** ».

DIRECTIVE 2005/32/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 6 juillet 2005 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits consommateurs d'énergie et modifiant la directive 92/42/CEE du Conseil et les

« 7. Le mandataire est toute personne physique ou morale établie dans la Communauté ayant reçu un mandat écrit du fabricant pour accomplir en son nom tout ou partie des obligations et formalités liées à la présente directive » (directive 2005/32/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2005)

Représente l'ensemble des membres

CE, 7 nov. 1986, n°55131, Ville de Toulouse

« Considérant que l'article 1^{er} du cahier des clauses administratives particulières dispose que "Le marché sera passé avec un groupement de concepteurs et de constructeurs solidaires" et que l'article 2-5 du règlement particulier de l'appel d'offres dispose que "Le marché sera conclu avec les entrepreneurs et concepteurs solidairement groupés ; l'un d'eux, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, est solidaire de chacun des autres dans les obligations contractuelles de celui-ci à l'égard du maître de l'ouvrage..." ;

Considérant que les dispositions ci-dessus citées en tant qu'elles se bornent à déclarer que **les entrepreneurs et les constructeurs appartenant à un groupement constitué pour la conception et la réalisation de l'ouvrage sont solidaires, ont pour seul effet de rendre chacun des membres du groupement financièrement responsable du manquement des autres membres du groupement à leur obligations contractuelles et ne sont contraires à aucune règle professionnelle s'imposant aux architectes ;**

Considérant que si la clause de l'article 2-5 du règlement particulier de l'appel d'offres qui impose au groupement de désigner un mandataire solidaire de chacun dans les obligations contractuelles de celui-ci à l'égard du maître de l'ouvrage, crée pour ce mandataire l'obligation de se substituer aux autres co-obligés pour l'exécution du contrat, en cas de défaillance de l'un d'eux et fait, dès lors, obstacle à ce qu'un architecte puisse être désigné en cette qualité de mandataire du groupement, il résulte des affirmations non contestées du commissaire de la République du département de la Haute-Garonne devant le tribunal administratif de Toulouse que **le mandataire commun du groupement de concepteurs-entrepreneurs à qui le conseil municipal a attribué le marché, à savoir le cabinet d'études Arragon-Merlin, n'est pas un architecte et qu'ainsi l'exécution du contrat n'expose pas un architecte à méconnaître les obligations professionnelles qui s'imposent à lui ;** que si l'exécution de cette même clause empêchait les architectes faisant partie d'un groupement de concepteurs-réalisateurs candidats au concours, d'être désignés par ce groupement pour exercer la fonction de mandataire commun, tous les groupements, candidats au concours, se trouvaient dans la même situation et qu'ainsi la clause dont il s'agit n'a pas porté une atteinte illégale à l'égalité des candidats au concours et que si les cabinets d'études participant à un groupement de candidats ne sont pas soumis à la même restriction, la différence de situation qui en résulte par rapport aux architectes a pour origine non la clause incriminée mais l'existence de règles professionnelles différentes qui régissent l'exercice de leurs professions respectives ».

CE, 25 juin 2004, n°250573, Synd. intercommunal de la Vallée de l'Ondayne

« Il résulte de l'article 2.31 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, auquel fait référence le marché litigieux, que des entrepreneurs groupés sont solidaires lorsque chacun d'entre eux est engagé pour la totalité du marché et doit pallier une éventuelle défaillance de ses partenaires, l'un d'entre eux étant désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire et représentant l'ensemble des entrepreneurs vis à vis du maître de l'ouvrage pour l'exécution du marché ; que **les entreprises qui se sont engagées solidairement par un même marché à participer à l'exécution d'un même ouvrage sans qu'aucune répartition des tâches soit faite entre elles par le marché doivent être regardées comme s'étant donné mandat mutuel de se représenter ;**

Considérant cependant qu'en l'absence de stipulation particulière dans le contrat d'engagement, la désignation d'un mandataire pour représenter les membres du groupement auprès du maître de l'ouvrage n'a pas pour effet de confier à ce mandataire la représentation exclusive des autres entreprises solidaires devant le juge du contrat, qui gardent donc la possibilité de s'adresser à ce dernier pour obtenir le paiement du solde global du marché ».

Article R2142-25

L'appréciation des capacités d'un groupement d'opérateurs économiques est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des capacités requises pour exécuter le marché.

CJUE, 7 avril 2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz

« Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 48, paragraphes 2 et 3, de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens que le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'indiquer expressément, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, des règles précises selon lesquelles un opérateur économique peut faire valoir les capacités d'autres entités.

51 Afin de répondre à cette question, il importe de rappeler que, ainsi qu'il a été relevé aux points 33 et 49 du présent arrêt, les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 reconnaissent le droit de tout opérateur économique de faire valoir les capacités d'autres entités, pour autant qu'il est prouvé au pouvoir adjudicateur que le candidat ou le soumissionnaire disposera effectivement des moyens de ces entités qui sont nécessaires à l'exécution du marché concerné.

52 À cette fin, si le soumissionnaire doit prouver qu'il dispose effectivement des moyens de celles-ci, qui ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution d'un marché déterminé, il est néanmoins libre de choisir, d'une part, la nature juridique des liens qu'il entend établir avec les autres entités dont il fait valoir les capacités aux fins de l'exécution de ce marché et, d'autre part, le mode de preuve de l'existence de ces liens (arrêt du 14 janvier 2016, Ostas celnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, point 28).

53 De ce fait, le pouvoir adjudicateur ne saurait, en principe, imposer des conditions expresses susceptibles d'entraver l'exercice du droit de tout opérateur économique de faire valoir les capacités d'autres entités notamment en indiquant à l'avance les modalités concrètes selon lesquelles les capacités de ces autres entités peuvent être invoquées. Ce constat s'impose d'autant plus que, dans la pratique, ainsi que le relève à juste titre la Commission européenne, il apparaît difficile, voire impossible, pour l'opérateur économique de prévoir, a priori, tous les scénarios envisageables d'utilisation des capacités d'autres entités. »

Article R2142-26

Sans préjudice des dispositions de l'article L. 2141-13, la composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché. Toutefois, en cas d'opération de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion ou d'acquisition ou, si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait, il peut demander à l'acheteur l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation en proposant, le cas échéant, à l'acceptation de l'acheteur, un ou plusieurs nouveaux membres du groupement, sous-traitants ou entreprises liées. L'acheteur se prononce sur cette demande après examen de la capacité de l'ensemble des membres du groupement ainsi transformé et, le cas échéant, des sous-traitants ou entreprises liées présentés à son acceptation, au regard des conditions de participation qu'il a définies.

Article R2142-27

Pour les marchés de services ou de travaux et les marchés de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comprenant des prestations de service, l'acheteur peut exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées par l'un des membres du groupement, à condition de l'avoir mentionné dans les documents de la consultation.

Chapitre III - Contenu des candidatures

Section 1 - Présentation des candidatures

Sous-section 1 - Délai de réception des candidatures

Article R2143-1

L'acheteur fixe les **délais de réception** des candidatures en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature.

En **procédure formalisée**, les délais de réception des candidatures ne peuvent être inférieurs aux **délais minimaux propres** à chaque procédure fixée au chapitre Ier du titre VI du présent livre.

Délais de réception**CE, 11 juillet 2018, n°418021, Communauté d'agglomération du Nord Grande-Terre**

« Il incombe au juge des référés de vérifier si le délai de consultation, quand bien même il **serait supérieur au délai minimal fixé par les textes applicables, n'est néanmoins pas manifestement inadapté à la présentation d'une offre compte tenu de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leurs candidatures et leurs offres.** [...] Considérant, enfin, que la société Transports du Centre, dont l'offre en ce qui concerne ce lot n'a pas été écartée comme inappropriée, n'établit pas que le délai de consultation, qui était supérieur au délai minimal fixé par les textes applicables, était manifestement inadapté à la présentation d'une offre, eu égard à la complexité du marché public et au temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature et leur offre ».

Délais minimaux propres**Tableau DAJ, Marchés publics des autorités centrales****Tableau DAJ, Marchés publics des pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités centrales****Article R2143-2**

Les candidatures reçues hors délai sont éliminées.

CAA Paris, 10 février 2014, n° 11PA02676, Société Léo Services

« Considérant qu'en vertu des dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 et du décret du 30 décembre 2005, s'il appartient au pouvoir adjudicateur de fixer librement les modalités de la procédure de passation, il doit le faire dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique, selon lesquels 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 ; qu'en particulier, le pouvoir adjudicateur ne peut attribuer le marché qu'à une entreprise ayant présenté son offre avant l'expiration de la date limite de dépôt des offres fixée par l'avis d'appel public à la concurrence ; que, si la société requérante soutient que l'offre de la société Mosaïques Sarl n'aurait pas été adressée à l'Établissement public du Grand Palais des Champs-Élysées antérieurement à l'expiration de la date limite de dépôt des offres fixée par l'avis d'appel public à la concurrence, soit le 13 février 2009, il résulte de l'instruction, et notamment de l'examen des enveloppes et du rapport d'ouverture des plis, que cette entreprise a respecté le délai qui était imparti aux soumissionnaires pour la communication de leurs offres et que son offre était complète ; que **la seule circonstance que l'acte d'engagement, qui comporte notamment un prix identique à celui proposé dans cette offre, ait été signé par le maître d'ouvrage quelques jours après l'attribution du marché n'indique pas que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures auraient été méconnus** ».

Sous-section 2 - Éléments à produire par le candidat**Article R2143-3**

Le candidat produit à l'appui de sa candidature :

1° Une **déclaration sur l'honneur** pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés aux articles L. 2141-1 à L. 2141-5 et L. 2141-7 à L. 2141-11 notamment qu'il satisfait aux obligations concernant l'emploi des **travailleurs handicapés** définies aux articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du code du travail ;

2° Les renseignements demandés par l'acheteur aux fins de vérification de l'aptitude à exercer **l'activité professionnelle**, de la **capacité économique et financière** et des **capacités techniques et professionnelles** du candidat.

Voir article 2 de l'arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et documents pouvant être demandés aux candidats du marché public.**CAA Versailles, 5 février 2009, n° 07VE02058, Société See Simeoni**

« Sauf à méconnaître l'égalité entre les candidats, les capacités techniques et financières de ceux-ci ne pouvaient être appréciées **qu'au vu des éléments connus et disponibles à la date limite de remise des offres**, soit en l'espèce, le 27 juin 2003 ; qu'ainsi, contrairement à ce que soutient la société See Simeoni, la commission d'appel d'offres ne pouvait, pour apprécier son aptitude à concourir, tenir compte du jugement en date du 30 juin 2003 par lequel le Tribunal de commerce de Versailles a arrêté son plan de continuation pour une durée de dix ans ; que, dès lors qu'à la date limite de remise des offres, la société See Simeoni n'a pu justifier de son aptitude à poursuivre son activité durant la durée prévisible d'exécution du marché, la commission d'appel d'offres, qui l'avait retenue au stade de la sélection des candidats, était cependant en droit d'écartier son offre, le 2 septembre 2003, en raison de ses garanties financières insuffisantes à la date où celles-ci devaient ainsi être appréciées ».

Déclaration sur l'honneur**TUE, 26 septembre 2014, n° T-91/12**

« 59. Ainsi, la décision du 15 décembre 2011 n'est pas une simple décision rejetant la candidature des requérantes au marché en cause. Elle constitue une décision d'exclusion immédiate des requérantes du marché, sans examen, en ce qui les concerne, des autres critères d'appréciation des candidatures, au motif qu'elles se sont rendues coupables de fausses déclarations. La Commission y explique, en effet, qu'elle a été informée que, contrairement à la déclaration des requérantes, des audits annuels en matière de sécurité et de sûreté avaient été effectués en 2009 et en 2010 par les autorités compétentes et que leur candidature était, dès lors, « non exacte et sincère » et devait donner lieu à l'application de l'article 94, sous b), du règlement financier ».

CAA Marseille, 13 Juillet 2015, n° 13MA02280, Société Hydrogéotechnique Sud-Estrégon Languedoc Roussillon

« 15.Considérant d'une part, qu'il ressort de la lettre de candidature du groupement attributaire du marché en litige, présentée au moyen du formulaire DC 1, que ledit groupement est composé de la société Ginger CEBTP et de la société Fugro Géotechnique ; qu'il est constant que ces deux sociétés sont clairement identifiées comme membres du groupement et que leurs représentants ont apposé leur signature dans la rubrique E intitulée " identification des membres du groupement et répartition des prestations " ; que toutefois, seule la société Ginger CEBTP a signé la rubrique H intitulée " signature du candidat individuel ou de chaque membre du groupement " de ladite lettre de candidature alors que les deux sociétés membres du groupement devaient signer cette rubrique ; que si la lettre de candidature contient une déclaration sur l'honneur du candidat justifiant que ce dernier n'entre pas dans un cas l'interdisant de soumissionner prévu à l'article 43 du code des marchés publics, la société Fugro Géotechnique, qui n'a pas signé la lettre de candidature du groupement, doit être regardée comme n'ayant pas produit la déclaration sur l'honneur pourtant prescrite par le règlement de la consultation en son article 12.1.1 ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que la société Fugro Géotechnique a transmis une déclaration sur l'honneur qui lui est propre ; qu'ainsi, conformément aux dispositions de l'article 52 du code des marchés publics précité, l'absence de signature de la lettre de candidature par la société Fugro

Géotechnique et l'absence de production, de sa part, de la déclaration sur l'honneur, rendent irrégulière la candidature du groupement attributaire »

L'emploi des travailleurs handicapés

CE, 22 janvier 2018, n°414860, La société Comptoir de négoce d'équipements

« 5. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit au point 4 qu'aucune disposition n'impose à un employeur occupant moins de vingt salariés d'employer des travailleurs handicapés ou de faire une déclaration annuelle d'emploi des travailleurs handicapés ; que, dès lors, la production du certificat attestant la régularité de la situation de l'employeur au regard de l'emploi des travailleurs handicapés mentionné dans l'arrêté du 25 mai 2016 cité au point 3 ne peut être exigée, lors de la passation d'un marché public, d'un candidat qui emploie moins de vingt salariés ; que, par suite, le juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a commis une erreur de droit en estimant que la société attributaire du marché devait, alors même qu'elle n'était pas assujettie à l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés, produire un certificat attestant de la régularité de sa situation au regard de l'emploi des travailleurs handicapés et que la commune a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en lui attribuant le marché en cause alors que son offre aurait dû être déclarée irrecevable ; que la commune de Vitry-le-François est fondée à demander, pour ce motif, et sans qu'il soit besoin de statuer sur l'autre moyen du pourvoi, l'annulation de l'ordonnance attaquée ».

Aptitude à exercer une activité professionnelle

CJUE, 11 décembre 2011, C-368/10, Commission européenne contre Royaume des Pays-Bas

« 135. La deuxième branche du deuxième moyen s'appuie sur l'article 44, paragraphe 2, de la directive 2004/18. Cette disposition prévoit en substance que le pouvoir adjudicateur peut formuler des exigences minimales en ce qui concerne l'aptitude des soumissionnaires potentiels pour autant qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché ».

Capacité économique et financière

CE, 25 janvier 2006, n° 278115, Département de la Seine-Saint-Denis

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions que l'acheteur public est tenu, lorsqu'il précise dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation ceux des renseignements et documents qu'il invite les candidats à produire, de permettre à ces derniers d'apporter la preuve de leur capacité professionnelle par tout moyen ; que cette obligation est satisfaite lorsque l'acheteur public a précisé, dans les documents de la consultation, que la capacité professionnelle peut être attestée par des certificats de qualification ou d'autres justificatifs regardés comme équivalents ; qu'en revanche ces dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet de prévoir que la mention selon laquelle la preuve de la capacité de l'entreprise peut être apportée par tout moyen doit obligatoirement figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation ».

Capacité professionnelle et technique

CE, 25 Mai 2018, n° 417869, La société L'Atelier des compagnons (ADC)

« 12. Considérant qu'il résulte de l'instruction, d'une part, que la société L'Atelier des compagnons n'a pas produit tous les certificats de qualification professionnelle, notamment les certificats " Qualibat 2112 - Maçonnerie et béton armé courant (technicité confirmée) " et " Qualibat 2213 - Béton armé et béton précontraint (technicité supérieure) ", exigés par l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de la consultation ; que, si elle soutient qu'elle a fourni des références équivalentes aux certificats de qualification professionnelle en produisant la certification " Qualibat 2113 - Maçonnerie et béton armé courant (technicité supérieure) ", plus exigeante, dont est titulaire l'une de ses filiales, la société Score CVBM, elle n'a pas apporté au pouvoir adjudicateur, contrairement aux prescriptions de l'article 8.1 du règlement de la consultation, la preuve qu'elle disposerait de cette dernière en qualité de sous-traitant ; que la circonstance que la société Score CVBM soit mentionnée dans la présentation de la société ne suffit pas à établir que celle-ci pourrait s'appuyer sur sa filiale pour

l'exécution du marché ; qu'elle n'a pas davantage établi que l'un des fournisseurs dont elle se prévalait, la société Strudal, serait titulaire de la certification " Qualibat 2213 - Béton armé et béton précontraint (technicité supérieure) " ; que, d'autre part, les niveaux minimaux de capacités exigés par le pouvoir adjudicateur à l'appui des candidatures n'étaient pas manifestement disproportionnés au regard de l'objet du marché et de la nature des prestations à réaliser ».

CE, 3 octobre 2012, n° 360952, Société Déménagements Le Gars

« Considérant, en deuxième lieu, que le code des marchés publics fixe précisément et limitativement la liste des documents qui peuvent être exigés par le pouvoir adjudicateur à l'appui des candidatures, ainsi que les motifs pour lesquels les candidatures peuvent être écartées sur la foi de ces informations ; que la prise en compte par le pouvoir adjudicateur de renseignements erronés relatifs aux capacités professionnelles, techniques et financières d'un candidat est susceptible de fausser l'appréciation portée sur les mérites de cette candidature au détriment des autres candidatures et ainsi de porter atteinte au principe d'égalité de traitement entre les candidats ».

Article R2143-4

L'acheteur accepte que le candidat présente sa candidature sous la forme d'un **document unique de marché européen** et constituant un échange de données structurées, établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen, en lieu et place de la déclaration sur l'honneur et des renseignements mentionnés à l'article R. 2143-3.

En ce qui concerne les conditions de participation, l'acheteur indique dans les documents de la consultation s'il autorise les candidats à se limiter à indiquer dans le document unique de marché européen qu'ils disposent de l'aptitude et des capacités requises sans fournir d'informations particulières sur celles-ci. En l'absence d'une telle mention, cette faculté n'est pas autorisée.

Les opérateurs économiques peuvent réutiliser le document unique de marché européen qui a déjà été utilisé dans une procédure antérieure, à condition de confirmer que les informations qui y figurent sont toujours valables.

Document unique de marché européen

Comm. UE, règl. n° 2016/7, 5 janv. 2016, établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen, JOUE n° L 3, 6 janv. 2016, p. 16

Section 2 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve

Sous-section 1 - Dispositions générales

Article R2143-5

Lorsqu'il demande à un **candidat de fournir un certificat**, une attestation ou tout autre document prouvant qu'une exigence a été satisfaite, l'acheteur accepte **tout document équivalent** d'un autre Etat membre de l'Union européenne. Il n'impose pas la remise de documents sous forme d'original, de copie certifiée conforme ou de traduction certifiée, sauf lorsque cela est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général.

Un candidat de fournir un certificat, une attestation

TPI, 26 septembre 2014, T-91/12, Flying Holding NV e.a. contre Commission européenne

« 88 En outre, les requérantes étant des compagnies aériennes et ainsi des professionnelles du secteur aérien, elles avaient nécessairement connaissance de l'objet des contrôles effectués aux fins d'obtenir le certificat leur permettant de voler qu'est l'AOC. En attestent d'ailleurs les courriers qui leur ont été envoyés par la Direction de l'aviation civile luxembourgeoise avant la réalisation des contrôles relatifs à la reconduction de l'AOC, qu'elles communiquent en annexe à leur courrier du 20 décembre

2011 et qui indiquent les différents volets de ces contrôles et, en particulier, les volets "Flight safety management" (gestion de la sûreté des vols) et "Security" ».

« 90 Dans ces conditions, en rejetant la candidature des requérantes, la Commission ne saurait se voir reprocher de ne pas avoir utilisé des moyens aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en matière de marchés publics et d'être allée au-delà de ce qui était nécessaire pour les atteindre (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 12 mai 2011, Luxembourg/Parlement et Conseil, C-176/09, Rec. p. I-3727, point 61, et la jurisprudence citée) ».

Tout document équivalent

CE, 9 juin 2017, n°400530, Transport Logistyka Polska

« 8. Considérant, en troisième lieu, que le 1° de l'article 9 de la directive 2014/67/UE dispose que les États membres peuvent notamment imposer aux entreprises qui détachent des salariés sur leur sol " (...) b) l'obligation de conserver ou de fournir, sur support papier ou en format électronique, le contrat de travail, ou tout document équivalent (...), les fiches de paie, les relevés d'heures indiquant le début, la fin et la durée du travail journalier et les preuves de paiement des salaires (...) / c) l'obligation de fournir les documents visés au point (...) qu'en outre, cette désignation n'est soumise à aucun formalisme ni à aucune procédure d'acceptation par les autorités françaises ; que, par suite, le moyen tiré de ce qu'en imposant la désignation d'un représentant pendant une durée égale à la durée du détachement augmentée de dix-huit mois, le décret attaqué ferait peser une charge excessive sur les petites et moyennes entreprises de transport qui serait de nature à porter atteinte au principe de libre prestation des services doit être écarté »

Sous-section 2 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve de l'absence de motifs d'exclusion

Article R2143-6

L'acheteur accepte, comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'exclusion mentionné aux articles L. 2141-1 et aux 1° et 3° de l'article L. 2141-4, une déclaration sur l'honneur.

Article R2143-7

L'acheteur accepte comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'exclusion mentionné à l'article L. 2141-2, les **certificats délivrés par les administrations et organismes compétents**. La liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales devant donner lieu à délivrance d'un certificat ainsi que la liste des administrations et organismes compétents figurent dans un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code.

Le candidat établi à l'étranger produit un certificat établi par les administrations et organismes de son pays d'origine ou d'établissement.

Les certificats délivrés par les administrations et organismes compétents

CAA Marseille, 4 juin 2012, n°09MA01929, SOCIETE AZUR FETES

« Considérant qu'il est constant que la consultation en vue de la passation du marché en litige a été lancée le 6 juillet 2004 ; qu'il incombait par suite aux candidats de justifier de la régularité de leur situation fiscale au 31 décembre 2003 ; qu'il ressort des pièces du dossier que la société Concept Animations Festivités ne s'est pas bornée à produire à l'appui de sa candidature un document émanant du centre des impôts dont elle relève attestant de la régularité de sa situation au 30 mars 2003, mais a également produit, outre les justificatifs relatifs aux contributions sociales, des attestations de la recette principale des impôts de Nice Est et de la trésorerie Nice port Rossini attestant la régularité de la situation de la société au regard respectivement de la TVA et de l'impôt sur les sociétés à la date du 31 décembre 2003 ; **que le document du 21 septembre 2004 relatif à l'apurement d'une dette de TVA indiquée comme**

constatée en mars 2004 ne permet pas en lui-même de retenir que cette dette se rapporte en tout ou partie à des sommes dues au 31 décembre 2003 ; que les difficultés financières rencontrées ensuite rapidement par la société Concept Animations Festivités n'établissent pas plus l'absence de régularité de la situation fiscale et sociale de cette société à cette date ; que le moyen tiré de ce que la société Concept Animations Festivités n'aurait pas justifié auprès de l'office du tourisme et des congrès de Nice en application des dispositions précitées de la régularité de sa situation fiscale et sociale doit, par suite, être écarté »

Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics

Voir Arrêté du 25 mars 2016 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution de marchés publics et contrats de concession.

Article R2143-8

Le candidat produit, le cas échéant, les pièces prévues aux articles R. 1263-12, D. 8222-5 ou D. 8222-7 ou D. 8254-2 à D. 8254-5 du code du travail.

Article R2143-9

L'acheteur accepte comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'exclusion mentionné à l'article L. 2141-3, la **production d'un extrait du registre pertinent**, tel qu'un extrait K, un extrait K bis, un extrait D1 ou, à défaut, d'un document équivalent délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente du pays d'origine ou d'établissement du candidat, attestant de l'absence de cas d'exclusion. Lorsque le candidat est en redressement judiciaire, il produit la copie du ou des jugements prononcés.

La production d'un extrait du registre pertinent

CAA Bordeaux, 1^{er} décembre 2016, n°14BX01718, Communauté de communes du Bazadais

« Il appartenait ainsi à la société Entreprise de Bâtiment Dus de joindre à son offre une copie du jugement arrêtant le plan de redressement. Il est constant que la société requérante, qui a indiqué à tort dans le formulaire de déclaration de candidature qu'elle avait rempli qu'elle ne faisait pas l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, n'a pas produit ce jugement avec son dossier de candidature. Par suite, le dossier de candidature de la société était incomplet et le pouvoir adjudicateur aurait été tenu d'écarter son offre qui était irrégulière ».

Article R2143-10

Lorsque les autorités compétentes du pays d'origine ou d'établissement du candidat ne délivrent pas les documents justificatifs équivalents à ceux mentionnés aux articles R. 2143-6 à R. 2143-9 ou lorsque ceux-ci ne mentionnent pas tous les motifs d'exclusion de la procédure de passation, ils peuvent être remplacés par une **déclaration sous serment** ou, dans les pays où une telle procédure n'existe pas, par une **déclaration solennelle** faite par l'intéressé devant une autorité judiciaire ou administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié de son pays d'origine ou d'établissement.

Une déclaration sous serment

CJUE, 23 avril 2009, C-292/07, Commission des Communautés européennes

« 149. Il convient de relever que, d'une part, s'agissant des moyens permettant à un opérateur économique de justifier de son habilitation à exercer l'activité professionnelle concernée, les dispositions nationales invoquées par le Royaume de Belgique sont plus restrictives que l'article 46, premier alinéa, de la directive 2004/18, puisqu'elles ne permettent pas qu'une telle justification soit fournie au moyen d'une déclaration sous serment ou d'un certificat.

Or, les dispositions communautaires en matière de procédures de passation de marchés publics visent à ouvrir les marchés auxquels elles s'appliquent à la concurrence communautaire, en favorisant la manifestation d'intérêt la plus large possible parmi les opérateurs économiques (voir, en ce sens, s'agissant de la directive 93/38, arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France, C-16/98, Rec. p. I-8315, point 108), de sorte qu'un opérateur économique ne saurait être dissuadé de participer à une telle procédure en raison du caractère limité des moyens à sa disposition pour justifier de son habilitation ».

Déclaration solennelle

CAA BORDEAUX, 7 Avril 2016, n° 14BX02241, La société Eiffage Construction Sud Aquitaine

« Dans ces conditions, la SA Altuna y Uria, qui a présenté sa candidature comme " succursale d'une société étrangère ", doit être regardée comme étant établie en France et ne peut dès lors utilement se prévaloir des dispositions du II de l'article 46 du code des marchés publics. Par suite, elle relevait du I de l'article 46 précité et devait produire un certificat établi par les organismes français compétents en matière de cotisations sociales ».

Sous-section 3 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve relatifs aux conditions de participation

Article R2143-11

Pour vérifier que les candidats satisfont aux conditions de participation à la procédure, l'acheteur peut exiger la production des renseignements et documents dont la liste figure dans un **arrêté** annexé au présent code.

QE, Sénat, n°03963, 19/07/2018, Mme Christine Herzog,

« Seul le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché public doit justifier ne pas être dans un cas d'interdiction de soumissionner en produisant les attestations sociales et fiscales, ces dernières sont prévues par les articles R. 1263-12, D. 8222-5 ou D. 8222-7 ou D. 8254-2 à D. 8254-5 du code du travail ».

[Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics](#)

Article R2143-12

Si le candidat s'appuie sur les capacités d'autres opérateurs économiques, il justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché. Cette preuve peut être apportée par tout moyen approprié.

Les capacités d'autres opérateurs économiques

CJUE, 10 octobre 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 et Mannocchi luigino,

« Les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, lus en combinaison avec l'article 44, paragraphe 2, de cette directive, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition nationale telle que celle en cause au principal, qui interdit, en règle générale, aux

opérateurs économiques participant à une procédure d'adjudication d'un marché public de travaux de faire valoir, pour une même catégorie de qualification, les capacités de plusieurs entreprises ».

CJUE, 7 avril 2016, C-324/14, Patner pelski Darius

« Les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, lus en combinaison avec l'article 44, paragraphe 2, de cette directive, doivent être interprétés en ce sens que :

– ils reconnaissent le droit de tout opérateur économique de faire valoir, pour un marché déterminé, les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature des liens existant entre lui-même et ces entités, pour autant qu'il est prouvé au pouvoir adjudicateur que le candidat ou le soumissionnaire disposera effectivement des moyens desdites entités qui sont nécessaires à l'exécution de ce marché, et

– il n'est pas exclu que l'exercice dudit droit puisse être **limité, dans des circonstances particulières, eu égard à l'objet du marché concerné ainsi que des finalités de celui-ci. Tel est notamment le cas lorsque les capacités dont dispose une entité tierce, et qui sont nécessaires à l'exécution de ce marché, ne peuvent être transmises au candidat ou au soumissionnaire, de sorte que ce dernier ne saurait se prévaloir desdites capacités que si cette entité tierce participe directement et personnellement à l'exécution dudit marché.**

2) L'article 48, paragraphes 2 et 3, de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens que, eu égard à l'objet d'un marché déterminé ainsi que des finalités de celui-ci, le pouvoir adjudicateur peut, dans des circonstances particulières, aux fins de la correcte exécution de ce marché, indiquer expressément, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, des règles précises selon lesquelles un opérateur économique peut faire valoir les capacités d'autres entités, pour autant que ces règles sont liées et proportionnées à l'objet et aux finalités dudit marché.

3) Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques, énoncés à l'article 2 de la directive 2004/18, doivent être interprétés en ce sens que, dans des circonstances telles que celles du litige au principal, ils s'opposent à ce qu'un pouvoir adjudicateur, après l'ouverture des offres présentées dans le cadre d'une procédure de passation de marché public, accepte la demande d'un opérateur économique, ayant présenté une offre pour l'entièreté du marché en question, de prendre en considération son offre aux fins de l'attribution de certaines parties seulement de ce marché.

4) Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques, énoncés à l'article 2 de la directive 2004/18, doivent être interprétés en ce sens qu'ils exigent d'annuler et de réitérer une enchère électronique à la participation de laquelle un opérateur économique ayant présenté une offre recevable n'a pas été invité, et cela même s'il ne peut pas être constaté que la participation de l'opérateur exclu aurait modifié le résultat de l'enchère.

5) Dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, les dispositions de l'article 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 ne peuvent pas être interprétées à la lumière de celles de l'article 63, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18 ».

Sous-section 4 - Accès des acheteurs aux documents justificatifs et moyens de preuve

Article R2143-13

Les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve que l'acheteur peut obtenir directement par le biais :

1° D'un système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel à condition que l'accès à celui-ci soit gratuit et, le cas échéant, que figurent dans le dossier de candidature toutes les informations nécessaires à sa consultation ;

2° D'un espace de stockage numérique, à condition que figurent dans le dossier de candidature toutes les informations nécessaires à sa consultation et que l'accès à ceux-ci soit gratuit.

Article R2143-14

Les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve qui ont déjà été transmis au service acheteur concerné lors d'une précédente consultation et qui demeurent valables, même si celui-ci ne l'a pas expressément prévu.

QE, Sénat, n° 03963, 19/07/2018, Mme Christine Herzog

« Aux termes du 2° du II de l'article 55 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, « l'acheteur ne peut exiger que du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché public qu'il justifie ne pas être dans un cas d'interdiction de soumissionner ». Afin de justifier sa situation, il est notamment tenu de produire « les pièces prévues aux articles R. 1263-12, D. 8222-5 ou D. 8222-7 ou D. 8254-2 à D. 8254-5 du code du travail » mentionnées au III l'article 51 dudit décret, qui valent attestations fiscales et sociales. Il en ressort que le candidat n'est tenu de produire ces pièces qu'une seule fois, soit de lui-même au stade de la candidature, soit lorsque l'acheteur envisage de lui attribuer le marché. Par ailleurs, ni l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, ni le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, n'obligent le titulaire du marché à produire ces pièces après la notification de celui-ci. Par ailleurs, le II de l'article 53 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 permet à l'acheteur de prévoir « que les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve qui leur ont déjà été transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables ». Cette faculté, connue sous le nom du principe « **dites-le-nous une fois** » est devenue une obligation depuis le 1er avril 2017 pour les centrales d'achat, et le sera à partir du 1er octobre 2018 pour les autres acheteurs ».

Sous-section 5 - Opérateurs agréés et certifiés**Article R2143-15**

Pour les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs, les candidats inscrits sur une **liste officielle d'opérateurs agréés** d'un Etat membre de l'Union européenne ou munis d'un certificat délivré par un organisme de certification répondant aux normes européennes en matière de certification peuvent présenter au pouvoir adjudicateur un certificat d'inscription délivré par l'autorité compétente ou le certificat délivré par l'organisme de certification compétent, à condition que ces opérateurs soient établis dans l'Etat membre qui a dressé la liste officielle. Ces certificats indiquent les références qui leur ont permis d'être inscrits sur la liste officielle ou d'obtenir la certification, ainsi que la classification sur cette liste. L'inscription certifiée par les organismes compétents sur des listes officielles ou le certificat délivré par l'organisme de certification constitue une présomption d'aptitude en ce qui concerne les motifs d'exclusion et les conditions de participation couvertes par la liste officielle ou le certificat. Toutefois, en ce qui concerne la vérification de la régularité de la situation fiscale et sociale du candidat, un certificat supplémentaire peut être exigé lors de l'attribution du contrat ou, lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue, lors de la sélection des candidats.

Liste officielle d'opérateurs agréés**CJUE, 6 octobre 2015, C-203/14, Consorci Sanitari del Maresme**

« L'article 52 de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens que, même s'il contient certaines exigences en ce qui concerne la détermination des conditions d'inscription des opérateurs économiques sur les listes officielles nationales et pour la certification, il ne définit pas de manière exhaustive les conditions d'inscription de ces opérateurs économiques sur les listes officielles nationales ou les conditions de leur admission à la certification ainsi que les droits et les obligations des entités publiques à cet égard. En tout état de cause, la directive 2004/18 doit être interprétée en ce sens **qu'elle s'oppose à une réglementation nationale en vertu de laquelle, d'une part, les administrations publiques nationales autorisées à offrir les travaux, les produits ou les services visés par l'avis de marché concerné ne peuvent pas être inscrites sur ces listes, ou ne peuvent pas bénéficier de cette certification, alors que, d'autre part, le droit de participer à**

l'appel d'offres concerné est réservé aux seuls opérateurs qui figurent sur lesdites listes ou détiennent ladite certification ».

Section 3 - Traduction en français**Article R2143-16**

L'acheteur peut exiger que les candidats joignent une traduction en français aux éléments et documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application du présent chapitre.

CAA DOUAI, 13 décembre 2014, n°12DA00188, société Inaer Helicopter France

« Considérant qu'aux termes du 2.8 de l'article II du règlement de la consultation relatif à la procédure en litige : " les pièces et documentations utilisées lors de ce marché seront rédigées de préférence en langue française, à défaut en langue anglaise (...) " ; que **ces dispositions n'imposaient pas la remise d'une offre rédigée entièrement en langue française dans le cadre du marché dont la validité est contestée ; que, dès lors, l'offre de la société anonyme NHV comportant un document technique en langue anglaise n'était pas, de ce seul fait, irrégulière** ; qu'en outre et contrairement à ce qui est allégué, il ne résulte pas de l'instruction que la rédaction en langue anglaise de ce document aurait, en l'espèce, eu pour effet d'empêcher la commission d'appel d'offres de procéder à un examen complet et éclairé du dossier de candidature de cette société, et de modifier le résultat de la sélection »

Chapitre IV - Examen des candidatures**Section 1 - Modalités de vérification****Article R2144-1**

L'acheteur vérifie les informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les **capacités** desquels le candidat s'appuie. Cette vérification est effectuée dans les conditions prévues aux articles R. 2144-3 à R. 2144-5.

Capacité des opérateurs économiques**CJUE, 14 janvier 2016, Aff. C-234/14, Ostas celtnieks SIA contre Talsu novada pašvaldība, lepirkumu uzraudzības birojs**

« Or, lorsque, pour démontrer ses capacités financières et économiques ainsi que techniques et/ou professionnelles en vue d'être admise à participer à une procédure d'appel d'offres, une société fait état des capacités d'organismes ou d'entreprises auxquels elle est directement ou indirectement liée, quelle que soit la nature juridique de ces liens, il lui incombe d'apporter la preuve qu'elle dispose «effectivement» des moyens de ces organismes ou entreprises qui ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution du marché (voir, en ce sens, arrêt *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, point 29 et jurisprudence citée).

À cet égard, il y a lieu de relever que, conformément à l'article 44, paragraphe 1, de la directive 2004/18, il appartient au pouvoir adjudicateur de procéder à la vérification de l'aptitude du soumissionnaire à exécuter un marché déterminé. Cette vérification a, notamment, pour objet de donner au pouvoir adjudicateur l'assurance que le soumissionnaire aura effectivement l'usage des moyens de toute nature dont il se prévaut pendant la période couverte par le marché (voir, par analogie, arrêt *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, point 28).

Dans le cadre de ce contrôle, les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 ne permettent ni de présumer qu'un tel soumissionnaire dispose ou non des moyens nécessaires à l'exécution du marché ni, à plus forte raison, d'exclure a priori certains modes de preuve (voir, par analogie, arrêt *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, point 30).

Il en résulte que le soumissionnaire est libre de choisir, d'une part, la nature juridique des liens qu'il entend établir avec les autres entités dont il fait valoir les capacités aux fins de l'exécution d'un marché déterminé et, d'autre part, le mode de preuve de l'existence de ces liens.

Par ailleurs, ainsi que le relève M. l'avocat général au point 43 de ses conclusions, les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 prévoient expressément que ce n'est qu'à titre d'exemple que la production de l'engagement d'autres entités de mettre à la disposition du soumissionnaire les moyens nécessaires à l'exécution du marché constitue une preuve acceptable du fait qu'il disposera effectivement de ces moyens. De ce fait, **ces dispositions n'excluent en aucune manière que le soumissionnaire établisse autrement l'existence des liens qui l'unissent aux autres entités dont il fait valoir les capacités aux fins de la bonne exécution du marché auquel il soumissionne.**

En l'occurrence, l'autorité locale du département de Talsi, en tant que pouvoir adjudicateur, impose à un soumissionnaire, à savoir Oostas celnieks, qui fait valoir les capacités d'autres entités pour l'exécution du marché en cause, d'établir avec ces entités des liens d'une nature juridique précise, de sorte que seuls ces liens particuliers sont susceptibles, aux yeux du pouvoir adjudicateur, de prouver que l'adjudicataire dispose effectivement des moyens nécessaires pour mener à bien l'exécution de ce marché.

En effet, conformément au point 9.5 du cahier des charges, le pouvoir adjudicateur exige que le soumissionnaire, avant la passation du marché public, conclue un accord de partenariat avec ces entités ou crée avec celles-ci une société en nom collectif.

Le point 9.5 du cahier des charges ne prévoit, dès lors, que deux modalités permettant au soumissionnaire d'établir qu'il dispose des moyens nécessaires pour l'exécution du marché en cause, à l'exclusion de tout autre mode de preuve des liens juridiques existant entre ce soumissionnaire et les entités dont il fait valoir les capacités ».

CJUE, 10 octobre 2013, Aff. C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA, Mannocchi Luigino DI contre Provincia di Fermo

« À ce titre, ce pouvoir adjudicateur doit tenir compte du droit que les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 reconnaissent à tout opérateur économique de faire valoir, pour un marché déterminé, les capacités d'autres entités, **quelle que soit la nature des liens existant entre lui-même et ces entités**, pour autant qu'il prouve au pouvoir adjudicateur qu'il disposera des moyens nécessaires pour l'exécution de ce marché.

(...)

Enfin, la Cour a expressément fait état de la faculté, pour un opérateur économique, de mettre en œuvre, pour exécuter un marché, des moyens qui appartiennent à une ou à plusieurs autres entités, éventuellement en sus de ses propres moyens (voir, en ce sens, arrêts du 2 décembre 1999, *Holst Italia*, C-176/98, Rec. p. I-8607, points 26 et 27, ainsi que du 18 mars 2004, *Siemens et ARGE Telekom*, C-314/01, Rec. p. I-2549, point 43).

Il convient donc de considérer que la directive 2004/18 permet le **cumul** des capacités de plusieurs opérateurs économiques en vue de satisfaire aux exigences minimales de capacité fixées par le pouvoir adjudicateur pour autant qu'il soit prouvé à celui-ci que le candidat ou le soumissionnaire qui se prévaut des capacités d'une ou de plusieurs autres entités disposera **effectivement des moyens de ces dernières qui sont nécessaires à l'exécution du marché** ».

CJUE, 2 décembre 1999, Aff. C-176/98, Holst Italia SpA / Comune di Cagliari

« Ainsi, lorsque, pour démontrer ses capacités financières, économiques et techniques en vue d'être admise à participer à une procédure d'appel d'offres, une société fait état des capacités d'organismes ou d'entreprises auxquels elle est liée par des liens directs ou indirects, de quelque nature juridique qu'ils soient, il lui appartient d'établir qu'elle a effectivement la disposition des moyens de ces organismes ou entreprises qui ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution du marché (voir, en ce sens, s'agissant des directives 71/304 et 71/305, arrêt *Ballast Nedam Groep I*, précité, point 17) ».

L'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incomplètes peut demander à **tous les candidats** concernés de **compléter leur dossier** de candidature dans un **délaï approprié et identique pour tous**.
Les dispositions du premier alinéa s'appliquent dans le cas où l'acheteur constate qu'une candidature a été présentée en méconnaissance de l'article R. 2132-7.

Tous les candidats

CE, 4 mars 2011, n° 344197, Région Réunion

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Saint-Denis-de-la-Réunion que par une lettre du 30 juillet 2010 la société assistant la REGION REUNION dans la conduite de la procédure d'attribution, à la suite d'un appel d'offres ouvert, du marché d'entretien ménager du campus de l'Océan indien, a indiqué à la société FMC Antilles, candidate aux trois lots du marché, d'une part, que sa candidature était complète, et, d'autre part, qu'une autre entreprise ayant été sollicitée pour compléter son dossier de candidature, il lui était également possible de compléter le sien, conformément aux dispositions du I de l'article 52 du code des marchés publics ; que par une lettre du 16 septembre 2010, le président du conseil régional de la Réunion a informé la société FMC Antilles du rejet de ses offres pour les trois lots du marché, au motif de leur caractère incomplet et, par suite, irrégulier au regard des dispositions du 1° du I de l'article 35 du code des marchés publics ; qu'en déduisant des seuls termes de ces courriers que la REGION REUNION avait invité d'autres entreprises que la société FMC Antilles à compléter leur offre, après avoir indiqué à celle-ci que la sienne était complète et sans lui demander, avant d'éliminer son offre, de donner des précisions complémentaires, alors qu'il résulte de cette pièce qu'elle ne se rapportait qu'à la vérification des candidatures conformément aux dispositions du I de l'article 52 du code des marchés publics et non à l'examen des offres dans les conditions prévues aux articles 53 et 59 du même code, le juge des référés du tribunal administratif, qui n'a ainsi distingué ni entre le contenu du dossier de candidature et la teneur de l'offre, ni entre la phase de sélection des candidatures et celle de jugement des offres, a commis une erreur de droit ; que la REGION REUNION est par suite fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, à demander pour ce motif l'annulation de son ordonnance ».

Compléter leur dossier de candidature

CE, 3 décembre 2014, n°384180, Département de la Loire-Atlantique

« Considérant qu'aux termes de l'article 52 du code des marchés publics : " I. - Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours. Il peut demander aux candidats n'ayant pas justifié de la capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature de régulariser leur dossier dans les mêmes conditions. (...) " ; Considérant que, pour faire échec à la demande de la société Alho Systembau, le département de la Loire-Atlantique soutient que sa candidature était irrecevable et que cette société est, par suite, insusceptible d'être lésée par les manquements qu'elle invoque, dès lors qu'à l'instar d'autres sociétés du groupement dont elle faisait partie, elle n'a pas transmis un formulaire de candidature DC1 comportant une signature originale de la personne habilitée à engager l'entreprise mais une simple copie ;

Considérant qu'à supposer que le département ait douté de la capacité juridique de tout ou partie des signataires des dossiers de candidature des sociétés membres du groupement ayant la société Léon Grosse pour mandataire lorsqu'il a examiné ces dossiers, il lui était loisible soit de rejeter la candidature de ce groupement soit, en application des dispositions citées ci-dessus de l'article 52 du code des marchés publics, de solliciter une régularisation sur ce point ; qu'ainsi, à défaut de l'avoir rejetée comme irrecevable, le département ne saurait utilement se prévaloir, en défense devant le juge des référés précontractuels, du seul caractère incomplet du dossier de candidature de la société

requérante pour soutenir que son argumentation tirée du ou des manquements invoqués serait inopérante ».

DAJ - Fiche technique, examen des candidatures, page n°18

« Avant et pendant l'examen des candidatures, en procédure formalisée comme en procédure adaptée, l'acheteur peut demander aux candidats de compléter le contenu de leur dossier, lorsque :

- manque l'attestation sur l'honneur relative aux interdictions de soumissionner ou une information réclamée pour les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité ;
- manque l'attestation sur l'honneur relative aux interdictions de soumissionner, une information ou une pièce réclamée pour les marchés publics de défense ou de sécurité
- manque la signature de la candidature lorsque l'acheteur a exigé sa signature dans les documents de la consultation ».

Délai approprié et identique pour tous

CE, 3 octobre 2012, n° 359921, Conseil général des Hauts-de-Seine

« Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'instruction que le formulaire " DC1 " remis par la société Colombus Consulting, mandataire du groupement, à l'appui de la candidature de celui-ci, comportait uniquement la signature de cette société, seul le fichier " zip " étant signé par ces trois sociétés, alors que l'article 4.1 du règlement de la consultation exigeait que ce formulaire comporte la signature électronique de chaque membre du groupement ; que, par suite, c'est à bon droit que le département des Hauts-de-Seine a estimé que leur dossier de candidature était incomplet et a demandé en conséquence au mandataire du groupement, en application des dispositions précitées de l'article 52 du code des marchés publics, de compléter ce dossier ;

Considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'instruction que le département des Hauts-de-Seine a envoyé à l'adresse électronique de la société Colombus Consulting, le 2 mars 2012 à 11 h 01, un courrier électronique ayant pour objet une demande tendant à compléter son dossier de candidature ; que la société ne pouvait prendre connaissance du contenu de cette demande et en accuser réception qu'en activant le lien électronique inclus dans ce courriel ; qu'il résulte également de l'instruction, en particulier d'un courriel adressé le 13 avril 2012 par la société Atexo, gestionnaire de la plate-forme de dématérialisation, au département des Hauts-de-Seine, que ce message est bien parvenu sur le serveur de messagerie de la société Colombus Consulting ; qu'il appartenait à cette dernière d'activer le lien électronique pour pouvoir accéder au contenu de ce message et compléter le dossier de candidature du groupement dans le délai qui lui était imparti pour ce faire ; que, dans ces conditions, le département des Hauts-de-Seine a pu estimer que le dossier de candidature des sociétés membres du groupement demeurait incomplet et rejeter en conséquence leur candidature ».

CAA Bordeaux, 7 avril 2016, n°14BX02241, Eiffage Construction Sud Aquitaine

« Aux termes du I de l'article 52 du code des marchés publics : " I.-Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours. Il peut demander aux candidats n'ayant pas justifié de la capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature de régulariser leur dossier dans les mêmes conditions. Il en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai. Les candidats qui ne peuvent soumissionner à un marché en application des dispositions de l'article 43 ou qui, le cas échéant après mise en oeuvre des dispositions du premier alinéa, produisent des dossiers de candidature ne comportant pas les pièces mentionnées aux articles 44 et 45 ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché. Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions de l'alinéa précédent sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières (...) ".

Par ailleurs, la commune d'Anglet ne peut pas utilement se prévaloir de la circonstance que la SA Altuna y Uria n'aurait fait l'objet d'aucune condamnation pour manquement à ses obligations sociales dès lors qu'il n'est pas reproché à cette société de relever de l'interdiction de soumissionner prévue à

l'article 52 du code des marchés publics mais de ne pas avoir produit l'ensemble des documents requis par l'article 46 de ce code avant la signature du marché. En outre, la SA Altuna y Uria **ne peut pas davantage utilement se prévaloir de la régularisation a posteriori de sa situation jusqu'à l'année 2010, la production du certificat d'affiliation étant exigée pour la signature du marché** ».

Article R2144-3

La vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles des candidats peut être effectuée à tout moment de la procédure et au plus tard avant l'attribution du marché.

Article R2144-4

L'acheteur ne peut exiger que du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché qu'il justifie ne pas relever d'un motif d'exclusion de la procédure de passation du marché.

Article R2144-5

Lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, les vérifications mentionnées aux articles R. 2144-1, R. 2144-3 et R. 2144-4 interviennent **au plus tard** avant l'envoi de l'invitation à soumissionner ou à participer au dialogue.

Au plus tard

DAJ - Fiche technique, examen des candidatures, page n°6

« Si l'acheteur a fixé un nombre maximum de candidat admis à participer à la suite de la procédure, cette vérification intervient au plus tard avant l'envoi de l'invitation prévue à l'article 56 du décret n° 2016-360. Cette règle particulière s'explique par la nécessité de s'assurer qu'aucun des candidats admis à participer à la suite de la procédure s'avère, au final, ne pas présenter les conditions de participation qu'il avait annoncées. Dans un tel cas, cet opérateur économique prendrait la place d'un candidat qui aurait pu satisfaire aux conditions de participation annoncées et qui a été éliminé ; la procédure serait alors viciée ».

CE 25 janvier 2019, N°421844, Société Dauphin Telecom

« 10. En troisième lieu, il résulte de l'instruction que la société Dauphin Télécom a fait l'objet, ainsi qu'il a été dit, d'une procédure de redressement judiciaire ouverte le 25 juin 2009 et qu'à l'issue d'une période d'observation, un plan de redressement prévoyant un apurement du passif sur une durée de neuf ans a été arrêté par un jugement du 4 novembre 2010 du tribunal de commerce de Pointe-à-Pitre, durée ultérieurement portée à dix ans par d'autres jugements. S'il résulte des dispositions combinées de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et des articles 51 et 55 du décret du 25 mars 2016, citées aux points 3 et 4, qu'il lui incombait, pour que le marché puisse lui être attribué, de produire une copie des jugements mentionnés au point 5, la collectivité de Saint-Barthélemy ne pouvait, ainsi qu'il a été dit au point 4, exiger la production de ces justifications en même temps que le dépôt de sa candidature. **Dès lors qu'il résulte par ailleurs de l'instruction qu'elle n'avait pas décidé de limiter le nombre des candidats admis à négocier, elle n'a entaché la procédure d'aucune irrégularité en n'écartant pas la candidature de la société Dauphin Télécom au motif que son dossier de candidature aurait été incomplet et en se bornant à exiger que la société produise les jugements en cause après que son offre eut été retenue. »**

Article R2144-6

L'acheteur peut demander au candidat de **compléter ou d'expliquer** les documents justificatifs et moyens de preuve fournis ou obtenus.

Compléter/expliquer

CJUE 10 oct. 2013, aff. C-336/12, Ministeriet for Forskning c/ Manova A/S

« Le principe d'égalité de traitement doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur demande à un candidat, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures à un marché public, la communication de documents descriptifs de la situation de ce candidat, tels que le bilan publié, dont l'existence avant l'expiration du délai fixé pour faire acte de candidature est objectivement vérifiable pour autant que les documents dudit marché n'aient pas imposé explicitement leur communication sous peine d'exclusion de la candidature. Une telle demande ne doit pas indûment favoriser ou défavoriser le ou les candidats auxquels ladite demande a été adressée ».

CJUE, 29 mars 2012, n° C-599/10, SAG ELV Slovensko

« L'article 55 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens qu'il exige la présence dans la législation nationale d'une disposition telle que l'article 42, paragraphe 3, de la loi n° 25/2006 relative aux marchés publics, dans sa version applicable à l'affaire au principal, qui prévoit, en substance, que, si le candidat propose un prix anormalement bas, le pouvoir adjudicateur lui demande par écrit de clarifier sa proposition de prix. Il appartient au juge national de vérifier, au vu de l'ensemble des pièces du dossier qui lui est soumis, si la demande d'éclaircissement a permis au candidat concerné d'expliquer à suffisance la composition de son offre.

L'article 55 de la directive 2004/18 s'oppose à la position d'un pouvoir adjudicateur qui considérerait qu'il ne lui incombe pas de demander au candidat d'expliquer un prix anormalement bas.

L'article 2 de la directive 2004/18 ne s'oppose pas à une disposition du droit national, telle que l'article 42, paragraphe 2, de ladite loi n° 25/2006, selon laquelle, en substance, le pouvoir adjudicateur peut demander par écrit aux candidats de clarifier leur offre sans toutefois demander ou accepter une modification de l'offre. Dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont dispose ainsi le pouvoir adjudicateur, il incombe à ce dernier de traiter les différents candidats de manière égale et loyale, de telle sorte que la demande de clarification ne puisse pas apparaître, à l'issue de la procédure de sélection des offres et au vu du résultat de celle-ci, comme ayant indûment favorisé ou défavorisé le ou les candidats ayant fait l'objet de cette demande ».

DAJ - Fiche technique, examen des candidatures, page 19

« Il s'agit ici d'obtenir des éclaircissements ou compléments sur des documents justificatifs ou preuves déjà obtenus par l'acheteur.

Ce dernier peut se trouver dans une situation où il a besoin d'obtenir des compléments ou des explications sur les documents justificatifs ou les preuves fournis ou obtenus, pour pouvoir les analyser. Tel peut être le cas si le document en question est rédigé dans une langue étrangère.

Dans ce cas, le III de l'article 55 du décret n° 2016-360 et l'article 48 du décret n° 2016-361 lui permettent de demander au candidat concerné les compléments ou explications nécessaires. L'égalité de traitement entre les candidats impose que le délai octroyé par l'acheteur soit identique pour tous les candidats. Ce délai doit être raisonnable.

L'acheteur n'a pas l'obligation d'avertir les autres candidats de la mise en œuvre de cette demande de complément ou d'explication.

En application du IV de l'article 55 du décret n° 2016-360 et de l'article 48 du décret n° 2016-361, si le candidat concerné ne fournit pas dans le délai imparti les compléments ou explications demandés, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé ».

Article R2144-7

Si un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans un cas d'exclusion, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur, produit, à l'appui de sa candidature, de faux renseignements ou documents, ou ne peut **produire dans le délai imparti** les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé.

Dans ce cas, lorsque la vérification des candidatures intervient après la sélection des candidats ou le classement des offres, le candidat ou le soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour

produire les documents nécessaires. Si nécessaire, cette procédure peut être reproduite tant qu'il subsiste des candidatures recevables ou des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

Produire dans le délai imparti**CAA BORDEAUX, 7 Avril 2016, n° 14BX02241, La société Eiffage Construction Sud Aquitaine**

« Il résulte du III de l'article 46 du code des marchés publics que l'absence de production des attestations et certificats requis dans le délai imparti devait entraîner l'élimination du candidat dont l'offre a été retenue, ce qui faisait obstacle à la signature du marché avec la SA Altuna y Uria. Ainsi et alors au surplus que les charges sociales influent sensiblement sur le coût de la main d'œuvre et par suite sur la formation des prix, la commune d'Anglet n'est pas fondée à soutenir que l'irrégularité ainsi constatée ne revêtirait pas un caractère suffisamment grave pour justifier l'annulation du contrat. Dans ces conditions, et sans qu'il soit besoin, de se prononcer sur le bien-fondé des autres motifs retenus par le tribunal administratif, ce seul motif justifiait l'annulation du contrat ».

Section 2 - Invitation des candidats sélectionnés**Article R2144-8**

L'acheteur invite simultanément et par écrit les candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue.

Article R2144-9

En cas d'appel d'offres restreint, de procédure avec négociation ou de dialogue compétitif, l'invitation comprend au minimum les informations suivantes :

- 1° La référence de l'avis d'appel à la concurrence publié ;
- 2° La date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle les offres doivent être transmises et la ou les langues autorisées pour leur présentation. Toutefois, dans le cas du dialogue compétitif, ces renseignements ne figurent pas dans l'invitation à participer au dialogue mais dans l'invitation à remettre une offre finale ;
- 3° Dans le cas du dialogue compétitif, la date et le lieu du dialogue ainsi que la ou les langues utilisées ;
- 4° La liste des documents à fournir ;
- 5° La pondération ou la hiérarchisation des critères d'attribution du marché si ces renseignements ne figurent pas dans les documents de la consultation ;
- 6° L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation ont été mis à disposition des candidats. Lorsque les documents de la consultation n'ont pas été mis à disposition sur un profil d'acheteur, pour l'un des motifs énoncés aux articles R. 2132-12 et R. 2132-13, ni par d'autres moyens, ils sont joints à l'invitation.

Titre V - Phase d'offre
Chapitre 1er - Présentation et contenu des offres

Article L2151-1

En cas d'allotissement, les opérateurs économiques ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.

Section 1 - Présentation des offres
Sous-section 1 - Délais de réception

Tableau – DAJ- Délais applicables aux marchés publics des pouvoirs adjudicateurs qui sont des autorités centrales

Tableau – DAJ- Délais applicables aux marchés publics des pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités centrales

Article R2151-1

L'acheteur fixe les délais de réception des offres en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur offre

Article R2151-2

Les délais de réception des offres présentées dans le cadre d'une procédure formalisée ne peuvent être inférieurs aux délais minimaux propres à chaque procédure, définis au chapitre 1er du titre VI.

Lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur pour l'une des raisons mentionnées à l'article R. 2132-5, le délai minimal de réception des offres est augmenté de cinq jours, sauf urgence dûment justifiée.

Article R2151-3

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, les délais de réception des offres sont suffisants pour permettre à tous les opérateurs économiques de prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour l'élaboration de leurs offres.

Article R2151-4

Le délai de réception des offres est prolongé dans les cas suivants :

1° Lorsqu'un complément d'informations, nécessaire à l'élaboration de l'offre, demandé en temps utile par l'opérateur économique, n'est pas fourni dans les délais prévus à l'article R. 2132-6 ;

2° Lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents de la consultation. La durée de la prolongation est proportionnée à l'importance des informations demandées ou des modifications apportées.

Article R2151-5

Les offres reçues hors délai sont éliminées.

Sous-section 2 - Modalités de remise

Article R2151-6

Le soumissionnaire transmet son offre en une seule fois. Si plusieurs offres sont successivement transmises par un même soumissionnaire, seule est ouverte la dernière

offre reçue par l'acheteur dans le délai fixé pour la remise des offres.

Article R2151-7

L'acheteur peut interdire aux candidats, dans les documents de la consultation, de présenter pour le marché ou certains de ses lots plusieurs offres en agissant à la fois :

- 1° En qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ;
- 2° En qualité de membres de plusieurs groupements.

Sous-section 3 - Variantes

Article R2151-8

Les acheteurs peuvent autoriser la présentation de variantes dans les conditions suivantes :

1° Pour les marchés passés selon une procédure formalisée :

- a) Lorsque le marché est passé par un pouvoir adjudicateur, les variantes sont interdites sauf mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;
- b) Lorsque le marché est passé par une entité adjudicatrice, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;

2° Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans les documents de la consultation.

Variante

CE, 21 octobre 2015, n° 391311, SA Test

« Considérant qu'il résulte des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel que l'article 3-6 du règlement de la consultation exclut les variantes et options ; que, selon les articles 1-2 et 3-2 du cahier des clauses techniques particulières, les enquêtes, objet du marché, devaient être réalisées selon deux modes opératoires complémentaires, respectivement par un déplacement des enquêteurs au domicile des ménages et par téléphone, chacun de ces deux types d'enquêtes donnant lieu à un questionnaire spécifique conformément à l'article 2-7 du même document ; que, s'agissant des enquêtes à domicile, il résulte de l'article 3-3 du même cahier des clauses techniques que la maîtrise d'ouvrage exigeait des candidats qu'ils formulent obligatoirement " Dans un souci de réduire les coûts de la collecte (...) et d'optimiser la qualité des données collectées " deux propositions alternatives de saisie des données, l'une s'effectuant sur support écrit et l'autre directement sur support numérique ; qu'en outre, l'article 5-1 du règlement de la consultation mentionne parmi les " Justificatifs (ou contenu) de l'offre : / (...) - Décomposition du prix global et forfaitaire (chiffrer obligatoirement les deux solutions) " et que l'article 6 de ce même règlement prévoyait pour le jugement des propositions une seule et même liste de critères d'analyse de la valeur technique ; qu'enfin, l'acte d'engagement distingue à son article Prix le " Montant de la solution 1 - Enquête face à face " du " Montant de la solution 2 - Support numérique " et demande aux candidats de s'engager sur les montants de chacune des solutions ; qu'ainsi **le juge des référés précontractuels, qui a justement relevé que l'exigence posée par les documents de la consultation, tendant à ce que les candidats présentent une proposition de saisie des données sur support numérique, devait être regardée comme une solution alternative à la saisie sur support papier et ne pouvait être assimilée ni à une option, ni à une variante, ne pouvait, sans dénaturer les pièces du dossier qui lui était soumis, considérer que la communauté urbaine n'avait pas porté à la connaissance des candidats le fait que les deux solutions feraient l'objet d'une appréciation séparée**, selon les mêmes critères, et que le pouvoir adjudicateur se réservait la possibilité de sélectionner uniquement l'une de ces deux solutions ; qu'il suit de là qu'il y a lieu d'annuler l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a annulé la procédure de passation du marché litigieux »

CAA BORDEAUX, 19 juin 2017, n° 15BX02593, Société Société Lafitte Paysage

« Une offre qui comporte un procédé d'exécution différent de celui qui est prévu dans le cahier des clauses techniques particulières constitue une variante, même si sa mise en œuvre permettrait la

réalisation d'un ouvrage conforme à celui qu'a demandé la personne publique ». « un procédé non de fabrication, mais d'exécution différent de celui qui était prévu dans le [CCTP] » constituait « une variante ».

En examinant puis en retenant cette offre variante alors que la société [retenue] n'avait présenté qu'une offre de base lors du dépôt de sa candidature, la commune avait remis en cause les conditions de l'appel à concurrence et méconnu les principes fondamentaux de la commande publique, notamment le principe de l'égalité de traitement entre les candidats ».

Article R2151-9

L'acheteur peut exiger la présentation de variantes. Dans ce cas, il l'indique dans l'avis d'appel à la concurrence, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation.

Article R2151-10

Lorsque l'acheteur autorise ou exige la présentation de variantes, il mentionne dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation.

Article R2151-11

Pour les marchés de fournitures ou de services, une variante ne peut être rejetée au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, à un marché de services au lieu d'un marché de fournitures ou à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services.

Section 2 - Informations et documents à produire dans l'offre

Article R2151-12

L'acheteur peut exiger que les soumissionnaires joignent une traduction en français aux documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application de l'article R. 2151-6. Il n'impose pas de traduction certifiée sauf lorsque cela est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général.

Article R2151-13

Dans les documents de la consultation, l'acheteur peut demander aux soumissionnaires d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers, notamment à des **petites et moyennes entreprises** au sens de la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises ou à des artisans au sens du I de l'article 19 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 modifiée relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat.

Petites et moyennes entreprises

Recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003

« Microentreprise: elle emploie moins de 10 personnes et son chiffre d'affaires annuel (montant d'argent perçu à une période donnée) ou son bilan (état des actifs et des passifs de la société) n'excède pas 2 millions d'euros,

Petite entreprise: elle emploie moins de 50 personnes et son chiffre d'affaires ou son bilan n'excède pas 10 millions d'euros,

Moyenne entreprise: elle emploie moins de 250 personnes et son chiffre d'affaires n'excède pas 50 millions d'euros ou son bilan n'excède pas 43 millions d'euros ».

Article R2151-14

Dans les documents de la consultation, l'acheteur peut exiger que les soumissionnaires

fournissent, comme moyen de preuve de la conformité aux spécifications techniques, aux critères d'attribution ou aux conditions d'exécution du marché, un rapport d'essai d'un organisme d'évaluation de la conformité accrédité, conformément au règlement (CE) n° 765/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits et abrogeant le règlement (CEE) n° 339/93 du Conseil, ou un certificat délivré par un tel organisme. Lorsqu'il exige un certificat établi par un organisme d'évaluation identifié, il accepte un certificat établi par un organisme équivalent.

Lorsqu'un opérateur économique n'a pas accès aux certificats ou aux rapports d'essai mentionnés à l'alinéa précédent ni la possibilité de les obtenir dans les délais fixés par l'acheteur, ce dernier accepte d'autres moyens de preuve appropriés.

Article R2151-15

Dans les documents de la consultation, l'acheteur peut exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes ainsi que de tout document permettant d'apprécier l'offre. Lorsque ces demandes impliquent un investissement significatif pour les soumissionnaires, elles donnent lieu au versement d'une prime. Le montant de la prime est indiqué dans les documents de la consultation. Ce montant est déduit de la rémunération du titulaire du marché.

TA Versailles, 15 juill. 2019, n° 1707597, Société Pitch Promotion SNC

« Il ressort de l'article 57 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, que la caractérisation d'un investissement significatif doit reposer sur une **analyse objective des frais avancés** pour constituer une offre régulière, quels que soient les candidats. Au regard du montant du marché qui s'élevait à 11,8 millions d'euros HT, et de son caractère global, la commune était en droit de demander des documents permettant d'analyser la pertinence des offres et de s'assurer des capacités professionnelles des prestataires afin de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Pour constituer son offre, la société requérante a eu recours aux services d'un maître d'œuvre, dans la mesure où les pièces demandées par la commune nécessitaient un avancement du projet au moins au niveau de l'avant-projet sommaire (APS) et de définir précisément le projet de construction. Ainsi, les entreprises candidates, qui ont fourni des prestations de conception adaptées au seul appel d'offres relatif au centre administratif de Corbeil-Essonnes ont supporté une charge plus élevée que celle généralement supportée par les candidats ou soumissionnaires aux marchés publics. Par suite, et alors d'ailleurs que seules deux entreprises ont candidaté à l'attribution du marché, en ne prévoyant aucune prime de participation dans la procédure litigieuse la commune a violé l'article 57 III du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, et a commis une faute, susceptible d'engager sa responsabilité quasi-délictuelle ».

Article R2151-16

Dans les marchés de travaux ou de services et les marchés de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comportant des prestations de service, l'acheteur peut imposer aux soumissionnaires qu'ils indiquent les noms et les qualifications professionnelles pertinentes des personnes physiques qui seront chargées de l'exécution du marché, lorsque la qualité de l'offre est évaluée sur la base du savoir-faire, de l'efficacité, de l'expérience ou de la fiabilité de l'équipe dédiée à cette exécution.

Chapitre II - Examen des offres

Section 1 - Offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées

Article L2152-1

L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées.

Article R2152-1

Dans les procédures adaptées sans négociation et les procédures d'appel d'offres, les

offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées.
 Dans les autres procédures, les offres inappropriées sont éliminées. Les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables au cours de la négociation ou du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. Lorsque la négociation ou le dialogue a pris fin, les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables sont éliminées.

Article L2152-2

Une offre **irrégulière** est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.

Article R2152-2

Dans toutes les procédures, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.
 La **régularisation** des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles.

Irrégulière

CAA de BORDEAUX, 24 juillet 2018, n° 15BX04151, Ingénierie construction moderne (ICM)

« En deuxième lieu et aux termes du III de l'article 53 du code des marchés publics : " Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue." **Une offre est considérée comme irrégulière lorsque tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, elle est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Est inappropriée une offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur.**

Contrairement à ce que soutient l'appelante, il ne résulte pas de l'instruction que les offres proposées par la société attributaire du marché ainsi que par la société la moins disante n'auraient pas respecté les exigences du dossier de consultation en matière de norme parasismique, en particulier, n'auraient pas intégré l'exigence d'une construction en catégorie parasismique D prévue au cahier des clauses techniques particulières. À cet égard, la circonstance que le maître d'œuvre ait porté, dans son rapport d'analyse des offres, **une appréciation défavorable sur la valeur technique de l'offre de l'entreprise la moins disante, ne peut suffire à établir que cette offre aurait dû être éliminée en application des dispositions précitées avant tout classement** ».

CE, 19 décembre 2014, n°384014, Valor'Aisne

« Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes du III de l'article 53 du code des marchés publics : " Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées (...) " ; qu'aux termes du 1° du I de l'article 35 du même code : " (...) Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur (...) " ; que **la société requérante soutient que l'offre de l'attributaire est irrégulière et inacceptable au motif qu'en conduisant à un traitement des déchets en dehors du département de l'Aisne, le choix de cette offre méconnaît les dispositions du plan de prévention et de gestion des déchets de l'Aisne** et ainsi les dispositions combinées des articles L. 541-14 et L. 541-15 du code de l'environnement, en vertu desquelles les décisions prises par les personnes publiques dans le domaine de la gestion des déchets doivent être compatibles avec les plans de prévention et de gestion des déchets ; que, **toutefois, l'objectif du plan de prévention et des déchets de l'Aisne invoqué par la requérante et tenant en un traitement limité des déchets en dehors du département est fixé à un horizon postérieur à la fin de l'exécution du marché** ;

que, par suite, la société n'est, en tout état de cause, **pas fondée à soutenir que l'offre de l'attributaire serait, pour ce motif, inacceptable et irrégulière** ».

Régularisation

CE, 16 avril 2018, Collectivité de Corse, n°417235

« Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge des référés a relevé que la société SNT Petroni avait transmis au soutien de son offre, le 31 octobre 2017, le bordereau initial des prix, sur lequel n'apparaissaient pas les prescriptions attendues concernant la rubrique 7.11 du règlement de consultation relative à la zone de sécurité, et que cette société avait pris connaissance de la modification du bordereau effectuée par le pouvoir adjudicateur le 12 octobre 2017 dont elle a nécessairement tenu compte pour rédiger son offre, ainsi que le détail estimatif des prix le confirme ; qu'en en déduisant que la circonstance, pour regrettable qu'elle soit, que la SNT Petroni n'ait pas utilisé le bordereau des prix tel qu'il avait été modifié par le pouvoir adjudicateur n'était pas de nature, à elle seule, à pouvoir faire regarder son offre comme irrégulière et en relevant, au surplus, que le département aurait pu lever toute éventuelle ambiguïté en demandant une régularisation à cette candidate, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit ».

CE, 21 mars 2018, n° 415929, société coopérative de peinture et d'aménagement (SCPA)

« Le département des Bouches-du-Rhône pouvait éliminer l'offre de la société SCPA sans inviter au préalable cette société à la régulariser ».

CE, 21 septembre 2011, n° 349149, Département des Hauts-de-Seine

« Considérant qu'aux termes du I de l'article 59 du code des marchés publics : " Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre. " ; que si ces dispositions s'opposent en principe à toute modification du montant de l'offre à l'initiative du candidat ou du pouvoir adjudicateur, ce principe ne saurait recevoir application dans le cas exceptionnel où il s'agit **de rectifier une erreur purement matérielle**, d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue ».

Fiche DAJ, l'examen des offres

« Il ne peut en revanche s'agir de permettre à un candidat de joindre un document omis et qui était essentiel pour évaluer son offre ou de revoir de manière importante ses prix en cas de méconnaissance d'une législation ».

Article L2152-3

Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure.

Inacceptable

CAA Marseille, 1er février 2016, n°14MA01954, Société Axis Architecture

« Considérant toutefois, et en dernier lieu, que le pouvoir adjudicateur doit, en application du III de l'article 53 du code des marchés publics, éliminer les offres " inappropriées, irrégulières et inacceptables ", lesquelles s'entendent notamment, en vertu du 1° du I de l'article 35 du même code, de celles que " les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas... de... financer " ;
 Considérant qu'il résulte de l'instruction que le montant prévisionnel du marché a été évalué à 185 000 euros hors taxe ; que l'offre de la société retenue s'élevait, après négociation, à 188 000 euros hors taxe et était donc supérieure à l'estimation effectuée ; que la circonstance que cette offre soit supérieure à l'estimation n'est pas, en elle-même, de nature à la rendre inacceptable si les crédits budgétaires alloués au marché sont suffisants ;
 Considérant que la communauté d'agglomération soutient qu'elle disposait de ces crédits ; qu'elle ne produit toutefois aucune délibération du conseil communautaire portant sur le montant des crédits

alloués au marché de maîtrise d'œuvre ; que, par suite, dès lors qu'elle ne justifie pas avoir disposé des crédits qui lui permettaient de financer le marché à raison du montant qui était proposé par la société retenue, le moyen tiré de ce qu'il lui appartenait de rejeter cette offre doit être regardé comme fondé ».

CE, 24 juin 2011, n°346665, Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines

« Considérant, d'autre part, qu'aux termes du III de l'article 53 du code des marchés publics : " Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées (...) " et qu'aux termes de l'article 35 du même code : " une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer. " ; qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que l'offre de la société APS a été rejetée sans classement au motif qu'elle était supérieure de 25 % à l'estimation des services de l'office et par suite, " économiquement inacceptable " ; qu'en jugeant, après avoir souverainement relevé qu'il ne résultait pas de l'instruction que l'offre de la société APS n'aurait pas pu être financée par l'office, que cette offre ne pouvait être qualifiée d'inacceptable, au sens de ces dispositions, et qu'en conséquence l'office avait manqué à ses obligations de mise en concurrence en s'abstenant de la classer, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit et n'a ni dénaturé les pièces du dossier ni entaché son ordonnance d'une insuffisance de motivation ; qu'il a également suffisamment motivé son ordonnance et exactement qualifié les faits en retenant que cette irrégularité avait affecté les chances de la société APS d'obtenir le contrat relatif au lot n° 8, dès lors que son offre n'avait pas été examinée au regard des critères de sélection posés par le règlement de la consultation, notamment celui de la valeur technique ».

Article L2152-4

Une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur qui sont formulés dans les documents de la consultation.

Section 2 - Offres anormalement basses

Article L2152-5

Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est **manifestement sous-évalué** et de nature à **compromettre la bonne exécution du marché**.

CE, 29 oct. 2013, n° 371233, Dpt du Gard

« Le juge du référé précontractuel exerce un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation sur la décision du pouvoir adjudicateur de rejeter une offre comme anormalement basse en application de l'article 55 du code des marchés publics,, ».

Prix manifestement sous-évalué

CJUE, 19 octobre 2017, C-198/16 P, Agriconsulting Europe SA

« Rien n'empêche le pouvoir adjudicateur de comparer les offres au budget prévisionnel du cahier des charges et d'identifier l'une d'entre elles comme étant, de prime abord, anormalement basse dès lors que le montant de cette offre est considérablement inférieur audit budget prévisionnel ».

CAA Nancy, 7 nov. 2013, n° 12NC01498, Sté TST Robotics

« Alors, d'une part, que le caractère anormalement bas d'une offre s'apprécie au regard de la capacité du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues, qui est propre à chaque entreprise, et, d'autre part, que le maître d'oeuvre s'était interrogé sur le caractère économiquement viable de l'offre initiale de la société appelante, dont le prix était pourtant supérieur

à celui finalement proposé par la société Phoenix Service, ni le maître d'oeuvre, ni le maître d'ouvrage n'ont fait application des dispositions de l'article 55 du code des marchés publics et n'ont sollicité aucune justification de la part de cette dernière avant que la commission d'appel d'offres ne lui attribue le marché ; que, par suite, il résulte de l'instruction que la procédure de passation du lot n° 1 du marché " Assainissement général - Plan pluriannuel - Programme 2007 " a méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un marché public ».

Compromettre la bonne exécution du marché public

CAA Lyon, 5 déc. 2013, n° 12LY01142, Société AD

« En admettant que l'offre puisse présenter un risque en terme de respect des délais impartis pour cette mission, il n'est pas démontré en quoi l'insuffisance de la quantité des moyens qu'elle envisageait de mobiliser était de nature à rendre impossible l'exécution du contrat dans le respect des conditions fixées par le cahier des charges et du prix initialement convenu ».

TA Orléans, 25 juin 2013, n° 1300187, Bureau européen d'assurance hospitalière

« Ni l'écart de prix, même important, avec l'autre candidat, ni l'écart constaté entre les primes encaissées et l'évaluation du risque effectué par le centre hospitalier à partir des statistiques de sa sinistralité passée, lissée sur 10 ans, ni la contestation des méthodes de provisionnement retenues par les sociétés d'assurance membres du groupement, y compris leur appréciation de la fréquence d'apparition d'un sinistre grave, ne permettaient de caractériser, par elles-mêmes, un risque de nature à compromettre la bonne exécution du marché ».

Article L2152-6

L'acheteur met en œuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses. Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des **précisions et justifications** sur le montant de son offre. Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

Précisions et justifications

CE, 29 oct. 2013, n° 371233, Département du Gard

« Quelle que soit la procédure de passation mise en oeuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé, sans être tenu de lui poser des questions spécifiques,, ».

L'exigence de motivation de la décision rejetant une offre comme anormalement basse, posée par l'article 55, a, notamment, pour objet de permettre à l'auteur de cette offre de contester utilement le rejet qui lui a été opposé devant le juge du référé précontractuel. Par suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence. Toutefois, un tel manquement n'est plus constitué si les motifs de cette décision ont été communiqués au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction ».

CJUE, 29 mars 2012, C-599, SAG ELV Slovensko

« Si le candidat propose un prix anormalement bas, le pouvoir adjudicateur lui demande par écrit de clarifier sa proposition de prix. Il appartient au juge national de vérifier, au vu de l'ensemble des pièces du dossier qui lui est soumis, si la demande d'éclaircissement a permis au candidat concerné d'expliquer à suffisance la composition de son offre.

L'article 55 de la directive 2004/18 s'oppose à la position d'un pouvoir adjudicateur qui considérerait qu'il ne lui incombe pas de demander au candidat d'expliquer un prix anormalement bas.

L'article 2 de la directive 2004/18 ne s'oppose pas à une disposition du droit national, telle que l'article 42, paragraphe 2, de ladite loi n°25/2006, selon laquelle, en substance, le pouvoir

adjudicateur peut demander par écrit aux candidats de clarifier leur offre sans toutefois demander ou accepter une modification de l'offre. Dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont dispose ainsi le pouvoir adjudicateur, il incombe à ce dernier de traiter les différents candidats de manière égale et loyale, de telle sorte que la demande de clarification ne puisse pas apparaître, à l'issue de la procédure de sélection des offres et au vu du résultat de celle-ci, comme ayant indûment favorisé ou défavorisé le ou les candidats ayant fait l'objet de cette demande.

CAA Paris, 6 mai 2014, n° 11PA01533, Assoc. Frate Formation

« Dans les circonstances de l'espèce, alors même qu'il incluait deux jours non ouvrés, le délai de quatre jours qui a été laissé à l'association Frate Formation Conseil pour préciser les éléments de nature à justifier le prix qu'elle proposait était suffisant pour lui permettre de donner suite à la demande qui lui a été adressée par Pôle Emploi, s'agissant de précisions portant sur l'offre qu'elle venait d'élaborer et sur ses modalités de fonctionnement, et qui n'appelaient pas de réponses d'une particulière technicité ».

Article R2152-3

L'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché qu'il envisage de sous-traiter.

Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants :

- 1° Le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction ;
- 2° Les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux ;
- 3° L'originalité de l'offre ;
- 4° La réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations ;
- 5° L'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le soumissionnaire.

CE, 3 nov. 2014, n° 378434, Communauté urbaine de Lille

« Il résulte de l'instruction que, par courriers du 24 janvier 2004, la communauté urbaine de Lille a, conformément aux dispositions de l'article 55 du code des marchés publics précité, informé les deux sociétés requérantes que leurs offres, dont elle avait constaté qu'elles étaient largement inférieures à ses propres estimations ainsi qu'à la moyenne des offres des autres candidats et que certains des prix unitaires qui les composaient étaient inférieurs au prix de revient, étaient susceptibles d'être qualifiées d'anormalement basses et qui leur appartenait, dès lors, d'apporter les précisions et justifications de nature à expliquer un nombre significatif des prix composant l'offre ; que, pour justifier les prix proposés, les deux sociétés requérantes se sont bornées à mettre en avant leur longue expérience et leur qualité de précédent titulaire du marché sans répondre aux demandes précises formulées par le pouvoir adjudicateur ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que la communauté urbaine de Lille n'a pas, en écartant les offres des sociétés Bruno Vanmarcke et Vanmarcke comme anormalement basses, commis une erreur manifeste d'appréciation ».

CE, 3 nov. 2014, n° 382413, ONF

« Se borne à comparer son montant avec le montant de sa propre offre ainsi qu'avec le montant des marchés de restauration des autres portions du Rognon conclus les années précédentes et avec les estimations du prix du marché en alléguant que les prestations proposées par l'ONF seraient de mauvaise qualité ; que la requérante n'apporte pas de précision ou justification de nature à justifier que l'offre de l'ONF puisse être regardée comme manifestement sous-évaluée et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, notamment en ce qui concerne les composantes du prix relatives au volume d'heure de travail et ressources en personnel et matériel requises, compte tenu des prestations exigées au cahier des clauses techniques et particulières annexé au marché tant en ce qui concerne la nature des berges concernées que les arbres à traiter avec leurs

caractéristiques et situation ; que par suite, la requérante n'est pas fondée à soutenir que la communauté de communes de la vallée du Rognon aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant une offre anormalement basse ».

CAA Paris, 6 mai 2014, n° 11PA01533, Assoc. Frate Formation

« Il résulte de l'instruction que l'offre de l'association Frate Formation Conseil était inférieure d'environ 20 % à l'estimation de Pôle Emploi et au prix proposé, après négociation, par la société à laquelle le marché a été attribué ; que pour justifier cette offre, l'association s'est bornée à mettre en avant, de façon très générale, sans aucune précision chiffrée et sans aucune pièce justificative, notamment comptable, les locaux permanents, l'équipe de conseillers et les matériels et équipements dont elle disposait, sa structure juridique à but non lucratif, son expérience et le partage des coûts de gestion avec ses financeurs ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, qui n'ont été précisés ni devant les premiers juges ni devant le juge d'appel, que Pôle Emploi n'a pas, en écartant l'offre de l'association Frate Formation Conseil comme anormalement basse, commis une erreur manifeste d'appréciation ; que la circonstance que l'association requérante était titulaire du précédent marché passé pour des prestations de même nature que celles du marché en cause est, à cet égard, sans incidence sur ses obligations en qualité de candidate à l'attribution d'un nouveau marché ».

Article R2152-4

L'acheteur rejette l'offre comme anormalement basse dans les cas suivants :

- 1° Lorsque les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés ;
- 2° Lorsqu'il établit que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient en matière de droit de l'environnement, de droit social et de droit du travail aux obligations imposées par le droit français, y compris la ou les conventions collectives applicables, par le droit de l'Union européenne ou par les stipulations des accords ou traités internationaux mentionnées dans un avis qui figure en annexe du présent code.

CJUE, 27 novembre 2001, C-285/99, Impresa Lombardini SPA

« D'une part, permettent au pouvoir adjudicateur de rejeter comme anormalement basses les offres présentant un rabais supérieur au seuil d'anomalie — calculé selon une formule mathématique en fonction de l'ensemble des offres reçues pour l'adjudication en cause, de sorte que les soumissionnaires ne sont pas en mesure de connaître ledit seuil au moment du dépôt de leur dossier —, lorsque ledit pouvoir prend sa décision en tenant uniquement compte des justifications des prix proposés, portant sur au moins 75 % de la valeur de base du marché mentionnée dans l'avis de marché, que les soumissionnaires étaient tenus, sous peine d'exclusion de leur participation, de joindre à leur offre, sans donner à ces derniers la possibilité de faire valoir leur point de vue, après l'ouverture des enveloppes, sur les éléments de prix proposés qui ont donné lieu à des suspensions, et, — d'autre part, imposent au pouvoir adjudicateur de prendre en considération, pour les besoins de la vérification des offres anormalement basses, **les seules justifications tenant à l'économie du procédé de construction ou des solutions techniques adoptées ou aux conditions particulièrement favorables dont dispose le soumissionnaire, à l'exclusion de celles relatives à tout élément pour lequel une valeur minimale est établie par la voie législative, réglementaire ou administrative ou peut être déterminée sur la base de données officielles** ».

Article R2152-5

L'acheteur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'Etat par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que si le soumissionnaire n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par l'acheteur, que l'aide en question répondait aux conditions de compatibilité avec le marché intérieur définies à l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'acheteur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission européenne.

Section 3 - Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

Sous-section 1 - Choix des critères d'attribution

Article R2152-6

Les offres régulières, acceptables et appropriées, et qui n'ont pas été rejetées en application des articles R. 2152-3 à R. 2152-5 et R. 2153-3, sont classées par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution.

Classées

CE, 21 février 2014, n°373096, société AD3 et les lavandières

« Il n'appartient pas au juge des référés précontractuels d'apprécier les mérites respectifs des offres ».

Article L2152-7

Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté **l'offre économiquement la plus avantageuse** sur la base d'un ou plusieurs **critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution**. Les modalités d'application du présent alinéa sont prévues par voie réglementaire.

Les **offres** sont appréciées lot par lot.

Le lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément aux articles L. 2112-2 à L. 2112-4.

Offre économiquement la plus avantageuse

CE, 21 octobre 2019, n°416616

« Selon le I de l'article 53 de ce code, le marché est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. » ???

CAA Douai, 22 août 2019, n° 18DA02437

« Ainsi, **quelle que soit la pertinence économique du calcul effectué par la société Dalkia, son offre ne respectait pas le règlement de la consultation**. La commune a d'ailleurs nécessairement admis cette irrégularité, puisqu'elle a conclu avec la société Dalkia, le 18 janvier 2016, une " mise au point du marché ", indiquant que " l'acte d'engagement de la consultation d'appel d'offres ne permettait pas au candidat de modifier le coût des prestations " P1 " en cas d'acceptation de l'option " Télégestion ". Aux termes de l'article 59 du code des marchés publics, alors en vigueur : " II. - Après classement des offres finales conformément au III de l'article 53, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Ce choix est effectué par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales. - Il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres. ". **Ces dispositions n'autorisaient pas la commune de Montigny-en-Gohelle à rechercher, postérieurement au classement des offres, une régularisation de l'offre de la société Dalkia, une telle tentative de régularisation remettant nécessairement en cause une caractéristique substantielle de l'offre initiale de la société Dalkia et le classement de l'ensemble des offres ».**

CE, 28 juin 2019, n° 420776, Société Plastic omnium systèmes urbains

« La circonstance que l'acheteur a mis en œuvre une méthode de notation différente de celle qui avait été annoncée dans les documents de la consultation, ce qui a eu une incidence sur le classement des offres, ne peut être regardée comme caractérisant un vice de consentement ».

CAA Bordeaux, 29 novembre 2016, n°14BX03587, société A...et Fils

« D'une part, dans le cadre de la procédure adaptée, il est loisible au pouvoir adjudicateur d'examiner, au cours d'une phase unique, la recevabilité des candidatures et la valeur des offres et retenir, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, le critère tiré de l'expérience du candidat dans les domaines objets des différents lots du marché. D'autre part, les dispositions précitées n'interdisent pas au pouvoir adjudicateur, si un tel élément d'appréciation est non discriminatoire et lié à l'objet du marché, de tenir compte des moyens en personnel et en matériel affectés par le candidat à l'exécution des prestations du marché afin d'en garantir la qualité technique ».

CE, 20 janvier 2016, n°394133, Derichebourg Polyurbaine

« Considérant qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres ; qu'il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats »

Offre

CAA de Marseille, 10 juillet 2019, n°18MA05507, BEAH

« Si le centre hospitalier de Perpignan et la société hospitalière d'assurances mutuelles, antérieurement liés par un marché similaire, soutiennent que ces mentions ne constitueraient que de simples commentaires formulés par l'établissement quant à l'offre de l'attributaire, il résulte au contraire de l'instruction et des termes et symboles ainsi employés que ces indications portées sur le rapport d'analyse des offres, mises en rapport direct avec la notation attribuée aux offres respectives de la société hospitalière d'assurances mutuelles et de la requérante, ne peuvent être regardées comme incidentes et étrangères à l'opération d'évaluation des offres mais reflétaient directement le jugement du centre hospitalier sur l'offre de la société hospitalière d'assurances mutuelles. Il en résulte que **le pouvoir adjudicateur a évalué la pertinence de celle-ci au regard non de ses seules qualités intrinsèques, mais de considérations relatives aux prestations fournies et au comportement de cet assureur à l'occasion de l'exécution du précédent marché et à la satisfaction qu'en avait éprouvée ses services**. La société Bureau européen d'assurance hospitalière est dès lors fondée à soutenir qu'en examinant, ne serait-ce qu'en partie, l'offre de la société hospitalière d'assurances mutuelles sur le fondement de telles considérations, qui sont sans rapport avec les qualités intrinsèques de cette offre, le centre hospitalier de Perpignan a méconnu les dispositions précitées et le principe d'égalité des candidats.

CE, 7 novembre 2008, n°292570, Société hexagone 2000

« L'absence dans l'enveloppe contenant l'offre d'une entreprise d'une pièce exigée par le pouvoir adjudicateur ne justifie à elle seule son élimination dès lors que la pièce a bien été produite mais placée par erreur au sein de l'enveloppe relative à la candidature ».

TA Paris, 26 juin 1995, n° 9508548/6/RA

« Si, en raison des exigences propres au déroulement de la procédure d'appel d'offres sur performances définie à l'article 99 du code des marchés publics, la personne responsable du marché peut éventuellement apporter, au cours de la consultation, certaines modifications aux cahiers des clauses administratives et techniques particulières qui ont été remis aux concurrents, elle ne saurait, en revanche, après l'expiration du délai de réception des offres, permettre aux candidats sélectionnés n'ayant pas participé à la consultation, de présenter leurs propositions et leur consentir, en conséquence, un nouveau délai, sans porter atteinte à l'égalité de traitement qui doit être assurée entre les intéressés, ni méconnaître, par suite, l'obligation de mise en concurrence à laquelle elle est

tendue. Il en va ainsi alors même que, d'une part, les contraintes inhérentes à l'exécution du marché en cause, telles qu'elles avaient été fixées par le cahier des clauses administratives particulières, ont déterminé la plupart des candidats sélectionnés à ne pas déposer d'offres, et que, d'autre part, la nouvelle consultation a été engagée sur la base de conditions d'exécution moins contraignantes que les précédentes. Constatant la réouverture dans ces circonstances du délai de présentation des offres, le juge des référés ordonne, en application de l'article L. 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, la suspension de la procédure de passation du marché, et enjoint à la collectivité contractante d'y mettre fin définitivement ».

Critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution

CJUE, 26 mars 2015, C-601/13, Ambisig – ambiente e sistemas de informação geografica S

« Pour la passation d'un marché de fourniture de services à caractère intellectuel, de formation et de conseil, l'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, **ne s'oppose pas à l'établissement par le pouvoir adjudicateur d'un critère qui permet d'évaluer la qualité des équipes concrètement proposées par les soumissionnaires pour l'exécution de ce marché, critère tenant compte de la constitution de l'équipe ainsi que de l'expérience et du cursus de ses membres** ».

CE, 11 mars 2013, n°364706, AP-HP

« Considérant, toutefois, qu'en l'espèce, contrairement à ce que soutient l'AP-HP, le sous-critère "présentation de l'entreprise", qui impliquait une simple présentation générale de l'entreprise, sans rapport avec l'exécution technique du marché, permettait seulement une appréciation de la capacité professionnelle et technique des candidats et se rapportait à l'examen et à la sélection des candidatures ; que, par suite, la société DEF est fondée à soutenir que l'AP-HP a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en recourant à un tel sous-critère ; qu'eu égard à l'importance de ce sous-critère et même si tous les candidats ont obtenu, pour ce sous-critère, la même note, un tel manquement est susceptible d'avoir lésé la requérante ; que, dès lors et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa demande, la société DEF est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du lot n° 5 du marché de travaux ayant pour objet la mise en conformité du réseau incendie de l'hôpital Paul Doumer ».

CE, 18 septembre 2011, n°380821, Société Axxess

« Considérant que, ainsi que le souligne le pouvoir adjudicateur sans être contredit, les prestations d'accueil et d'assistance technique à réaliser présentaient, eu égard notamment à la localisation de l'Ecole du Louvre au sein d'un palais qui accueille chaque année des millions de visiteurs, de grandes spécificités ; que, dans ces conditions particulières, la prise en compte de **l'expérience des candidats** parmi les critères de sélection des offres pouvait être regardée comme rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché ; que ce critère ne pouvait être regardé comme ayant un effet discriminatoire ; qu'il était par ailleurs pondéré à hauteur de 5 % seulement ; que, par suite, le moyen tiré de ce que les références des candidats n'étaient pas au nombre des critères susceptibles d'être retenus pour sélectionner les offres doit être écarté ».

CE, 2 août 2011, n° 348254, Parc naturel régional des Grandes Causes

« Les dispositions du I de l'article 53 du code des marchés publics permettent au pouvoir adjudicateur de retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire : « que ces dispositions permettent au pouvoir adjudicateur de retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire ; que, par suite, le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse a commis une erreur de droit en

jugeant que la prise en compte des références des candidats n'était pas au nombre des critères susceptibles d'être retenus pour sélectionner les offres ; que dès lors, l'ordonnance attaquée doit être annulée ; [...] Considérant qu'il résulte de l'instruction que le marché litigieux est relatif à soixante-dix pré-diagnostic énergétique sur des bâtiments publics, écoles, mairies, logements communaux, salles des fêtes ainsi que sur des établissements de santé, des campings, gîtes ruraux, centres de vacances et hôtels ; qu'il prévoit la réalisation d'un bilan énergétique sur chaque bâtiment ainsi qu'une évaluation des gisements d'économie d'énergie et une orientation vers des interventions simples à mettre en oeuvre ou des études approfondies ; qu'eu égard à la technicité de ces prestations, l'objet du marché justifie objectivement le recours au critère, pondéré à hauteur de 20%, tenant aux références des candidats afin de prendre en considération leur expérience ; que la prise en compte de ce critère n'a pas eu d'effet discriminatoire »

CE, 8 février 2010, n°314075, Commune de la Rochelle

« Considérant qu'il résulte des dispositions citées plus haut du code des marchés publics que les capacités du candidat, établies notamment par ses références professionnelles, doivent être examinées au moment de l'ouverture de la première enveloppe et que les offres des seules entreprises dont la qualification professionnelle a été jugée satisfaisante doivent être ensuite examinées après ouverture de la seconde enveloppe, la sélection se faisant entre ces offres par application des critères fixés par le II de l'article 53 du code, éventuellement complétés par des critères additionnels énoncés par le règlement de la consultation et justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ; que la cour, pour juger que la commission d'appels d'offres avait commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que la valeur des offres présentées par la société Atelier Blu et par la société Goppion étaient équivalentes, a retenu, outre le contenu de la note technique produite par les candidates, "que la société Goppion spécialisée dans la réalisation d'aménagements, et notamment de vitrines, pour l'exposition et la conservation d'objets, en particulier dans les musées, justifiait d'importantes références en ce domaine alors que la société Atelier Blu se présentait comme intervenant principalement dans la conception de charpentes, menuiseries intérieures et extérieures, aménagement de bureaux, commerces, cuisines sans apporter de précision sur la nature des travaux effectués sur des chantiers autres que liés à l'habitat" ; que s'étant ainsi fondée sur les références des entreprises candidates, et non pas exclusivement sur la valeur intrinsèque des offres, elle a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de pourvoi ni ceux du pourvoi incident, son arrêt doit être annulé, en tant qu'il a statué par ses articles 1er et 2 sur les conclusions de la société Goppion tendant à la condamnation de la COMMUNE DE LA ROCHELLE à l'indemniser de la perte de chance sérieuse d'emporter le lot n° 1 du marché de réhabilitation du Muséum d'histoire naturelle ».

CJCE, 12 novembre 2009, affaire C199/07, Commission c/ Grèce

« Dans la présente affaire, **les critères retenus par le pouvoir adjudicateur à titre de « critères d'attribution», à la section IV, point 2, de l'avis de marché litigieux, portent sur l'expérience et la capacité réelle à garantir une bonne exécution du marché en question. Il s'agit de critères qui concernent l'aptitude des soumissionnaires à exécuter ce marché et qui n'ont donc pas la qualité de « critères d'attribution», au sens de l'article 34, paragraphe 1, de la directive 93/38, ce que les autorités helléniques n'ont, d'ailleurs, pas sérieusement contesté** ». (§ 56)

CJCE 24 janvier 2008, n°C532/06 Emm. G. Lianakis AE, et autres c/ Dimos Alexandroupolis

« Partant, sont exclus à titre de « critères d'attribution » des critères qui ne visent pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, mais qui sont liés essentiellement à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché en question ». (§30).

CAA Bordeaux, ord., 12 octobre 2007 n°07BX01819

« Considérant que si ces dispositions ne visent expressément que les critères d'attribution des marchés publics, et non les sous-critères utilisés le cas échéant pour en faciliter l'application, et si rien ne s'oppose à ce que la personne publique s'abstienne dès lors de pondérer à l'avance ces sous-critères, c'est sous réserve que ces derniers ne revêtent pas eux-mêmes, en fait, le caractère de véritables critères au sens des mêmes dispositions ; que lorsque tel est bien le cas, et **même si le**

recours à de tels sous-critères a emporté des effets en ce qui concerne le classement final des candidats par suite d'une pondération postérieure à la date de clôture du délai de réception des offres, l'absence de publicité préalable ne saurait, à elle seule, manifester une atteinte au principe de transparence mis en œuvre par l'article 53-II précité, ni un risque d'effet discriminatoire envers l'un ou l'autre des soumissionnaires ».

CE, 29 décembre 2006, n°273783, société Bertele SNCT

« Il résulte des dispositions du code des marchés publics dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 que, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres ouvert, les capacités des candidats, établies notamment par leurs références professionnelles, doivent être examinées par la commission d'appel d'offres au moment de l'ouverture de la première enveloppe et que les offres des seules entreprises dont les capacités ont été jugées suffisantes doivent être examinées, après ouverture de la seconde enveloppe, au regard des critères fixés par le code, éventuellement complétés par des critères additionnels énoncés par le règlement de la consultation et justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Ainsi, si le critère de la qualification professionnelle, qui est relatif aux capacités des candidats, peut être utilisé, au stade de l'ouverture de la première enveloppe, pour sélectionner les candidatures, il ne peut être utilisé, à titre de critère additionnel à ceux fixés par le code des marchés publics, pour sélectionner les offres après ouverture de la seconde enveloppe ».

CAA Lyon, 29 septembre 2006, n°00LY02073, Préfet de l'Ain

« Un critère relatif à la situation financière du soumissionnaire ne peut être utilisé pour sélectionner les offres, mais uniquement les candidatures : « Considérant que lorsque la commission d'appel d'offres élimine une entreprise candidate à un marché mené selon la procédure d'appel d'offres ouvert prévue par les articles 296 et suivants du code des marchés publics uniquement en raison de la fragilité de sa situation financière, elle le fait en regardant ladite entreprise comme n'ayant pas la qualité ou les capacités suffisantes pour présenter une offre au sens du I de l'article 297 précité ; qu'hormis le cas d'erreur matérielle ou de fraude entachant la décision de retenir une entreprise pour présenter une offre, la commission ne peut donc éliminer une entreprise candidate pour le seul motif de fragilité financière qu'avant l'ouverture de la seconde enveloppe conformément aux mêmes dispositions du code des marchés publics »

CE, 28 avril 2006, n°280197, Commune de Toulouse :

« Les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret du 7 janvier 2004 **laissent à la collectivité publique le choix des critères d'attribution du marché** qu'elle entend retenir dès lors que ces critères sont justifiés par l'objet du marché et permettent d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Si ces dispositions imposent, lorsque l'objet du marché conduit à n'appliquer qu'un seul critère, de retenir celui du prix des prestations, elles n'ont ni pour objet, ni pour effet de rendre obligatoire ce critère lorsque la personne publique adopte plusieurs critères d'attribution du marché ».

CJCE, 24 novembre 2005, C-331/04, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl, Viaggi di Maio Snc c/ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia, Comune di Venezia

« Les articles 36 de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, et 34 de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, doivent être interprétés en ce sens que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une commission d'adjudication **accorde un poids spécifique aux sous-éléments d'un critère d'attribution établis d'avance**, en procédant à une ventilation, entre ces derniers, du nombre de points prévus au titre de ce critère par le pouvoir adjudicateur lors de l'établissement du cahier des charges ou de l'avis de marché, **à condition qu'une telle décision** :

- ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché ;

- ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation ;
- n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires ».

CJCE, 26 septembre 2000, C-225/98, Commission contre France

« À cet égard, il convient de relever que, selon la jurisprudence de la Cour, le principe d'égalité de traitement, dont l'article 59 du traité est une expression particulière, **prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination** qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat (voir, en ce sens, arrêt du 5 décembre 1989, Commission/Italie, C-3/88, Rec. p. 4035, point 8) » (§ 80).

CE, 29 juillet 1994, n° 131562, Commune de Ventenac-en-Minervois

« Considérant qu'il n'est pas contesté que la commission d'appel d'offres, chargée pour la COMMUNE DE VENTENAC-EN-MINERVOIS, de désigner l'entreprise chargée du marché de construction d'un bâtiment industriel, a, dans sa séance du 27 janvier 1986, décidé d'attribuer le marché de préférence à une entreprise locale lorsque celle-ci présenterait des propositions n'excédant pas 4 % du devis d'éventuels soumissionnaires, ceci dans le souci de favoriser le maintien des emplois locaux et l'acquittement, au bénéfice de la commune, des taxes professionnelles ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'implantation locale de l'entreprise chargée d'exécuter les travaux ait été une des conditions de bonne exécution du marché ; que les motifs tirés de la nécessité de favoriser l'emploi local et d'équilibrer les finances locales par l'acquittement de la taxe professionnelle sont sans rapport avec la réglementation des marchés ; que par suite, la décision de la commission d'appel d'offres est entachée d'erreur de droit »

CJCE, 20 septembre 1988, C-31/87 Beentjes

« Si la deuxième alternative laisse aux pouvoirs adjudicateurs le choix des critères d'attribution du marché qu'ils entendent retenir, ce choix ne peut porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ».

[...] Dans le système de la directive, notamment de son titre IV (règles communes de participation), la vérification de l'aptitude des entrepreneurs à exécuter les travaux a adjuger et l'attribution du marché sont deux opérations différentes dans le cadre de la passation d'un marché public. En effet, l'article 20 de la directive prévoit que l'attribution du marché se fait après vérification de l'aptitude des entrepreneurs, même si la directive, qui vise à la coordination des procédures nationales de passation des marchés publics de travaux tout en respectant, dans toute la mesure du possible, les procédures et les pratiques en vigueur dans chacun des Etats membres (deuxième considérant), n'exclut pas que la vérification de l'aptitude des soumissionnaires et l'attribution du marché puissent avoir lieu simultanément, les deux opérations sont régies par des règles différentes.

[...] Le critère de « l'offre la plus acceptable » tel qu'il résulte d'une disposition de la législation nationale peut être compatible avec la directive s'il exprime le pouvoir d'appréciation reconnu aux pouvoirs adjudicateurs en vue d'identifier l'offre économiquement la plus **avantageuse sur la base de critères objectifs** et s'il ne comporte donc aucun élément de choix arbitraire » (§37).

CJCE, 25 avril 1986, C-87/94, Commission contre Royaume de Belgique

« La procédure de comparaison des offres devait donc **respecter, à tous ses stades, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires que celui de la transparence**, afin que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres ». (Paragraphe 54) ; dans le même sens : CJCE, 4 décembre 2003, EVN AG et Wienstrom, affaire C-448/01 (§57) ; CJCE, 18 octobre 2001, SIAC Construction, C-19/00 (§41).

Précis

CE, 28 mai 2014, n° 375941, Commune de Dijon

« Le juge des référés a pu, dès lors, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, estimer que ni les stipulations de l'article 1-5 du CCAP ni les explications complémentaires du pouvoir adjudicateur ne faisaient clairement apparaître comment s'appliquait l'engagement de l'attributaire relatif au nombre d'heures d'insertion en cas de reprise des personnels du marché précédent ; que c'est également par une appréciation souveraine exempte de dénaturation qu'il en a déduit que le sous-critère relatif au nombre d'heures de travail réservées à l'insertion professionnelle de personnes en difficultés était entaché d'incertitudes constitutives, en l'espèce, d'un manquement de la commune aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible de léser la société requérante ; qu'en annulant la totalité de la procédure de passation pour le lot n° 1, le juge des référés n'a, eu égard au manquement qu'il relevait, commis aucune erreur de droit ».

CJCE, 17 février 2011, C-251/09, Commission c/ Chypre

« Cela implique, plus particulièrement, que les critères d'attribution doivent être formulés, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, **de manière à permettre** à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière (arrêts SIAC Construction, précité, point 42, ainsi que du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, C-448/01, Rec. p. I-14527, point 57) et que, lors d'une évaluation des offres, ces critères doivent être appliqués de manière objective et uniforme à tous les soumissionnaires (arrêt SIAC Construction, précité, point 44) » (§40).

CE, 20 mai 2009, n°318871 Département du Var

« Ces incertitudes voire contradictions affectant les critères de sélection des offres ont constitué un manquement, par le pouvoir adjudicateur, à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, lequel était susceptible, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, de léser la société VORTEX ; qu'il suit de là que la procédure doit être annulée ».

CE, 15 décembre 2008, n°310380 Communauté urbaine de Dunkerque et Ville de Dunkerque

« Considérant qu'en vertu du règlement de la consultation les candidats étaient autorisés à présenter des « services annexes » pris en compte à hauteur de 30% au titre du critère de la valeur technique des offres, critère lui-même assorti d'une pondération de 7/20 dans l'évaluation des offres ; que les prestations complémentaires ainsi demandées à titre facultatif ne faisaient l'objet d'aucune description précise, le règlement de la consultation se bornant à citer des exemples non-limitatifs de services annexes susceptibles d'être proposés, tels que des « distributeurs de plans », des « fiches horaires » mais aussi la « mise à disposition de vélo »... ; que faute d'avoir précisément défini le type des prestations complémentaires envisagées, lesquelles doivent nécessairement être en rapport direct avec l'objet du marché, la COMMUNAUTE URBAINE DE DUNKERQUE et la VILLE DE DUNKERQUE n'ont pas, eu égard à l'insuffisante définition de la nature et de l'étendue de leurs besoins, et à la marge de choix discrétionnaire qu'elles s'étaient ainsi réservée, prévu des modalités d'examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ; qu'ainsi, et alors même que le sous-critère « services annexes » n'occupait pas une place prépondérante, dans le jugement des offres, compte tenu du coefficient de pondération qui lui était affecté, la COMMUNAUTE URBAINE DE DUNKERQUE et la VILLE DE DUNKERQUE ont manqué aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui leur incombait ; qu'un tel manquement, qui est de nature à léser la société Decaux au stade de l'examen des offres, justifie l'annulation de la procédure de passation du marché ».

CE, 5 novembre 2008, n°310484, Commune de Saint-Nazaire

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la COMMUNE DE SAINT-NAZAIRE et la CARENE, qui avaient **retenu l'esthétique comme un des critères d'attribution du marché**, avaient apporté à cet égard les indications suivantes dans le cahier des clauses techniques particulières du marché : Les mobiliers urbains...devront participer à l'embellissement de l'espace public par leurs qualités esthétiques. Ils devront de plus être en cohérence avec l'identité portuaire et maritime de cette dernière et s'inscrire dans le style nazairien alliant exigence fonctionnelle (solidité, résistance, confort d'usage, durabilité, facilité d'entretien et de

remplacement) et esthétique. A cet égard, le mobilier retenu devra être d'esprit contemporain, de forme simple et épurée, de préférence en métal et d'une couleur dominante blanche ; qu'en jugeant que, par de telles indications, la COMMUNE DE SAINT-NAZAIRE et la CARENE n'avaient pas défini leurs attentes avec **une précision suffisante** pour écarter l'éventualité d'une décision d'attribution discrétionnaire, le juge des référés a dénaturé les pièces du dossier ; qu'il en résulte que la COMMUNE DE SAINT-NAZAIRE et la CARENE sont fondées à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ; (...) Considérant enfin que les indications précitées s'agissant du critère d'attribution relatif à l'esthétique des mobiliers urbains étaient suffisantes pour ne pas conférer en l'espèce au pouvoir adjudicateur une liberté de choix discrétionnaire ; que doit ainsi être écarté le moyen tiré de ce qu'en recourant à un tel critère, la COMMUNE DE SAINT-NAZAIRE et la CARENE n'ont pas garanti le respect de l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ».

CJCE, 4 décembre 2003, C-448/01, EVN AG et Wienstrom

« Cela signifie, plus particulièrement, que les critères d'attribution doivent être formulés, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière (arrêt SIAC Construction, précité, point 41) » (§57) ; « Il appartient à la juridiction nationale de vérifier si, en dépit de l'omission de la part du pouvoir adjudicateur de fixer une date de fourniture déterminée, le critère d'attribution a été formulé de manière suffisamment claire pour satisfaire aux exigences d'égalité de traitement et de transparence des procédures de passation des marchés publics » (§72) ;

Liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution**CE, 25 mai 2018, n° 417580, Société imprimerie Chiffoleau**

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions que si l'acheteur peut, pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, mettre en œuvre des critères comprenant des aspects sociaux, c'est à la condition, notamment, qu'ils soient **liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution** ; (...) qu'il résulte de ce qui a été dit au point précédent que le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit en en déduisant que ce critère n'a pas un **lien suffisant** avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ».

CE, 28 avril 2006, n°280197, Commune de Toulouse

« Les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret du 7 janvier 2004 laissent à la collectivité publique le choix des critères d'attribution du marché qu'elle entend retenir dès lors que **ces critères sont justifiés par l'objet du marché** et permettent d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Si ces dispositions imposent, lorsque l'objet du marché conduit à n'appliquer qu'un seul critère, de retenir celui du prix des prestations, elles n'ont ni pour objet, ni pour effet de rendre obligatoire ce critère lorsque la personne publique adopte plusieurs critères d'attribution du marché ».

CJCE, 4 décembre 2003, C-448/01, EVN AG, Wienstrom G mbH c/ Republik Österreich, Stadtwerke Klagenfurt AG

« Il en découle que la réglementation communautaire en matière de marchés publics ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur retienne, dans le cadre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse pour l'attribution d'un marché de fourniture d'électricité, un critère exigeant la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, pour autant que ce critère est **lié à l'objet du marché** ».

CE, 10 mai 1996, n°159979, Fédération nationale des travaux publics

« D'autres considérations peuvent entrer en ligne de compte à la condition d'avoir été spécifiées dans l'avis d'appel d'offres et d'être **justifiées par l'objet du marché** ou ses conditions d'exécution ».

Article L2152-8

Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et

garantissent la possibilité d'une véritable concurrence. Ils sont rendus publics dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

Article R2152-7

Pour attribuer le marché au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde :

1° Soit sur un critère unique qui peut être :

a) Le prix, à condition que le marché ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ;

b) Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie défini à l'article R. 2152-9 ;

2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir des critères suivants :

a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ;

b) Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ;

c) L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché.

D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

Les critères d'attribution retenus doivent pouvoir être appliqués tant aux variantes qu'aux offres de base.

Attribuer

CAA Nantes, 2 février 2016, n°14NT01374, Société Savoir Bien Satisfaire

« Il résulte ainsi de l'instruction que l'abandon de la procédure ayant abouti à l'attribution du marché susmentionné à la société SBS est dû à un défaut d'évaluation précise de ses propres besoins par le pouvoir adjudicateur et ne peut être regardé comme justifié par un motif d'intérêt général ; que la communauté de communes du pays de Fontenay-le-Comte a ainsi commis une faute à l'égard de la société SBS, déclarée initialement attributaire du marché ; (...) la société SBS a droit au remboursement de l'intégralité du manque à gagner qu'elle a subi du fait de l'inexécution du marché litigieux ».

CJUE 11 décembre 2014, affaire C-440/13, Croce Amica One Italia Srl contre Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU)

« Ainsi, le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce que les États membres prévoient, dans leur législation, la possibilité d'adopter une décision de retrait d'un appel d'offres. Les motifs d'une telle décision de retrait peuvent ainsi être fondés sur des raisons qui ont notamment un rapport avec l'appréciation de l'opportunité, du point de vue de l'intérêt public, de mener à terme une procédure d'adjudication, compte tenu, entre autres, de la modification éventuelle du contexte économique ou des circonstances factuelles, ou encore des besoins du pouvoir adjudicateur concerné. Une telle décision peut également être motivée par le niveau insuffisant de concurrence, en raison du fait que, à l'issue de la procédure de passation du marché concerné, un seul soumissionnaire demeurait apte à exécuter ce marché ». (§35)

CAA Lyon, 6 juin 2013, n°12LY01822, Société Peduzzi batiment

« Considérant, en dernier lieu, qu'il résulte de l'instruction que le coût du projet initial s'élevait, selon l'offre du groupement attributaire, à la somme de 1 684 050 euros HT ; que le SIEA n'a pu obtenir du département la subvention qu'il escomptait à hauteur de 30 % de ce montant ; qu'il n'est pas sérieusement contesté par la requérante que le coût du projet envisagé de raccordement à la station d'épuration du syndicat mixte du Dijonnais était estimé à moins de 500 000 euros et qu'il a finalement été arrêté à la somme de 257 528,17 euros HT selon devis de l'entreprise SNCTP accepté par délibération du 23 septembre 2010 ; que dans ces conditions, **eu égard à l'intérêt général qui s'attachait aux économies ainsi réalisées tant pour les usagers que pour le syndicat, la décision de renoncer à conclure le marché initial n'était pas illégale et donc pas fautive** ».

CE, 23 décembre 2009, n° 305287, Société Estradera

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que si la SOCIETE ESTRADERA a été déclarée attributaire le 2 août 2001 du lot n° 8 Plomberie Sanitaire VMC du marché relatif à la construction de logements locatifs de la résidence Rimbaud III à Tarbes, aucun marché ne fut signé ; **qu'il est apparu au maître d'ouvrage que les logements locatifs pouvaient être réalisés pour un coût nettement moins élevé sur des bases techniques nouvelles ; qu'en renonçant, pour ce motif d'intérêt général, à conclure le marché, lequel ne pouvait faire l'objet d'un avenant, eu égard aux modifications substantielles consécutives aux nouvelles solutions retenues par l'OPAC, qui remettaient en cause les conditions de l'appel à concurrence, et en soumettant à un nouvel appel d'offres le marché ainsi techniquement modifié, l'établissement public n'a commis aucune illégalité constitutive d'une faute de nature à engager sa responsabilité** ».

CAA Paris, 10 février 2004, n°99PA01947, Préfet des Yvelines

« Si ces dispositions font obstacle à ce que la commission après avoir fait son choix procède à un nouvel examen des offres et retienne finalement l'offre d'une autre entreprise que celle qu'elle avait initialement retenue, il en va toutefois différemment dans le cas où le choix de la commission a été fondé sur des éléments entachés d'erreur matérielle ou de fraude ».

CE, 18 mars 2005, n°238752, Société Cyclergie

« Constitue en revanche un détournement de procédure le fait de mettre fin à un appel d'offres sur performance en se prévalant de l'incohérence d'une offre présentée par un candidat, un tel motif ne constituant pas un motif d'intérêt général, mais pouvant uniquement conduire la commission d'appel d'offres à juger l'offre inacceptable ».

CE, 29 juillet 1998, n°194412, syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise et sociétés SPIE Batognolles et ANF industries

« Il n'appartient pas au juge statuant sur le fondement de la procédure prévue à l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel d'examiner l'appréciation portée par l'autorité s'apprêtant à passer un marché, à l'issue de la consultation, sur les mérites respectifs de chacun des candidats ».

CE, 10 janvier 1986, n°41778, Société des travaux du midi

« Si les dispositions de l'article 300 du code des marchés publics permettent à l'autorité habilitée à passer le marché, dans les cas où l'offre retenue par la commission d'appel d'offres ne lui paraît pas acceptable, de déclarer l'appel d'offres infructueux, elles font obstacle à ce que la commission d'appel d'offres, une fois qu'elle a fait son choix, procède à un nouvel examen des offres et retienne finalement l'offre d'une autre entreprise que celle qu'elle avait initialement retenue ».

CE, 10 octobre 1984, n°16234, Compagnie générale de constructions téléphoniques

« Lorsque l'administration, en application de l'article 300 du code des marchés publics, informe un soumissionnaire que son offre est acceptée, cette décision ne crée pour l'attributaire aucun droit à la signature du marché ».

CE, 27 juillet 1984, n° 44919, société Biro

« Le **juge exerce un contrôle restreint sur l'appréciation** à laquelle se livre l'administration en comparant les offres des différents soumissionnaires d'un marché ».

L'acheteur**CE, 14 octobre 2015, n° 390968, société Applicam c/ Région Nord pas de Calais**

« Considérant qu'au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; **qu'en l'espèce, il résulte de l'instruction que, d'une part, M.A..., chargé par la région d'une mission d'assistance à la maîtrise d'ouvrage pour le marché litigieux, a non seulement contribué à la rédaction du cahier des clauses techniques particulières mais aussi à l'analyse des offres des candidats aux côtés des services de la région et qu'il a ainsi été susceptible d'influencer l'issue de la procédure litigieuse** ; que, d'autre part, M. A...a exercé des responsabilités importantes au sein de la SA Applicam, en qualité de directeur qualité **puis de directeur des opérations et des projets, et qu'ayant occupé ces fonctions du mois de décembre 2001 au mois d'avril 2013, il n'avait donc quitté l'entreprise que moins de deux ans avant le lancement de la procédure litigieuse** ; que s'il ne résulte pas de l'instruction que l'intéressé détiendrait encore des intérêts au sein de l'entreprise, **le caractère encore très récent de leur collaboration, à un haut niveau de responsabilité, pouvait légitimement faire naître un doute sur la persistance de tels intérêts et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par la région Nord-Pas-de-Calais ; qu'il était au demeurant loisible à la région, qui avait connaissance de la qualité d'ancien salarié de la SA Applicam de M.A..., de mettre en oeuvre, une fois connue la candidature de cette société, toute mesure en vue de lever ce doute légitime, par exemple en l'écartant de la procédure d'analyse des offres** ; que, dans ces conditions, la région Nord-Pas-de-Calais a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que, par suite, il y a lieu, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la demande, d'annuler la procédure contestée ».

CE, 22 octobre 2014, n°382495, Société EBM thermique contre commune de Saint Louis

« Considérant que, pour annuler cette procédure, le juge des référés a relevé, en premier lieu, que M. A...B..., adjoint au maire de la commune de Saint-Louis, était membre du conseil d'administration de la société EBM (Genossenschaft Elektra Birsek), société de droit suisse dont la sous-filiale EBM Thermique est l'attributaire du marché litigieux, en deuxième lieu, que M. B...était, au sein de la commune de Saint-Louis, la " personne responsable du marché précédent ", en troisième lieu, qu'en cours de procédure, il avait fait parvenir aux candidats les réponses aux questions qu'ils avaient posées ;

Considérant, cependant, qu'en déduisant des seuls éléments mentionnés ci-dessus que " l'implication " de M. B...pouvait être regardée comme un manquement aux règles d'impartialité et d'égalité de traitement des candidats, alors qu'il ressortait des pièces du dossier qui lui était soumis que M. B...siégeait au sein du conseil d'administration de la société coopérative EBM (Genossenschaft Elektra Birseck) pour y avoir été élu par une assemblée des délégués dont il était membre en qualité d'abonné au réseau public de distribution d'électricité concédé à cette société par la commune de Saint-Louis depuis 1906 et qu'il ne ressortait pas de ces pièces qu'il aurait eu un intérêt personnel à l'issue de la procédure ou une capacité d'influence particulière sur son déroulement, de nature à créer un doute légitime sur son impartialité, le **juge des référés a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis** ; que, par suite, son ordonnance doit être annulée, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois ; Considérant, cependant, qu'il résulte de ce qui a été dit au point 5 **qu'aucune circonstance ne permet de caractériser un intérêt personnel ou une capacité d'influence particulière de nature à créer un doute légitime sur l'impartialité de M. B...**; que les allégations selon lesquelles, du fait de sa connaissance du marché antérieurement confié à la société Dalkia, il aurait pu communiquer des informations confidentielles à la société EBM Thermique ou influencer la définition du besoin du

pouvoir adjudicateur de manière à avantager la sous-filiale de la société coopérative EBM ne sont assorties d'aucune précision permettant d'en apprécier le bien-fondé ;

Considérant, par ailleurs, que **l'existence de contrats conclus antérieurement entre la commune de Saint-Louis et la société EBM Thermique, comme la représentation de la commune au sein des instances de la société EBM (Genossenschaft Elektra Birseck) en tant qu'abonné au réseau électrique de cette société de forme coopérative, ne sont pas de nature, par elles-mêmes, à faire naître un doute sur l'impartialité du pouvoir adjudicateur** ».

CE, 9 mai 2012, n°355756, Commune de Saint Maur des Fossées

« La seule circonstance **qu'un membre du conseil municipal soit actionnaire d'une des entreprises candidates à un marché de la commune et ait un lien de parenté avec son dirigeant** ne justifie pas d'écarter par principe l'offre de cette société, alors qu'il s'agit d'un marché de travaux habituels dont l'utilité n'est pas contestée et qu'il n'est pas allégué que le conseiller municipal, qui **n'a participé qu'à la délibération autorisant la procédure de passation du marché, aurait exercé une influence particulière sur le vote** ».

CJUE, 12 mars 2005, C-538/13, eVigilo Ltd contre Priešgairinés apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos

« L'article 1^{er}, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, ainsi que les articles 2, 44, paragraphe 1, et 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas en principe à ce que l'illégalité de l'évaluation des offres des soumissionnaires soit constatée par le seul fait que l'attributaire du marché a eu des liens significatifs avec des experts nommés par le pouvoir adjudicateur ayant évalué les offres. **Le pouvoir adjudicateur est, en toute hypothèse, tenu de vérifier l'existence d'éventuels conflits d'intérêts et de prendre les mesures appropriées afin de prévenir, de détecter les conflits d'intérêts et d'y remédier. Dans le cadre de l'examen d'un recours visant l'annulation de la décision d'attribution du fait de la partialité des experts, il ne peut être exigé du soumissionnaire évincé qu'il prouve concrètement la partialité du comportement des experts. Il appartient, en principe, au droit national de déterminer si et dans quelle mesure les autorités administratives et juridictionnelles compétentes doivent tenir compte de la circonstance qu'une éventuelle partialité des experts a eu ou non un impact sur une décision d'attribution du marché** ».

CE, 27 juillet 2001, n°232820, Société Degremont

« La participation à la commission d'appel d'offres d'un ancien salarié d'une société candidate qui a été licencié en 1991 n'a pas méconnu le principe d'égalité entre les candidats dès lors que l'intéressé a siégé à la commission en sa qualité d'élu local et compte tenu du délai important qui s'est écoulé depuis son licenciement ».

CE, 3 novembre 1997, n°148150, Préfet de la Marne

« Fils d'un entrepreneur ayant participé à la commission d'appel d'offres chargée d'examiner les offres relatives aux marchés que la commune envisageait de passer en vue de la construction d'un local. Cette circonstance entraîne l'annulation, à la demande du préfet, de l'ensemble des marchés correspondant aux lots pour lesquels l'entrepreneur avait soumissionné et non du seul marché qui avait été attribué à l'intéressé ».

CE, 6 juin 1997, n° 147524, Marcilly

« Considérant que M. X... avait déposé une offre dans le cadre de l'appel d'offres du 1er juillet 1987, relatif à l'extension de la salle des fêtes de la commune de SaintSatur ; que sa **participation à la commission d'appel d'offres a été écartée tant lors de la réunion d'ouverture des plis que lors**

de celle tenue en vue de procéder au choix des entreprises retenues ; que sa qualité de candidat au marché s'opposait à ce qu'il siège dans l'un et l'autre cas alors même, en ce qui concerne la réunion chargée du choix des entreprises, que sa candidature avait été écartée précédemment lors de l'ouverture des plis en raison de l'absence dans son dossier de la déclaration de soumissionner ».

Un critère unique

Prix

CE, 7 mai 2013, n°364833, Département de Paris et ville de Paris

« Que, dès lors, lorsqu'un pouvoir adjudicateur organise une mise en concurrence afin d'attribuer un marché de prestations d'analyse médicale, **le critère du prix des prestations prévues par la nomenclature des actes de biologie médicale est dépourvu de toute pertinence pour départager les offres** ».

CE, 27 avril 2011, n°344244, Président du Sénat

« Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 28 du code des marchés publics qui permettent au pouvoir adjudicateur, au cours de la procédure adaptée, de négocier avec les candidats ayant présenté une offre sur tous les éléments de leur offre, notamment sur le prix, n'ont ni pour objet ni pour effet de l'autoriser à abandonner, en cours de procédure, le critère du prix défini, à parité avec un autre critère, comme principal critère de jugement des offres par le règlement de consultation.

Le manquement commis par le pouvoir adjudicateur en abandonnant en cours de procédure le critère de prix défini par le règlement de consultation comme l'un des deux critères principaux est susceptible d'avoir lésé l'entreprise qui était la seule à avoir présenté une offre dont le prix était conforme aux nouvelles dispositions législatives applicables ».

CE, 6 avril 2007, n°298584, Département de l'Isère

« Considérant que le juge des référés a suffisamment motivé son ordonnance d'une part en écartant le moyen tiré de l'incompatibilité de l'article 53 du code des marchés publics avec la directive susvisée du 31 mars 2004 au motif que **cette directive laisse la faculté de retenir le prix comme critère unique de sélection des offres compte tenu de l'objet du marché, d'autre part en relevant un manquement aux obligations de mise en concurrence par le choix du seul critère du prix afin d'apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse, eu égard au degré de complexité que présentent les travaux** ».

CJCE, 7 octobre 2004, affaire C-247/02, Sintesi SpA,

« L'article 30, paragraphe 1, de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui, en vue de l'attribution de marchés publics de travaux à l'issue de procédures d'appels d'offres ouverts ou restreints, impose, de manière abstraite et générale, aux pouvoirs adjudicateurs de recourir au seul critère du prix le plus bas ».

Soit sur une pluralité de critères

CE, 28 avril 2006, n°280197, Commune de Toulouse

« Les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret du 7 janvier 2004 laissent à la collectivité publique le choix des critères d'attribution du marché qu'elle entend retenir dès lors que ces critères sont justifiés par l'objet du marché et permettent d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Si ces dispositions imposent, lorsque l'objet du marché conduit à n'appliquer qu'un seul critère, de retenir celui du prix des prestations, elles n'ont ni pour objet, ni pour effet de rendre obligatoire ce critère lorsque la personne publique adopte plusieurs critères d'attribution du marché ».

Non discriminatoires

CJCE, 26 septembre 2000, affaire C-225/98, Commission contre France

« À cet égard, il convient de relever que, selon la jurisprudence de la Cour, **le principe d'égalité de traitement, dont l'article 59 du traité est une expression particulière, prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat.**

Sociaux

CE, 25 mai 2018, n° 417580, Société imprimerie Chiffolleau

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions que si l'acheteur peut, pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, mettre en œuvre des critères comprenant des aspects sociaux, c'est à la condition, notamment, qu'ils soient liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution ; qu'à cet égard, des critères à caractère social, relatifs notamment à l'emploi, aux conditions de travail ou à l'insertion professionnelle des personnes en difficulté, peuvent concerner toutes les activités des entreprises soumissionnaires, pour autant qu'elles concourent à la réalisation des prestations prévues par le marché.

Que ces dispositions n'ont, en revanche, ni pour objet ni pour effet de permettre l'utilisation d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale, apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause »

CE, 15 février 2013, n° 363921, société Derichebourg Polyurbaine

« que, de même, en jugeant qu'il n'était pas justifié, en l'espèce, que la sélection des offres au regard de la " politique sociale de l'entreprise ", notamment au regard de la formation des personnels et aux exigences en matière de sécurité, ait été en rapport avec l'objet du marché, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit ni dénaturé les pièces du dossier eu égard à la **généralité** de ce critère, indépendant de l'objet propre et des spécificités du marché ».

La valeur technique

CE, 5 février 2018, n°414508, société compagnie d'autocar des Alpes maritimes

« Considérant que lorsque, pour fixer un critère ou un sous-critère d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur prévoit que la valeur des offres sera examinée au regard d'une caractéristique technique déterminée, **il lui incombe d'exiger la production de justificatifs lui permettant de vérifier l'exactitude des informations données par les candidats** »

CE, 22 juillet 2016, n°396597, Communauté d'agglomération du centre littoral

« Lorsque le pouvoir adjudicateur prévoit, pour fixer un critère ou un sous-critère d'attribution du marché, que la valeur des offres sera examinée au regard du respect d'une caractéristique technique déterminée, il lui incombe d'exiger la production de justificatifs lui permettant de vérifier l'exactitude des informations données par les candidats. Toutefois, en l'espèce, s'il ressort des documents de la consultation que devaient être examinés, au titre du critère des effectifs humains et matériels, le nombre et les caractéristiques sommaires des véhicules utilisés, le pouvoir adjudicateur n'avait pas émis d'exigences particulières à cet égard sanctionnées par le système d'évaluation des offres stipulé par le règlement de la consultation et n'a donc pas manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne prévoyant pas de justificatif particulier ».

CE, 7 novembre 2014, n°384014, Syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne

« **que le règlement de consultation du marché définit trois critères d'attribution, dont celui de la valeur technique, " apprécié au regard du mémoire technique ", lequel doit comprendre une copie des arrêtés préfectoraux autorisant l'exploitation du centre de traitement en validité sur la durée du marché, avec l'indication de la capacité de traitement du site, des tonnages actuels autorisés et des tonnes actuellement reçues ;** que, d'une part, une telle exigence n'est pas en elle-même, contrairement à ce que soutient la société requérante, constitutive d'une rupture d'égalité entre les candidats ; que, d'autre part, elle **permet de déterminer les moyens dont disposent les candidats pour exécuter le marché et donc d'évaluer leurs offres au regard des critères retenus ;** que, par conséquent, le pouvoir adjudicateur n'a pas méconnu les dispositions précitées en retenant une telle exigence ».

CE, 15 février 2013, n° 363854, société SFR

« Si l'article 53 du code des marchés publics **permet au pouvoir adjudicateur d'apprécier la qualité des offres des candidats au regard des performances en matière de protection de l'environnement**, il ne fait pas pour autant obstacle à ce que, comme en l'espèce, l'engagement en matière de développement durable, soit pris en compte en qualité de sous-critère du critère propre à la valeur technique des offres ».

CE, 1^{er} avril 2009, n°321752, Ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire

« L'appréciation de la valeur technique des offres ne peut régulièrement prendre en considération la rapidité d'intervention en matière de maintenance de l'équipement objet du marché, dès lors que ce sous-critère affecté d'une importante pondération n'est pas prévu dans les documents de la consultation ».

Esthétique

CE, 5 novembre 2008, n°310484, Commune de Saint-Nazaire

« Considérant enfin que les indications précitées s'agissant du **critère d'attribution relatif à l'esthétique des mobiliers urbains étaient suffisantes pour ne pas conférer en l'espèce au pouvoir adjudicateur une liberté de choix discrétionnaire ;** que doit ainsi être écarté le moyen tiré de ce qu'en recourant à un tel critère, la COMMUNE DE SAINT-NAZAIRE et la CARENE n'ont pas garanti le respect de l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ».

CE, 28 avril 2006, n°280197, Commune de Toulouse

« un critère relatif aux qualités esthétique peut être en rapport avec l'objet d'un marché. Il **doit cependant être suffisamment précis surtout s'il est affecté d'un coefficient de pondération élevé** ».

Les délais d'exécution

CE, 9 nov. 2018, n° 413533, Sté Savoie frères

« **Un sous-critère relatif au montant des pénalités à infliger en cas de retard dans l'exécution des prestations, qui n'a ni pour objet ni pour effet de différencier les offres au regard du délai d'exécution des travaux, ne permet pas de mesurer la capacité technique des entreprises candidates à respecter des délais d'exécution du marché ni d'évaluer la qualité technique de leur offre.** En outre, la personne publique n'est pas tenue de faire application des pénalités de retard et le juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, peut, à titre exceptionnel, modérer ou augmenter les pénalités résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté. Par suite, sous-critère sans lien avec la valeur technique de l'offre à apprécier ».

CAA Nancy, 24 janvier 2008, n°06NC00908, Commune d'Euville

« Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'analyse des offres de la commission d'appel d'offres, ainsi que du courrier en date du 17 mai 2004 du maire de la COMMUNE D'EUVILLE informant la société Ineo réseaux Est, à sa demande, des raisons du rejet de son offre

présentée dans le cadre d'un marché de travaux d'assainissement, que **le délai d'exécution a été pris en compte pour examiner et classer les offres des candidats ;** que si ce critère, prévu par l'article 53 du code des marchés publics, pouvait être pris en considération, il n'avait toutefois pas été retenu par le règlement de la consultation, dont l'article 4 prévoyait que les critères seraient, par ordre d'importance relative décroissante, la qualité technique de la proposition et le prix de la prestation ; **que le délai d'exécution, qui n'avait pas été défini par le règlement de la consultation comme un élément de la valeur technique de l'offre, et qui constitue un critère distinct de cette valeur technique selon les dispositions précitées du code des marchés publics, ne pouvait, par suite, être régulièrement retenu pour départager les offres des entreprises soumissionnaires** ».

La sécurité des approvisionnements

CJCE, 28 mars 1995, C-324/93, The Queen and Secretary of State for the Home Département c/ Evans Medical Ltd et Macfarlan Smith Ltd

« Il s'ensuit que **la sécurité d'approvisionnement peut faire partie des critères à prendre en compte** au titre de l'article 25 de la directive pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse dans le cadre d'un marché visant à fournir, aux autorités concernées, un produit tel que celui en cause dans le litige au principal » (§44).

D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché public

CE, 25 juillet 2001, n°229666, Commune de Gravelines

« Commune ayant retenu, pour apprécier les offres présentées à la suite d'un appel à la concurrence pour l'attribution d'un marché négocié ayant pour objet la réhabilitation d'une décharge, un **critère additionnel de sélection relatif aux propositions faites par les soumissionnaires en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation.** Un tel critère additionnel est sans rapport avec l'objet du contrat ou avec ses conditions d'exécution et la commune n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que le juge du référé précontractuel a, sur le fondement des dispositions de l'article L.551-1 du code de justice administrative, annulé les actes de procédure afférents à la passation de ce marché négocié de travaux ».

CE, 10 mai 1996, n°159979, Fédération nationale des travaux publics

« qu'en application des dispositions de ces mêmes articles du code des marchés publics, **d'autres considérations peuvent entrer en ligne de compte à la condition d'avoir été spécifiées dans l'avis d'appel d'offres et d'être justifiées par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution** ».

CE, 13 juin 2016, n°396403, Société Latitudes

Considérant que l'article 5.2. du règlement de la consultation prévoit que la valeur technique des offres, pondérée à 40 %, est appréciée au regard de l'expérience, des capacités professionnelles et des capacités techniques des candidats, ainsi que de la " garantie de la qualité " ; que **s'il est loisible au pouvoir adjudicateur de retenir au stade de l'examen de la valeur intrinsèque des offres, à la condition qu'ils soient non discriminatoires et liés à l'objet du marché, des critères relatifs aux moyens en personnel et en matériel affectés par le candidat à l'exécution des prestations mêmes qui font l'objet du marché, afin d'en garantir la qualité technique, il résulte des dispositions précitées du code des marchés publics qu'il ne peut, en revanche, se fonder sur des critères portant sur les capacités générales de l'entreprise qu'au stade de l'examen des candidatures ;** qu'en se fondant ainsi sur des critères propres à l'examen des candidatures pour apprécier les offres, le préfet de la région Nord - Pas-de-Calais - Picardie a méconnu les dispositions du I de l'article 53 du code des marchés publics et manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence

Critère reposant sur l'expérience des candidats

CE, 2 août 2011, n° 348254, Parc naturel régional des Grandes Causes

Les dispositions du I de l'article 53 du code des marchés publics permettent au pouvoir adjudicateur de retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire : **« que ces dispositions permettent au pouvoir adjudicateur de retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire »** ; que, par suite, le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse a commis une erreur de droit en jugeant que la prise en compte des références des candidats n'était pas au nombre des critères susceptibles d'être retenus pour sélectionner les offres ; que dès lors, l'ordonnance attaquée doit être annulée ; [...] Considérant qu'il résulte de l'instruction que le marché litigieux est relatif à soixante-dix pré-diagnostic énergétiques sur des bâtiments publics, écoles, mairies, logements communaux, salles des fêtes ainsi que sur des établissements de santé, des campings, gîtes ruraux, centres de vacances et hôtels ; qu'il prévoit la réalisation d'un bilan énergétique sur chaque bâtiment ainsi qu'une évaluation des gisements d'économie d'énergie et une orientation vers des interventions simples à mettre en oeuvre ou des études approfondies ; qu'eu égard à la technicité de ces prestations, l'objet du marché justifie objectivement le recours au critère, pondéré à hauteur de 20%, tenant aux références des candidats afin de prendre en considération leur expérience ; que la prise en compte de ce critère n'a pas eu d'effet discriminatoire »

Critère géographique, préférence locale

CE, 29 juillet 1994, n°131562, Commune de Ventenac - en - Minervois

« considérant qu'il n'est pas contesté que la commission d'appel d'offre, chargée pour la COMMUNE DE VENTENAC-EN-MINERVOIS, de désigner l'entreprise chargée du marché de construction d'un bâtiment industriel, a, dans sa séance du 27 janvier 1986, **décidé d'attribuer le marché de préférence à une entreprise locale lorsque celle-ci présenterait des propositions n'excédant pas 4 % du devis d'éventuels soumissionnaires, ceci dans le souci de favoriser le maintien des emplois locaux et l'acquittement, au bénéfice de la commune, des taxes professionnelles ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'implantation locale de l'entreprise chargée d'exécuter les travaux ait été une des conditions de bonne exécution du marché ; que les motifs tirés de la nécessité de favoriser l'emploi local et d'équilibrer les finances locales par l'acquittement de la taxe professionnelle sont sans rapport avec la réglementation des marchés ».**

CJCE, 18 juin 1985, n° 197/84, Steinhäuser c/ Ville de Biarritz

« IL CONVIENT DONC DE REPONDRE A LA QUESTION POSEE PAR LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE PAU QUE L ' ARTICLE 52 DU TRAITE CEE S ' OPPOSE A CE QUE, DANS LE CADRE DE L ' ADJUDICATION D ' UN LOCAL APPARTENANT AU DOMAINE PUBLIC D ' UNE COMMUNE , LE CAHIER DES CHARGES SUBORDONNE L ' ADMISSION DES CANDIDATURES A UNE CONDITION DE NATIONALITE » (§ 17)

Critère favorisant les PME

CE, 9 juillet 2007, n° 297711, EGF-BTP

« Considérant qu'en autorisant les pouvoirs adjudicateurs, dans le cadre des procédures d'appel d'offres restreint, de marché négocié et de dialogue compétitif, à **fixer un nombre minimal de petites et moyennes entreprises admises à présenter une offre**, les dispositions des articles 60, 65 et 67 du code des marchés publics, applicables respectivement aux trois procédures précitées, **conduisent nécessairement à faire de la taille des entreprises un critère de sélection des candidatures ; qu'un tel critère qui n'est pas toujours lié à l'objet du marché revêt un caractère discriminatoire et méconnaît le principe d'égal accès à la commande publique ».**

Critère de protection de l'environnement

CJCE, 17 septembre 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab c/ Helsingin kaupunki et HKL-Bussiliikenne

« Il résulte de ces considérations que, lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, conformément à l'article 36, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50, il peut prendre en considération **des critères relatifs à la préservation de l'environnement pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché**, ne confèrent pas audit pouvoir **une liberté inconditionnée** de choix, sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de **non-discrimination** » (§64).

CJCE, 4 décembre 2003, n°C-448/01, EVN AG, Wienstrom G mbH c/ Republik Österreich, Stadtwerke Klagenfurt AG

« La Cour a dès lors admis que, lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, il peut prendre en considération **des critères écologiques**, pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination (arrêt Concordia Bus Finland, précité, point 69) » (§33).

Critère de l'emploi de chômeurs de longue durée

CJCE, 26 septembre 2000, affaire C-225/98, Commission c/ France

« Néanmoins, cette disposition **n'exclut pas toute possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'utiliser comme critère une condition liée à la lutte contre le chômage pourvu que cette condition respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire, et notamment le principe de non-discrimination tel qu'il découle des dispositions du traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services** » (§50).

CJCE, 20 septembre 1988, C-31/87, Beentjes

« La condition de l'emploi de chômeurs de longue durée est compatible avec la directive si elle n'a pas d'incidence discriminatoire directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres Etats membres de la Communauté. Une telle condition particulière supplémentaire doit être obligatoirement mentionnée dans l'avis de marché ».

Critère exigeant la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergies renouvelables pour les marchés de fourniture d'électricité

CJCE, 4 décembre 2003, C-448/01, EVN AG, Wienstrom G mbH c/ Republik Österreich, Stadtwerke Klagenfurt AG

« Il en découle que la réglementation communautaire en matière de marchés publics ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur retienne, dans le cadre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse pour l'attribution d'un marché de fourniture d'électricité, un critère exigeant la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, pour autant que ce critère est lié à l'objet du marché, ne confère pas audit pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, est expressément mentionné dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination » (§34).

Commerce équitable

CJUE, 10 Mai 2012, C-368/10, Commission européenne c/ Royaume des Pays Bas

« Rien ne s'oppose dès lors, en principe, à ce qu'un tel critère vise le fait qu'un produit soit issu du commerce équitable.

(...) Force est donc de constater que le critère d'attribution litigieux présente, avec l'objet du marché concerné, le lien exigé à l'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18, de sorte que le grief formulé par la Commission à cet égard n'est pas fondé ».

Critère « insertion professionnelle »

CE, 25 mars 2013, n° 364950, Département de l'Isère

« Dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché qui, eu égard à son objet, est susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, le pouvoir adjudicateur peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté mentionné au 1° du I de l'article 53 du code des marchés publics (CMP), dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et lui permet d'apprécier objectivement ces offres ».

Critère de l'expérience des soumissionnaires acquise lors de contrats précédents

CJUE, 16 avril 2015, C-173/14, European dynamics Belgium SA et autres

« La prise en considération de l'expérience des soumissionnaires acquise lors de contrats passés avec le pouvoir adjudicateur ne pouvait servir, au stade de la phase d'attribution, pour évaluer les qualités technique et économique des offres. Toutefois, il a rappelé, à bon droit, au point 57 de cet arrêt, que de tels contrats pouvaient constituer des éléments de preuve des qualités technique et économique d'une offre, afin de permettre au pouvoir adjudicateur, comme en l'espèce, d'apprécier la crédibilité des offres soumises, notamment en termes de faisabilité des solutions techniques proposées ou d'adéquation des ressources aux caractéristiques de ces offres ».

Article R2152-8

En cas de dialogue compétitif et pour les partenariats d'innovation, l'offre économiquement la plus avantageuse est identifiée sur la base d'une pluralité de critères conformément aux dispositions du 2° de l'article R. 2152-7.

Sous-section 2 - Utilisation du coût du cycle de vie comme critère d'attribution

Article R2152-9

Le coût du cycle de vie couvre, dans la mesure où ils sont pertinents, tout ou partie des coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage :

- 1° Les coûts supportés par l'acheteur ou par d'autres utilisateurs, tels que :
 - a) Les coûts liés à l'acquisition ;
 - b) Les coûts liés à l'utilisation comme la consommation d'énergie et d'autres ressources ;
 - c) Les frais de maintenance ;
 - d) Les coûts liés à la fin de vie comme les coûts de collecte et de recyclage ;
- 2° Les coûts imputés aux externalités environnementales et liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée. Ces coûts peuvent inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique.

Article R2152-10

Lorsque l'acheteur évalue les coûts selon une approche fondée sur le cycle de vie, il indique dans les documents de la consultation les données que doivent fournir les soumissionnaires et la méthode qu'il utilisera pour déterminer le coût du cycle de vie sur la base de ces données.

La méthode utilisée pour évaluer les coûts imputés aux externalités environnementales respecte l'ensemble des conditions suivantes :

- a) Elle se fonde sur des critères non-discriminatoires et vérifiables de façon objective ;
- b) Elle est accessible à toutes les parties intéressées ;
- c) Elle implique que les données requises puissent être fournies moyennant un effort raisonnable consenti par des opérateurs économiques normalement diligents.

Coût du cycle de vie

NOTICE INTRODUCTIVE : PRISE EN COMPTE DU COÛT DU CYCLE DE VIE DANS UNE CONSULTATION GROUPE D'ETUDE DES MARCHES DEVELOPPEMENT DURABLE (GEM-DD)
Guide de la DAJ

Sous-section 3 - Publicité des critères et de leurs modalités de mise en œuvre

Article R2152-11

Les critères d'attribution ainsi que les modalités de leur mise en œuvre sont indiqués dans les documents de la consultation.

Les modalités de leur mise en œuvre

CE, 21 août 2019, n°418918, sociétés WPD Offshore GmbH et WPD Offshore France

« L'administration détermine librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qui sont définis dans le cahier des charges et rendus publics. Toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie. »

CE, 24 mai 2017, n° 405787, Ministre de la Défense c/ société Techno Logistique

« Considérant, en premier lieu, que le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics

CAA Paris, 8 février 2016, n° 15PA02953, Société RJ45

« Le tribunal ayant ainsi estimé à juste titre que la mise en œuvre d'une telle formule est de nature à neutraliser la pondération des critères de sélection et est susceptible de conduire à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie, la commune de Lognes n'est pas fondée à contester ce jugement en se bornant à soutenir que la neutralisation de la pondération relevée par le tribunal administratif ne se produit que s'il n'y a que deux offres, à faire état de son pouvoir discrétionnaire d'apprécier les offres et à faire valoir qu'il aurait été possible d'écarter l'offre de la société RJ 45 avec une autre méthode de notation pour le critère tenant au prix ».

CE, 3 novembre 2014, n°373362, Commune de Belleville sur Loire

« Le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics ; que, toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre

économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie ; qu'il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publiques, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, de telles méthodes de notation ».

Méthodes de notations

CE, 22 novembre 2019, n°418460, Société Autocars Faure

« Le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a retenus et rendus publics. Toutefois, **une méthode de notation est entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elle est, par elle-même, de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et est, de ce fait, susceptible de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie.** Il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publique, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, une telle méthode de notation ».

CE, 25 mai 2018, n° 417428, Société Mercier et autres

« Considérant, en deuxième lieu, que le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics ; que, toutefois, **ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie ;** qu'il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publiques, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, de telles méthodes de notation ».

CE, 6 avril 2018, n° 402219, Société nouvelle d'entreprise générale

« En ne tenant pas compte de la pondération des différents lots techniques pour l'application du critère du prix, le groupement de commandes a entaché sa méthode de notation d'irrégularité ; qu'il lui incombait, compte tenu du cadre qu'il avait fixé, d'appliquer aux notes attribuées aux sociétés candidates pour chaque lot, tant au titre du critère du prix que de la valeur technique, un coefficient de pondération tiré du rapport entre la valeur de chaque lot et la valeur estimée de l'ensemble du marché, afin que le calcul de la note globale attribuée aux offres déposées permette de tenir compte de la disparité des valeurs des différents lots constituant le marché faisant l'objet de la procédure d'attribution ».

CAA Paris, 27 Février 2018, n° 16PA02955, société Armor Développement

« Aucune disposition législative ou réglementaire, aucun principe de la commande publique, ni aucune des clauses du marché ne faisaient obligation au ministre de donner au critère portant sur la valeur financière une pondération supérieure à celle du critère relatif à la valeur technique ».

CE, 24 mai 2017, n° 405787, Ministre de la Défense

« Considérant, en premier lieu, que le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics ; que, toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque

critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie ; qu'il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publiques, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, **de telles méthodes de notation ; (...)** Pouvoir adjudicateur ayant fixé, pour l'attribution du marché public litigieux, trois critères : le prix, la valeur technique et la politique sociale, pondérés respectivement à 60 %, 30 % et 10 %... ; La méthode de notation retenue par le pouvoir adjudicateur, conduisant automatiquement, sur le critère du prix, à l'attribution de la note maximale de 20 à l'offre la moins disante et de 0 à l'offre la plus onéreuse, a pour effet, compte tenu de la pondération élevée de ce critère, de neutraliser les deux autres critères en éliminant automatiquement l'offre la plus onéreuse, quel que soit l'écart entre son prix et celui des autres offres et alors même qu'elle aurait obtenu les meilleures notes sur les autres critères. Elle peut ainsi avoir pour effet d'éliminer l'offre économiquement la plus avantageuse au profit de l'offre la mieux disante sur le seul critère du prix, et ce quel que soit le nombre de candidats. En retenant une telle méthode de notation pour l'attribution du marché litigieux, le pouvoir adjudicateur a manqué à ses obligations de mise en concurrence ».

CE, 16 novembre 2016, n° 401660, société SNEF – Ville de Marseille

« Considérant que le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics ; **qu'en effectuant, pour évaluer le montant des offres qui lui sont présentées, une "simulation" consistant à multiplier les prix unitaires proposés par les candidats par le nombre d'interventions envisagées, un pouvoir adjudicateur n'a pas recours à un sous-critère, mais à une simple méthode de notation des offres destinée à les évaluer au regard du critère du prix ; qu'il n'est donc pas tenu d'informer les candidats, dans les documents de la consultation, qu'il aura recours à une telle méthode ; qu'il ne manque pas non plus à ses obligations de mise en concurrence en élaborant plusieurs commandes fictives et en tirant au sort, avant l'ouverture des plis, celle à partir de laquelle le critère du prix sera évalué, à la triple condition que les simulations correspondent toutes à l'objet du marché, que le choix du contenu de la simulation n'ait pas pour effet d'en privilégier un aspect particulier de telle sorte que le critère du prix s'en trouverait dénaturé et que le montant des offres proposées par chaque candidat soit reconstitué en recourant à la même simulation ;** qu'en censurant le recours à une telle méthode de notation du critère du prix au seul motif que l'introduction du hasard dans la procédure de désignation du bénéficiaire du marché en litige, sous la forme de l'application des stipulations citées au point 4, avait nécessairement privé de leur portée les critères de sélection ou neutralisé leur pondération et induit, de ce fait, que la meilleure note ne soit pas nécessairement attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie, dès lors que le choix de l'attributaire ne résulte pas de l'analyse conduite par le pouvoir adjudicateur mais des résultats d'un tirage au sort aléatoire, le juge des référés a entaché son ordonnance d'erreur de droit ».

CAA Bordeaux, 14 octobre 2014, n° 13BX01585, Commune de Roquefort sur Souzou

« Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction qu'en pondérant les critères de la valeur technique de l'offre, le prix et la durée d'exécution, respectivement à 50, 35 et 15 %, le règlement de consultation aurait donné une place trop importante au critère de la valeur technique de l'offre ».

CE, 29 octobre 2013, n°370789, Val d'Oise Habitat

« La méthode de notation du critère du prix doit permettre d'attribuer la meilleure note au candidat ayant proposé le prix le plus bas. En l'espèce, **le juge des référés a relevé, sans commettre d'erreur de droit ni dénaturer les pièces du dossier, que la méthode retenue par le pouvoir adjudicateur pour noter le critère du prix avait pour effet d'attribuer la note la plus faible au candidat ayant présenté le prix le plus éloigné de l'estimation du coût de la prestation opérée par le maître d'oeuvre, que ce prix soit inférieur ou supérieur à l'estimation, et, ainsi, avait eu pour conséquence d'attribuer la note maximale à la société déclarée attributaire du marché, alors même que sa proposition de prix était supérieure à celle de la requérante ».**

CE, 29 octobre 2013, n°370789, Val d'Oise Habitat

« La méthode de notation des offres ne peut être utilement contestée devant le juge du référé précontractuel qu'en cas d'erreur de droit ou de discrimination illégale ».

CE, 15 février 2013, n° 363854, société SFR

« Le pouvoir adjudicateur peut, sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats ni les obligations de publicité et de mise en concurrence, choisir une méthode de notation qui, s'agissant de l'évaluation au titre d'un critère, permet une différenciation des notes attribuées aux candidats, notamment par l'attribution automatique de la note maximale au candidat ayant présenté la meilleure offre ».

CE, 18 décembre 2012, n°362532, département de la Guadeloupe

« Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent, lorsqu'ils choisissent d'évaluer les offres par plusieurs critères pondérés, recourir à des méthodes de notation conduisant à l'attribution, pour un ou plusieurs critères, de notes négatives ».

Sont indiqués dans les documents de la consultation**CAA Nantes, 10 janvier 2017, n°16NT01297, SARL Aclimat c/ Commune de la Bohalle****CE, 6 avril 2016, Commune de la Bohalle n°388123**

« Considérant que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que, dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces critères ; qu'il doit également porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation des sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ; **qu'il n'est, en revanche, pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres** ».

CJUE, 14 juillet 2016, C-6/15, TNS Dimarso

« Ainsi, la Cour a jugé que l'objet et les critères d'attribution des marchés publics doivent être clairement déterminés dès le début de la procédure de passation de ceux-ci (arrêt du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas, C-368/10, EU:C:2012:284, point 56) et qu'un pouvoir adjudicateur ne saurait appliquer, pour les critères d'attribution, des sous-critères qu'il n'a pas préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires (arrêt du 21 juillet 2011, Evropaiki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, non publié, EU:C:2011:512, point 31). De même, le pouvoir adjudicateur doit s'en tenir à la même interprétation des critères d'attribution tout au long de la procédure (arrêt du 18 octobre 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, point 43 et jurisprudence citée). Ces exigences s'appliquent, en principe, mutatis mutandis à l'obligation des pouvoirs adjudicateurs d'indiquer, dans l'avis de marché ou le cahier des charges, la « pondération relative » de chacun des critères d'attribution. Ainsi, la Cour a jugé qu'un pouvoir adjudicateur ne saurait, en principe, appliquer des règles de pondération qu'il n'a pas préalablement portées à la connaissance des soumissionnaires ».

CE, 26 septembre 2012, n°359706, communauté d'agglomération Seine Eure

« Le pouvoir adjudicateur n'a pas à informer les candidats de la méthode de notation qu'il envisage de retenir et d'utiliser pour évaluer les offres au regard des critères de sélection ».

CE, 26 septembre 2012, n° 359389, GIE

« Considérant que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, **l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès**

l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en oeuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en oeuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné ; [...] que s'il est loisible au pouvoir adjudicateur, lorsqu'il passe un marché selon une procédure adaptée en application de l'article 28 du code des marchés publics, **de pondérer ou de hiérarchiser les critères de sélection qu'il retient, y compris en leur attribuant une égale importance, il est tenu d'informer les candidats de son choix de mise en oeuvre des critères de sélection** ; que, par suite, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Cergy-Pontoise n'a pas commis d'erreur de droit en estimant que le pouvoir adjudicateur avait manqué à son obligation d'indiquer avec une précision suffisante l'importance respective des critères d'attribution de ce marché, dès lors que ces critères avaient été énumérés sans aucune indication quant à leur pondération ou à leur hiérarchisation ».

CE, 2 août 2011, n°348711, Syndicat mixte de la vallée de l'Orge aval

« L'appréciation de la valeur technique des offres ne peut régulièrement prendre en considération la rapidité d'intervention en matière de maintenance de l'équipement objet du marché, dès lors que ce sous-critère affecté d'une importante pondération n'est pas prévu dans les documents de la consultation ».

CE, 30 Janvier 2009, n° 290236, ANPE

« Considérant que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en oeuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en oeuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné ».

CJCE, 18 octobre 2001, C-19/00, SIAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo

« Cela signifie, plus particulièrement, que les critères d'attribution doivent être formulés, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière ».

CE, 28 juillet 2000, n°199549, Commune de Villefranche – de- Rouergue

« Considérant que les juges du fond qui ont annulé pour excès de pouvoir la délibération litigieuse au motif que le conseil municipal avait retenu un critère de choix non prévu dans l'appel d'offres et porté ainsi atteinte à l'égalité entre les entreprises soumissionnaires n'ont pas commis d'erreur de droit en s'abstenant de rechercher si la supériorité technique, à la supposer établie, de l'offre retenue, aurait pu fonder légalement cette délibération ».

Particularités des marchés subséquents**CE, 4 avril 2018, n°416577, Société Archimed**

« Considérant, en dernier lieu, que le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en oeuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics ; que, toutefois, ces **méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération** et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la

mise en œuvre de chaque critère, **à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre**, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie.

Considérant que, s'agissant du **critère financier**, le jugement de la valeur financière des offres doit se faire sur la base de l'offre financière globale du candidat résultant du total des points obtenus à chacun des " scénarii financiers de consommation ", A, B, C et D, détaillés en annexe du règlement et affectés de coefficients différents ; que la société Archimed soutient que le pouvoir adjudicateur a attribué aux différents scénarii des valeurs de pondération déconnectées de leur importance économique, en dévalorisant substantiellement le scénario A alors qu'il constitue le cœur même du contrat, et qu'à l'intérieur de chacun des scénarii l'évaluation financière est faussée ; que, cependant, les coefficients retenus traduisent la volonté du pouvoir adjudicateur de valoriser particulièrement les efforts réalisés par les candidats quant aux prestations fournies en sus des prestations minimales exigées par le marché ainsi que l'appréciation portée par l'administration sur l'importance respective des différents postes de dépenses ; qu'une telle méthode de notation n'est par elle-même pas de nature à conduire à ce que, pour la mise en œuvre du critère financier, la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre ni à ce que, au regard de l'ensemble des critères pondérés, l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie ».

CE, 5 juillet 2013, n° 368448, UGAP

« Il résulte des dispositions de l'article 1er (II) et de l'article 76 du code des marchés publics (CMP) que **l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution des marchés subséquents à un accord-cadre est nécessaire dès l'engagement de la procédure d'attribution de l'accord-cadre, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats...** », b) Dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères.....Il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution des marchés subséquents et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant prévisible des marchés concernés. Il lui est loisible, dans l'hypothèse du choix d'une pondération des critères, d'exprimer le poids de chacun d'entre eux par une fourchette, qu'il peut éventuellement préciser lors de la passation de chacun des marchés subséquents. Toutefois, eu égard à l'interdiction pour les parties, édictée par le II de l'article 76 du CMP, d'apporter des modifications substantielles aux termes fixés dans l'accord-cadre, l'écart maximal de cette fourchette doit être approprié et ne saurait, en tout état de cause, autoriser l'absence de prise en compte ultérieure de certains des critères annoncés.,,2) En l'espèce, cahier des charges de l'accord-cadre mentionnant quatre critères d'attribution des marchés subséquents, dont les fourchettes de pondération étaient respectivement comprises entre 30 et 100 %, 0 et 70 %, 0 et 50 % et 0 et 30 %. Les indications données aux candidats à l'attribution de l'accord-cadre ne leur permettaient pas de déterminer, pour chaque marché subséquent ou chaque type de marché subséquent, s'il serait attribué sur la base de l'ensemble des critères annoncés, de certains d'entre eux ou du seul critère du prix ».

Article R2152-12

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, les critères d'attribution font l'objet d'une **pondération** ou, lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, sont indiqués par **ordre décroissant d'importance**. La pondération peut être exprimée sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié.

Pondération

CAA Paris, 27 Février 2018, n° 16PA02955, Société Armor Développement

« Aucune disposition législative ou réglementaire, aucun principe de la commande publique, ni aucune des clauses du marché ne faisaient obligation au ministre de **donner au critère portant sur la valeur financière une pondération supérieure à celle du critère relatif à la valeur technique** ».

CE, 27 février 2013, n° 364172, Commune de Nîmes

« En vertu du II de l'article 53 du même code, **le pouvoir adjudicateur doit préciser la pondération des critères de jugement des offres appliqués aux marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours** ; qu'il résulte de ces dispositions que les critères de sélection des candidatures et des offres retenus par le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une procédure de concours restreint de maîtrise d'œuvre passée en application des articles 38, 70 et 74 du code des marchés publics n'ont pas obligatoirement à être pondérés ».

CE, 4 juillet 2012, n°352714, Ministre de la défense et des anciens combattants

« **Si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection** ».

CJUE, 18 novembre 2010, C-226/09, Commission européenne c/ Irlande

« En **modifiant la pondération des critères** d'attribution d'un marché de fourniture de services d'interprétation et de traduction à la suite d'un premier examen des offres soumises, **l'Irlande a manqué aux obligations qui lui incombent** en vertu du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence qui en découle tels qu'interprétés par la Cour de justice de l'Union européenne ».

CE, 5 avril 2006, n° 288441, Ministre de la défense

« Considérant que si le juge du référé précontractuel a jugé qu'en se prévalant de la spécificité de l'objet du marché, de la procédure de marché négociée suivie ainsi que de la nature des critères de sélection retenus, le ministre ne justifiait pas de l'impossibilité de recourir à la pondération des critères d'attribution du marché en litige, il n'a pas entendu écarter toute possibilité de hiérarchisation des critères de sélection des offres mais s'est borné à constater qu'en l'espèce, la personne responsable du marché n'établissait pas que la pondération de ces critères n'était pas possible ; qu'il n'a dès lors ni commis d'erreur de droit ni dénaturé les faits de l'espèce ».

CE, 7 octobre 2005, n° 276867, communauté urbaine Marseille Provence Métropole

« a) Il résulte des dispositions du II de l'article 53 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret du 7 mars 2004, selon lesquelles les critères de choix entre les offres sont pondérés ou à défaut hiérarchisés, que **c'est seulement si la pondération des critères d'attribution est impossible que la personne publique qui s'apprête à passer un marché peut se borner à procéder à leur hiérarchisation...**,b) Il en résulte qu'en principe les critères doivent être pondérés, sauf si la personne publique qui s'apprête à passer un marché peut justifier que cette pondération n'est pas possible. C'est seulement dans ce dernier cas que la personne publique peut se borner à procéder à une simple hiérarchisation des critères ».

CE, 29 juin 2005, n° 267992, Commune de la Seyne sur Mer

« Il résulte des dispositions du II de l'article 53 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret du 7 mars 2004, selon lesquelles **les critères de choix entre les offres sont pondérés ou à défaut hiérarchisés, que c'est seulement si la pondération des critères d'attribution est impossible que la personne publique qui s'apprête à passer un marché peut se borner à procéder à leur hiérarchisation** ».

CJCE, 4 décembre 2003, C-448/01, EVN AG, Wienstrom G mbH c/ Republik Österreich, Stadtwerke Klagenfurt AG

« Il en résulte que, dans le respect des prescriptions du droit communautaire, **les pouvoirs adjudicateurs sont libres non seulement de choisir les critères d'attribution du marché mais**

également de déterminer la pondération de ceux-ci, pour autant qu'elle permette une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse » (§39). « Eu égard donc à l'importance de l'objectif poursuivi par le critère en cause au principal, la pondération de celui-ci à hauteur de 45 % ne paraît pas entraver une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse » (§42). « **S'agissant des critères d'attribution eux-mêmes, il convient d'admettre, à plus forte raison, que ceux-ci ne doivent subir aucune modification au cours de la procédure d'adjudication** » (§93).

Par ordre décroissant d'importance

CE, 29 juin 2005, n°267992, Commune de la Seyne sur mer

« Il résulte de ces dispositions que c'est seulement si la pondération des critères d'attribution est impossible que la personne publique qui s'apprête à passer un marché peut se borner à procéder à leur hiérarchisation ; qu'ainsi, en déduisant de ce que la COMMUNE DE LA SEYNE-SUR-MER ne justifiait pas d'une telle impossibilité qu'elle n'avait pu légalement se borner, dans les documents de la consultation, à hiérarchiser les critères d'attribution du marché litigieux, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Nice n'a pas commis d'erreur de droit ».

La pondération peut être exprimée sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié

CJCE, 4 décembre 2003, C-448/01, EVN AG, Wienstrom G mbH c/ Republik Österreich, Stadtwerke Klagenfurt AG

« Il résulte que, dans le respect des prescriptions du droit communautaire, les pouvoirs adjudicateurs sont libres non seulement de choisir les critères d'attribution du marché mais également de déterminer la pondération de ceux-ci, pour autant qu'elle permette une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse [...] Eu égard donc à l'importance de l'objectif poursuivi par le critère en cause au principal, la pondération de celui-ci à hauteur de 45 % ne paraît pas entraver une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Section 4 - Mise au point du marché

Article R2152-13

L'acheteur et le soumissionnaire retenu peuvent procéder à une mise au point des composantes du marché avant sa signature. Cependant, cette mise au point ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles de l'offre ou du marché.

Mise au point des composantes du marché public

CAA Douai, 22 août 2019, n° 18DA02437

« Ainsi, **quelle que soit la pertinence économique du calcul effectué par la société Dalkia, son offre ne respectait pas le règlement de la consultation.** La commune a d'ailleurs nécessairement admis cette irrégularité, puisqu'elle a conclu avec la société Dalkia, le 18 janvier 2016, une " mise au point du marché ", indiquant que " l'acte d'engagement de la consultation d'appel d'offres ne permettait pas au candidat de modifier le coût des prestations " P1 " en cas d'acceptation de l'option " Télégestion ". Aux termes de l'article 59 du code des marchés publics, alors en vigueur : " II. - Après classement des offres finales conformément au III de l'article 53, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Ce choix est effectué par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales. - Il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres. ". **Ces dispositions n'autorisaient pas la commune de Montigny-en-Gohelle à rechercher,**

postérieurement au classement des offres, une régularisation de l'offre de la société Dalkia, une telle tentative de régularisation remettant nécessairement en cause une caractéristique substantielle de l'offre initiale de la société Dalkia et le classement de l'ensemble des offres ».

TA de Nice, 24 mars 2006, n°9905093

« Il résulte de l'article 300bis précité du code des marchés publics que la mise au point du marché avec l'entreprise retenue après la procédure d'appel d'offres doit permettre l'adaptation des prestations sans remettre en cause les caractéristiques essentielles du marché ; que la clause de l'article 4-6-2 du cahier des clauses administratives particulières, sur laquelle est fondé l'acte attaqué, a ajouté un risque financier très important pour l'entreprise titulaire du marché dès lors que les pénalités infligées en application de ladite clause peuvent représenter, ainsi que le montre l'acte attaqué, un montant supérieur à celui du marché du 11 avril 1996 ; que cet aléa financier intervient, de surcroît, après l'exécution par cette entreprise de ses obligations contractuelles découlant du marché et portant sur la construction d'une station de traitement des lixiviats ; que **cet aléa s'ajoute, en outre, aux garanties habituelles, notamment la garantie pour parfait achèvement qui porte sur la même durée de deux ans à compter de la réception des travaux ; qu'ainsi, une telle clause financière de performances pendant un délai de deux ans, eu égard notamment au montant des pénalités susceptible d'être infligé, doit être regardée comme ayant remis en cause les conditions d'appel à la concurrence** ».

TA Toulouse, 15 juillet 2004, n°0203255

« Mais considérant d'autre part, qu'il résulte de l'article 300bis précité du code des marchés publics que la mise au point du marché avec l'entreprise retenue après la procédure d'appel d'offres doit permettre l'adaptation des prestations sans remettre en cause les caractéristiques essentielles du marché ; que la clause de l'article 4-6-2 du cahier des clauses administratives particulières, sur laquelle est fondé l'acte attaqué, a ajouté un risque financier très important pour l'entreprise titulaire du marché dès lors que les pénalités infligées en application de ladite clause peuvent représenter, ainsi que le montre l'acte attaqué, un montant supérieur à celui du marché du 11 avril 1996 ; que cet aléa financier intervient, de surcroît, après l'exécution par cette entreprise de ses obligations contractuelles découlant du marché et portant sur la construction d'une station de traitement des lixiviats ; que cet aléa s'ajoute, en outre, aux garanties habituelles, notamment la garantie pour parfait achèvement qui porte sur la même durée de deux ans à compter de la réception des travaux ; qu'ainsi, une telle clause financière de performances pendant un délai de deux ans, eu égard notamment au montant des pénalités susceptible d'être infligé, doit être regardée comme ayant remis en cause les conditions d'appel à la concurrence ; qu'en effet, l'introduction d'une telle modification substantielle des conditions de garantie d'exécution du marché de construction d'une station de traitement des lixiviats, aurait incontestablement pu remettre en cause les conditions de l'appel à la concurrence en ayant un effet sur la présentation des offres ; que cette clause contractuelle ne pouvait faire l'objet d'une mise au point et a dès lors été ajoutée en méconnaissance des dispositions de l'article 300bis du Code des marchés publics ; qu'elle doit, par suite, être tenue pour nulle ; que la nullité de cette clause entraîne l'illégalité du titre de recettes attaqué dont elle est le fondement »

CE, 30 nov. 1990, n° 53636, Sté Coignet Entreprise

« Considérant, d'autre part, que si de légères modifications des prestations prévues par le dossier d'appel d'offres ont été apportées au contrat avant la signature de celui-ci, la SOCIETE COIGNET ENTREPRISE a accepté ces modifications en signant le contrat définitif ; que les prestations qui lui ont été demandées ont été en tout point conformes à celles prévues dans ce contrat ; qu'ainsi la société n'est pas fondée à demander une indemnité de ce chef ».

Chapitre III - Offres présentées par des opérateurs économiques ou comportant des produits d'Etats tiers

Section 1 - Principes généraux

Article L2153-1

L'acheteur garantit aux opérateurs économiques ainsi qu'aux travaux, fournitures et services issus des Etats parties à l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ou à un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie, dans la limite de ces accords, un traitement équivalent à celui garanti aux opérateurs économiques, aux travaux, aux fournitures et aux services issus de l'Union européenne.

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

Pour l'application du présent livre, les Etats parties à l'Espace économique européen qui ne sont pas membres de l'Union européenne sont assimilés à des Etats membres de l'Union européenne.

obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel présentant des caractéristiques techniques différentes de celles du matériel qu'elle possède déjà et entraînerait une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien ou des coûts disproportionnés.

Article R2153-5

La liste des pays et des secteurs couverts, à la date de sa publication, par un accord mentionné à l'article L. 2153-2 est précisée en tant que de besoin par un arrêté du ministre chargé de l'économie. Cet arrêté précise également, pour un pays ou un secteur donné, si, en fonction du contenu de ces accords, les engagements conclus comportent des restrictions de nature à empêcher un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés des pays tiers.

Article R2153-1

Les acheteurs peuvent introduire dans les documents de la consultation des critères ou des restrictions fondées sur l'origine de tout ou partie des travaux, fournitures ou services composant les offres proposées ou la nationalité des opérateurs économiques autorisés à soumettre une offre, en tenant compte du champ géographique et sectoriel des accords internationaux mentionnés par l'article L. 2153-1 ainsi que des éventuelles restrictions qu'ils comportent.

Article R2153-2

Les pays et les secteurs pour lesquels les mesures visées à l'article R. 2153-1 ne peuvent être introduites sont précisés en tant que de besoin et en fonction du contenu des accords mentionnés à l'article L. 2153-1, par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.

Section 2 - Marchés de fournitures des entités adjudicatrices**Article L2153-2**

Lorsque une offre présentée dans le cadre de la passation d'un marché de fournitures par une entité adjudicatrice contient des produits originaires de pays tiers avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays, ou auxquels le bénéfice d'un tel accord n'a pas été étendu par une décision du Conseil de l'Union européenne, cette offre peut être rejetée lorsque les produits originaires des pays tiers représentent la part majoritaire de la valeur totale des produits composant cette offre, dans des conditions prévues par voie réglementaire.

Lorsque deux ou plusieurs offres sont équivalentes au regard des critères d'attribution, une préférence peut être accordée à l'une d'entre elles dans des conditions prévues par voie réglementaire.

Article R2153-3

Pour l'application de l'article L. 2153-2, une offre peut être rejetée lorsque la part des produits originaires de pays tiers excède 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre. Pour l'application du présent article, les logiciels utilisés dans les équipements de réseaux de télécommunications sont considérés comme des produits.

Article R2153-4

Lorsque deux ou plusieurs offres sont équivalentes au regard des critères d'attribution, une préférence est accordée à celle des offres qui ne peut être rejetée en application de l'article R. 2153-3. Les offres sont considérées comme équivalentes si l'écart entre leur prix respectif n'excède pas 3 %.

Toutefois, ce droit de préférence n'est pas mis en œuvre lorsque l'acceptation de l'offre

Titre VI - RÈGLES APPLICABLES AUX PROCÉDURES DE PASSATION ET AUX TECHNIQUES D'ACHAT

Tableau DAJ, Marchés publics des autorités centrales

Tableau DAJ, Marchés publics des pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités centrales

Chapitre Ier - RÈGLES APPLICABLES AUX PROCÉDURES FORMALISÉES

Article R2161-1

Les dispositions du présent chapitre relatives aux délais de présentation des candidatures et des offres s'appliquent sans préjudice de celles figurant aux articles R. 2143-1, R. 2151-1 et R. 2151-2.

Section 1 - Appel d'offres

Sous-section 1 - Appel d'offres ouvert

Article R2161-2

Le **déla** minimal de réception des candidatures et des offres est de trente-cinq jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché.

Déla

 minimal

CE, 16 novembre 2005, n°278646, Ville de Paris

« Les dispositions qui fixent un déla minimal pour la remise des offres « imposent à la personne publique, lorsqu'elle apporte des modifications substantielles à l'objet ou aux conditions initiales du marché, de les porter à la connaissance des entreprises par un avis d'appel public à la concurrence rectificatif et de respecter un nouveau déla de cinquante-deux jours à compter de l'envoi à publication de cet avis rectificatif pour permettre aux entreprises, éventuellement dissuadées de présenter leur candidature par les indications portées sur l'avis initial, de disposer du déla utile pour déposer une offre ; que cette obligation s'impose à elle, même lorsque, constatant que l'avis d'appel public à la concurrence publié comporte une erreur qui ne lui est pas imputable, elle décide de procéder à sa rectification par l'envoi d'un avis rectificatif ».

Article R2161-3

Le déla minimal fixé à l'article R. 2161-2 peut être ramené :

1° A quinze jours si l'acheteur a publié un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence et lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- a) L'avis de préinformation ou l'avis périodique indicatif a été envoyé pour publication trente-cinq jours au moins à douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché ;
- b) Cet avis contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication ;

2° A trente jours si les candidatures et les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique ;

3° A quinze jours lorsqu'une **situation d'urgence**, dûment justifiée, rend le déla minimal impossible à respecter.

Situation d'urgence

CE, 5 mars 1999, n°163328, Président de l'Assemblée nationale :

« Que, pour fixer à une durée inférieure à vingt-et-un jours le déla accordé aux entreprises pour remettre leurs offres, les services de l'ASSEMBLEE NATIONALE se sont fondés sur des impératifs résultant de la date d'ouverture de la session parlementaire ; qu'il leur appartenait de prendre en temps utile les mesures nécessaires pour que les marchés en cause fussent passés avant cette date ; que **la circonstance invoquée n'est ainsi pas de nature à constituer un cas d'urgence** au sens des prescriptions de l'article 94 ter du code des marchés publics ».

Article R2161-4

L'acheteur peut décider d'examiner les offres avant les candidatures. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, il examine les candidatures de manière impartiale et transparente. Il veille notamment à ce que sa connaissance des offres n'influe en rien sur l'appréciation des motifs d'exclusion ou des critères de sélection.

Article R2161-5

L'acheteur ne peut négocier avec les soumissionnaires. Il lui est seulement possible de leur demander de **préciser la teneur de leur offre**.

Précision sur la teneur des offres

CE, 16 janvier 2012, n°353629, Département de l'Essonne

« Considérant qu'aux termes du I de l'article 59 du code des marchés publics : Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre. ; que si ces dispositions s'opposent en principe à toute modification du montant de l'offre à l'initiative du candidat ou du pouvoir adjudicateur, ce principe ne saurait recevoir application dans le cas exceptionnel où il s'agit de rectifier une erreur purement matérielle, d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue ».

Sous-section 2 - Appel d'offres restreint

Article R2161-6

Les délais minimaux de réception des candidatures sont :

1° Pour les pouvoirs adjudicateurs, de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend ce déla minimal impossible à respecter, le pouvoir adjudicateur peut fixer un déla de réception des candidatures qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de l'invitation à confirmer l'intérêt ;

2° Pour les entités adjudicatrices, de quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Article R2161-7

Le déla minimal de réception des offres est, pour les pouvoirs adjudicateurs, de trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Article R2161-8

Le déla minimal fixé à l'article R. 2161-7 peut être ramené :

1° A dix jours si le pouvoir adjudicateur a publié un avis de préinformation qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence et lorsque cet avis remplit les conditions suivantes :

- a) Il a été envoyé pour publication trente-cinq jours au moins à douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché ;

- b) Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour

autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication ;
 2° A vingt-cinq jours si les offres sont transmises par voie électronique ;
 3° A dix jours lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend le délai minimal impossible à respecter.

Article R2161-9

Un pouvoir adjudicateur autre qu'une autorité publique centrale dont la liste figure dans un avis annexé au présent code peut fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous. En l'absence d'accord, il fixe un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Article R2161-10

Une entité adjudicatrice peut fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous. En l'absence d'accord, elle fixe un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Article R2161-11

L'acheteur ne peut négocier avec les soumissionnaires. Il lui est seulement possible de leur demander de préciser la teneur de leur offre.

Section 2 - Procédure avec négociation

Sous-section 1 - Règles applicables aux pouvoirs adjudicateurs

Article R2161-12

Le délai minimal de réception des candidatures est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt. Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend ce délai minimal impossible à respecter, le pouvoir adjudicateur peut fixer un délai de réception des candidatures qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence ou de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Article R2161-13

Le pouvoir adjudicateur indique dans les documents de la consultation les exigences minimales que doivent respecter les offres.

Article R2161-14

Le délai minimal de réception des offres initiales est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Article R2161-15

Le délai minimal fixé à l'article R. 2161-14 peut être ramené :
 1° A dix jours si le pouvoir adjudicateur a publié un avis de préinformation qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence et lorsque cet avis remplit les conditions suivantes :
 a) Il a été envoyé pour publication trente-cinq jours au moins à douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché ;
 b) Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication ;

2° Vingt-cinq jours si les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique ;
 3° Dix jours lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend le délai minimal impossible à respecter.

Article R2161-16

Un pouvoir adjudicateur autre qu'une autorité publique centrale dont la liste figure dans un avis annexé au présent code peut fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous. En l'absence d'accord, il fixe un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Article R2161-17

Le pouvoir adjudicateur négocie avec tous les soumissionnaires leurs offres initiales et ultérieures, à l'exception des offres finales. Il peut toutefois attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt qu'il se réserve la possibilité de le faire. Les exigences minimales mentionnées à l'article R. 2161-13 et les critères d'attribution ne peuvent faire l'objet de négociations.

Article R2161-18

La procédure avec négociation peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution définis dans les documents de la consultation. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'un de ces documents, s'il fera usage de cette possibilité. Dans la phase finale de négociation, le nombre d'offres restant à négocier doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant d'offres remplissant les conditions requises.

Article R2161-19

Le pouvoir adjudicateur informe par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées en application de l'article R. 2161-18 de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de la consultation, à l'exception de ceux qui définissent les exigences minimales. A la suite de ces changements, le pouvoir adjudicateur accorde aux soumissionnaires un délai suffisant et identique pour leur permettre de modifier leurs offres et, le cas échéant, de les présenter à nouveau.

Article R2161-20

Lorsque le pouvoir adjudicateur entend conclure les négociations, il en informe les soumissionnaires restant en lice et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées.

Sous-section 2 - Règles applicables aux entités adjudicatrices

Article R2161-21

Le délai minimal de réception des candidatures est de quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis périodique indicatif, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Article R2161-22

La date limite de réception des offres peut être fixée d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous. En l'absence d'accord, l'entité adjudicatrice fixe un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter

de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Article R2161-23

L'entité adjudicatrice peut attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt qu'elle se réserve la possibilité de le faire.

Section 3 - Dialogue compétitif

Article R2161-24

L'acheteur définit ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché et, le cas échéant, dans un programme fonctionnel ou un projet partiellement défini. Les modalités du dialogue, les critères d'attribution et un calendrier indicatif sont précisés dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation.

Avis de marché

CE, 4 avril 2005, n°265784, Commune de Castellar

« Il résulte de la combinaison de ces dispositions que si les prescriptions du programme fonctionnel détaillé peuvent être modifiées après la remise des offres, ces modifications ne peuvent porter sur la nature et l'étendue des besoins de la personne publique, lesquelles peuvent seulement faire l'objet des précisions nécessaires pour répondre aux éléments d'information complémentaires apparus au cours de la procédure et à la condition que ces précisions soient portées en temps utile à la connaissance de tous les candidats ayant fait une offre pour leur permettre de l'adapter ».

Article R2161-25

Le délai minimal de réception des candidatures est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

Article R2161-26

L'acheteur ouvre avec les participants sélectionnés un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins. Tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les participants sélectionnés.

Article R2161-27

Le dialogue peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter, en appliquant les critères d'attribution définis dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. L'acheteur indique, dans les documents de la consultation, s'il fera usage de cette possibilité. Dans la phase finale de dialogue, le nombre de solutions restant à discuter doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions remplissant les conditions requises. L'acheteur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

Article R2161-28

Lorsqu'il estime que le dialogue est arrivé à son terme, l'acheteur en informe les participants restant en lice et les invite à présenter leur offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue. Il vérifie que les offres finales comprennent tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet.

Article R2161-29

Des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments peuvent être demandés

aux participants sur leur offre finale. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre finale, notamment les besoins et exigences indiqués dans les documents de la consultation.

Article R2161-30

A la demande de l'acheteur, l'attributaire peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché.

Article R2161-31

L'acheteur peut prévoir des primes au profit des participants au dialogue. Le montant de la prime est indiqué dans les documents de la consultation et la rémunération du titulaire du marché tient compte de la prime qui lui a été éventuellement versée pour sa participation à la procédure.

Chapitre II - RÈGLES APPLICABLES AUX TECHNIQUES D'ACHAT

Section 1 - Accords-cadres

Sous-section 1 - Dispositions générales

Article R2162-1

Les acheteurs ne peuvent recourir aux accords-cadres de manière abusive ou aux fins d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

Les acheteurs peuvent conclure des accords-cadres

CJUE, 19 déc. 2018, aff. C-216/17, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust et Coopservice Soc. Coop. Arl c/ Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecarnonica – Sebino e.a.

« L'article 1^{er}, paragraphe 5, et l'article 32, paragraphe 2, quatrième alinéa, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doivent être interprétés en ce sens que :

- un pouvoir adjudicateur peut agir pour son propre compte et pour celui d'autres pouvoirs adjudicateurs clairement désignés qui ne sont pas directement parties à un accord-cadre, dès lors que les exigences de publicité et de sécurité juridique et, partant, de transparence sont respectées et,
- il est exclu que les pouvoirs adjudicateurs non signataires de cet accord-cadre ne déterminent pas le volume des prestations qui pourra être requis lorsqu'ils concluront des marchés en exécution de celui-ci ou qu'ils le déterminent par référence à leurs besoins ordinaires, sous peine de méconnaître les principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques intéressés à la conclusion dudit accord-cadre ».

CE, 29 octobre 2010, n°340212, SMAROV

« Aucune disposition du code des marchés publics, notamment l'article 77 de ce code relatif aux marchés à bons de commande, ni aucun principe n'interdisent d'inclure dans un unique marché des prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande et d'autres prestations, à condition que les deux types de prestations soient clairement distingués, que les stipulations du contrat relatives aux prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande respectent les dispositions de l'article 77 et que la conclusion d'un marché global soit permise par les dispositions de l'article 10 du même code relatives à l'allotissement ».

Accords-cadres : notion d'accords-cadres

CJCE, 29 novembre 2007, C-119/06, Commission contre Italie

« Il découle de ce qui précède que **ledit accord-cadre constitue un marché public de services** au sens de cette même disposition ».

CJCE, 11 juin 2009, C-300/07, Oymanns Orthopädie Schuhetechnik

« Un accord, tel que celui en cause au principal, conclu entre une caisse publique d'assurance maladie et un opérateur économique, dans lequel sont définies les rémunérations des différentes formes de prise en charge attendues de cet opérateur ainsi que la durée d'application de l'accord, ledit opérateur assumant l'obligation de s'exécuter à l'égard des assurés qui lui en feraient la demande et ladite caisse étant, de son côté, la seule débitrice de la rémunération des interventions de ce même opérateur, **devra être considéré comme un «accord-cadre»** au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 5, de la directive 2004/18 ».

Article R2162-2

Lorsque l'accord-cadre ne fixe pas toutes les stipulations contractuelles, il donne lieu à la conclusion de marchés subséquents dans les conditions fixées aux articles R. 2162-7 à R. 2162-12.

Lorsque l'accord-cadre fixe toutes les stipulations contractuelles, il est exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande dans les conditions fixées aux articles R. 2162-13 et R. 2162-14.

Un accord-cadre peut être exécuté en partie par la conclusion de marchés subséquents et en partie par l'émission de bons de commande

CE, 29 octobre 2010, n°340212, SMAROV

« **Aucune disposition du code des marchés publics ni aucun principe n'interdisent d'inclure dans un unique marché des prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande et d'autres prestations, à condition que les deux types de prestations soient clairement distingués**, que les stipulations du contrat relatives aux prestations donnant lieu à l'émission de bons de commande respectent les dispositions de l'article 77 précité et que la conclusion d'un marché global soit permise par les dispositions de l'article 10 du même code relatives à l'allotissement ».

Article R2162-3

Un accord-cadre peut être exécuté en partie par la conclusion de marchés subséquents et en partie par l'émission de bons de commande, à condition que l'acheteur identifie les prestations qui relèvent des différentes parties de l'accord-cadre.

Article R2162-4

Les accords-cadres peuvent être conclus :

- 1° Soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ;
- 2° Soit avec seulement un minimum ou un maximum ;
- 3° Soit sans minimum ni maximum.

CJCE, 29 novembre 2007, C-119/06, Commission contre Italie

« À la lumière de l'article 7, paragraphe 2, de la directive 92/50, il convient de considérer que **la valeur de l'accord-cadre de 2004 est constituée par la valeur totale des marchés spécifiques qui sont ou seront passés en vertu de celui-ci** (voir, en ce sens, arrêt du 4 mai 1995, Commission/Grèce, précité, point 15) ».

Soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité

CE, 18 juin 2010, n° 335611, OPAC Habitat Marseille Provence

« Les dispositions de l'article 77 du code des marchés publics ne font **pas obligation à l'administration de préciser, dans l'avis d'appel public à la concurrence portant sur un marché à bons de commande, la part que représenterait, dans l'ensemble du marché, chacune des prestations distinctes demandées aux candidats** ».

Soit avec seulement un minimum ou un maximum

CE, 24 octobre 2008, n°314499, UGAP

« **Les dispositions de l'article 77 du code des marchés publics ne font pas obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur prévoie un minimum en valeur ou en quantité sans fixer de maximum, et inversement** ».

Un minimum

CE, 10 oct. 2018, n° 410501, Dr Jacques Franc

« Considérant que si le titulaire d'un marché résilié irrégulièrement peut prétendre à être indemnisé de la perte du bénéfice net dont il a été privé, il lui appartient d'établir la réalité de ce préjudice ; que dans le cas d'un marché à bons de commande dont les documents contractuels prévoient un minimum en valeur ou en quantité, le manque à gagner ne revêt un caractère certain qu'en ce qu'il porte sur ce minimum garanti ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le contrat en litige était un marché à bons de commande dont les documents contractuels prévoyaient que son montant serait compris entre une valeur annuelle minimale de 200 000 euros et une valeur maximale de 400 000 euros ; que, par suite, en se fondant sur le montant minimal de commandes ainsi garanti pour évaluer le manque à gagner dont a été privée la société cocontractante du fait de la résiliation irrégulière du marché en litige, la cour administrative d'appel de Nantes n'a pas commis d'erreur de droit ;

Considérant, en deuxième lieu, que le calcul du bénéfice s'opérant par soustraction au total des produits de l'ensemble des charges, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le taux de marge devait être déterminé en prenant en compte non seulement les charges variables de la société mais également ses charges fixes ;

Considérant, en dernier lieu, que la cour n'a pas davantage entaché son arrêt d'erreur de droit en se référant aux résultats nets des quatre exercices précédant la résiliation du marché en litige pour évaluer le taux de marge moyen de la société requérante ».

CAA Bordeaux, 27 juin 2013, n° 11BX03327, Société Coveis ingénierie

« Considérant que l'inclusion dans un contrat d'un montant minimal de commandes oblige l'administration à atteindre ce montant en termes de commandes ; qu'elle ne donne, en revanche, pas nécessairement à son cocontractant un droit à la rémunération correspondante, mais à la **réparation du préjudice subi du fait du non-respect par l'administration de ses engagements, correspondant à sa perte de marge bénéficiaire**, et, le cas échéant aux dépenses qu'elle aurait engagées pour pouvoir satisfaire à ses obligations contractuelles minimales ».

CAA Douai, 13 mars 2012, n° 10DA01660, Département de Seine-Maritime

« Considérant que la société Toffolutti est fondée à être **indemnisée du préjudice** résultant, d'une part, de la perte de la marge bénéficiaire qu'aurait dérogée l'exécution du montant minimal des prestations prévu au marché, d'autre part, compte tenu des modalités prévues d'exécution du marché précisées ci-après, des dépenses et notamment des coûts afférents au personnel demeuré à son service, ainsi que des coûts des autres moyens de production qui n'ont pu être affectés à d'autres tâches ».

CE, 18 janvier 1991, n° 80827, Ville d'Antibes

« Aux termes de l'article 16-2 du cahier des clauses administratives générales de 1976 applicable aux marchés publics de travaux : "Dans le cas d'un marché à commandes, l'entrepreneur a droit à être indemnisé du préjudice éventuellement subi lorsque le montant minimal de travaux spécifié n'est pas

exécuté". En l'espèce, le montant minimal annuel de travaux prévus au contrat avait été fixé en 1979 à 150 000 F, montant maintenu dans un avenant signé en 1981. Il n'y a pas lieu, pour évaluer le montant des travaux qui auraient dû être commandés en 1983, d'appliquer au montant prévu au contrat la clause de révision de prix qui ne concerne que les travaux effectivement facturés. **Le préjudice subi par l'entrepreneur du fait de l'insuffisance des travaux commandés en 1983 a consisté dans la perte de la marge bénéficiaire qu'aurait dégagée en l'espèce l'exécution du montant minimal des travaux prévu au marché et doit être évalué compte tenu de la différence entre ce montant et celui des travaux effectivement exécutés. Dès lors qu'il n'est, en revanche, pas établi que le gérant de la société aurait personnellement contribué à l'exécution des travaux prévus au marché dans des conditions permettant de regarder une part de sa rémunération comme une charge qu'aurait couverte le règlement desdits travaux, il n'y a pas lieu de faire entrer, dans le calcul du préjudice subi par la société, une fraction de la rémunération du gérant pendant l'année 1983 ».**

Un maximum

CAA Paris, 3 mars 2014, n° 11PA03721, EURL Apligos

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société requérante et l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris ont conclu un marché à bons de commande comportant un montant minimum et un montant maximum ; que ces montants lient les parties ; qu'il est constant que **le montant maximum contractuellement prévu était atteint lorsque l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris a émis les bons de commande qui ont donné lieu, après réalisation des prestations par l'EURL Appligos, à l'émission par cette dernière des factures en litige, que l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris a refusé de lui régler ; qu'aucun avenant au contrat n'a été conclu concernant ces prestations et que la société requérante n'a, d'ailleurs, émis aucune réserve sur ces bons de commande ; que, dans ces conditions, et alors même qu'ainsi que le fait valoir la société Appligos, le contrat en cause n'était pas illicite et qu'aucun vice d'une particulière gravité n'a entaché le consentement des parties, l'appelante ne peut soutenir qu'elle doit obtenir le paiement de la somme qu'elle réclame en exécution du marché à bon de commande conclu le 7 mars 2005 ».**

Réponse ministérielle n°22828, JOAN QE, 23 avril 2013

« Un accord-cadre est un contrat conclu entre un pouvoir adjudicateur et un ou plusieurs opérateurs économiques, sur le fondement duquel des marchés subséquents sont passés. Il est soumis aux mêmes procédures et aux mêmes seuils que les marchés publics. Le pouvoir adjudicateur a la faculté de prévoir ou non un minimum ou un maximum en valeur ou en quantité. **Lorsqu'un maximum est fixé par l'acheteur public, il détermine la limite supérieure des obligations susceptibles d'être mises à la charge du ou des titulaires par le biais des marchés subséquents.** Pour cette raison, il constitue un des piliers de la relation contractuelle entre le pouvoir adjudicateur et les entreprises titulaires, qui ont apprécié l'étendue du marché sur cette base. Le pouvoir de modification unilatérale du contrat par le pouvoir adjudicateur ne peut être mis en œuvre que dans des cas exceptionnels. La personne publique doit en effet justifier d'un motif d'intérêt général tenant à la nécessité de répondre à une évolution des besoins du service public. Ce pouvoir ne constitue donc pas le moyen adapté pour modifier le maximum fixé par l'accord-cadre. **L'augmentation de ce maximum demeure néanmoins possible par la conclusion d'un avenant avec tous les titulaires de l'accord-cadre. Cet avenant ne doit pas avoir d'incidence sur l'application des seuils de procédure et conformément à l'article 20 du code des marchés publics, il ne doit pas bouleverser l'économie du contrat.** Soucieux de maintenir l'équilibre des relations contractuelles entre les opérateurs économiques et les acheteurs publics, le Gouvernement n'envisage pas d'introduire dans le code des marchés publics de disposition consacrant un pouvoir de modification unilatérale du maximum énoncé dans un accord-cadre ».

Sans minimum

CE, 19 décembre 2012, n° 350341, Société AB Trans

« Considérant, toutefois, que si les principes généraux applicables aux contrats administratifs permettent aux personnes publiques, sans qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle ne le prévoient, de résilier un contrat pour un motif d'intérêt général, sous réserve de l'indemnisation du préjudice éventuellement subi par le cocontractant, **ces mêmes principes ne s'opposent pas à ce que des stipulations contractuelles écartent, comme en l'espèce, tout droit à indemnisation en cas de résiliation du contrat par la personne publique ; que s'agissant, en outre, d'un marché à bons de commande sans minimum, la cour administrative d'appel n'a, en tout état de cause, pas commis d'erreur de droit ni dénaturé les stipulations du contrat, en faisant application de l'article 11 du cahier des clauses administratives particulières et en jugeant que ses stipulations faisaient obstacle à ce que la société AB Trans soit indemnisée du préjudice né de la résiliation du contrat, quand bien même il serait établi que cette dernière n'était pas justifiée par un motif d'intérêt général ».**

Sans minimum ni maximum

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

« Considérant qu'aux termes de l'article 27 du code des marchés publics : " I. - Le pouvoir adjudicateur ne peut se soustraire à l'application du présent code en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée des marchés ou accords cadres autres que celles prévues par le présent article. / (...) / VI. - Pour les marchés à bons de commande comportant un maximum, la valeur à prendre en compte correspond à ce maximum. Si le marché ne fixe pas de maximum, sa valeur estimée est réputée excéder les seuils de procédure formalisée définis à l'article 26. "

Considérant qu'il résulte de l'instruction, notamment des stipulations des articles 2.2 et 2.3 du règlement de la consultation et des articles 1.3 et 1.4 du cahier des clauses administratives particulières du marché litigieux, que la communauté de communes a conclu un marché à bons de commande reconductible trois fois par périodes d'un an pour une durée maximale de quatre ans, **sans minimum ni maximum ; qu'ainsi, en application des dispositions précitées de l'article 27 du code des marchés publics, la valeur estimée du marché était réputée excéder les seuils de procédure formalisée alors même que la délibération de la communauté de communes autorisant le lancement de la procédure faisait état d'une valeur estimée inférieure à ceux-ci ; que, dès lors, la communauté de communes était soumise aux dispositions de l'article 80 du code des marchés publics en vertu duquel, pour les marchés passés selon une procédure formalisée, le pouvoir adjudicateur doit notifier aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue le rejet de leur offre en précisant le nom de l'attributaire et respecter un délai d'au moins seize jours entre la date d'envoi de la notification et la date de conclusion du marché ».**

CAA Marseille, 28 novembre 2012, n° 10MA01413, Côte d'Azur Habitat

« Considérant que les marchés à bons de commande, définis par les dispositions de l'article 77 du code des marchés publics en vigueur, doivent être regardés comme des accords-cadres au regard du droit communautaire ; qu'aux termes de l'article 36 relatif à la rédaction et aux modalités de publication des avis d'appel public à la concurrence, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services : " 1. Les avis comportent les informations mentionnées à l'annexe VII A et, le cas échéant, tout autre renseignement jugé utile par le pouvoir adjudicateur, selon le format des formulaires standards adoptés par la Commission (...) " ; qu'à l'annexe VII A, il est écrit à la rubrique 6 a relative aux marchés publics de travaux : " (...) dans le cas d'accords-cadres, indiquer également la durée prévue de l'accord-cadre, la valeur totale des travaux estimée pour toute la durée de l'accord-cadre ainsi que, dans toute la mesure du possible, la valeur et la fréquence des marchés à passer (...) " ; que **le formulaire standard fixé par le règlement CE n°1564/2005 fait notamment figurer, parmi les mentions que doivent comporter les avis de marchés lorsqu'il s'agit d'un accord-cadre, au point II.1.4) l'estimation de la valeur totale des acquisitions pour l'ensemble de la durée du contrat ;**

Considérant qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que, alors même que l'article 77

du code des marchés publics prévoit qu'un marché à bons de commande peut être passé " sans minimum ni maximum ", Côte d'Azur Habitat, qui entendait passer un tel marché, était tenue de faire figurer, dans le cadre " quantité ou étendue globale " de l'avis d'appel d'offres, selon le modèle fixé par le règlement communautaire mentionné ci-dessus, à titre indicatif et prévisionnel, les montants annuels des travaux ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché ;

Considérant que Côte d'Azur Habitat soutient que la mention de l'objet du marché sur l'avis de publicité et celle du prix figurant au règlement de consultation permettaient aux entreprises intéressées de connaître l'étendue du marché ; que, toutefois, si, compte tenu de la nature du marché à bons de commande, sans minimum, ni maximum, en cause, il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur de détailler précisément les prestations à effectuer, la seule description succincte des travaux en cause et la mention des fourchettes indicatives non contractuelles des montants des lots prévus à l'article 2.6 du règlement de consultation, lequel ne fait pas l'objet des mêmes mesures de publicité que l'avis d'appel public à la concurrence et n'a vocation à être remis qu'aux entreprises qui ont manifesté leur intérêt pour le marché en cause auprès du pouvoir adjudicateur, n'ont pas permis de connaître les besoins de la personne publique et ainsi l'étendue du marché ; qu'une telle omission a donc entaché d'irrégularité la procédure de passation ; que, alors même que des entreprises ayant retiré un dossier de consultation ont présenté une offre, ce vice qui, comme il a été dit, n'a pas permis aux entreprises intéressées de connaître l'étendue du marché, a également porté atteinte au principe de libre accès à la commande publique ; que ce vice entache la validité du contrat en cause ;

Considérant que la nature de ce vice ne justifie pas l'annulation du marché mais la résiliation des lots de ce marché ; que, toutefois, il résulte de l'instruction que ce marché, n'a pas été reconduit à l'issue de la première année d'exécution ; qu'ainsi, en ne procédant pas au renouvellement du marché, Côte d'Azur Habitat a tiré des conséquences suffisantes de l'irrégularité commise ; que, dès lors, c'est à tort que le tribunal administratif s'est fondé sur ce motif pour annuler le marché en litige ».

CAA Bordeaux, 30 juillet 2009, n° 08BX00239

« Considérant que le marché en cause avait la forme d'un marché à bons de commande sans minimum ni maximum et ne conférait, par suite, à M. X aucune garantie quant à son exécution et ne créait aucune obligation de passer des commandes pour le centre hospitalier universitaire de Pointe-à-Pitre ; que l'intéressé demande la réparation de la faute commise par le centre hospitalier universitaire résultant du recours à ce type de marché, le titulaire du marché à bons de commande comportant un minimum ayant droit à être indemnisé du préjudice éventuellement subi lorsque le montant minimal de prestations spécifié n'a pas été exécuté ; que toutefois, le marché litigieux comprenait environ 80 lots, éventuellement sur mesure, tels que différentes orthèses des membres inférieures, des corsets d'immobilisation, des corselets minerves, des corsets pour fracture ou des protège-crânes ; que le nombre et la nature très spécifique des lots du marché litigieux impliquaient que le montant et le rythme des besoins à satisfaire ne pouvaient être déterminés à l'avance ; que, par suite, le recours au marché à bons de commande sans minimum ni maximum n'était pas fautif ».

CE, 20 mai 2009, n° 316601, Ministre de la défense

« Qu'il résulte de l'instruction que le pouvoir adjudicateur n'a pas indiqué, dans l'avis d'appel public à la concurrence litigieux, la valeur totale des prestations estimée pour la durée de l'accord-cadre ; qu'il était pourtant tenu de le faire, en application des dispositions prévues par la directive 2004/18/CE et de son annexe VII A précitées, pour être conforme au modèle fixé par le règlement (CE) n° 1564 / 2005 de la Commission du 7 septembre 2005, ainsi que le prévoit l'article 40 du code des marchés publics ; que, même si les articles 76 et 77 du code des marchés publics prévoit qu'un accord-cadre peut être passé sans minimum ni maximum, le MINISTRE DE LA DEFENSE, qui entendait passer un tel marché, était cependant tenu de faire figurer, dans la rubrique Quantité ou étendue globale de l'avis d'appel d'offres, selon le modèle fixé par le règlement

communautaire mentionné ci-dessus, à titre indicatif et prévisionnel, les quantités de matériels à fournir ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché ; que l'absence d'une telle indication constitue, conformément à ce que soutient la société Réseau Gasel, un manquement à l'obligation de publicité et de mise en concurrence ».

CE, 24 octobre 2008, n° 313600, Communauté d'agglomération de l'Artois

« Dans l'avis d'appel d'offres pour un marché à bon de commande sans minimum ni maximum (prévu par l'article 77 du code des marchés publics) doivent obligatoirement figurer, en vertu de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 et du modèle fixé par le règlement (CE) n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005, des informations à titre indicatif et prévisionnel permettant d'apprécier l'étendue du marché ».

CE, 10 mai 2006, n°288435, Société Schiocchet

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions qu'un marché fractionné sous la forme d'un marché à bons de commande peut être passé sans minimum ni maximum lorsque la personne publique justifie que le montant et le rythme des besoins à satisfaire ne peuvent être déterminés à l'avance ; qu'ainsi en estimant qu'il résulte de l'instruction que le département de Meurthe-et-Moselle ne maîtrise pas l'évolution de la carte scolaire et ses répercussions sur la desserte des établissements scolaires, laquelle représente plus de 70% des effectifs transportés, pour déduire de cette appréciation souveraine que le département justifie ne pouvoir apprécier a priori le montant des besoins et le rythme auxquels les bons de commande des lots du marché de transport interurbain de voyageurs devront être émis et qu'il peut, par suite, passer, en application du II l'article 71 du code des marchés publics, un marché sans minimum ni maximum, le juge des référés du tribunal administratif de Nancy n'a pas entaché son ordonnance d'une erreur de droit ».

Article R2162-5

Les marchés subséquents et les bons de commande ne peuvent être conclus ou émis que durant la période de validité de l'accord-cadre. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre. L'acheteur ne peut fixer une durée telle que l'exécution des marchés subséquents ou des bons de commande se prolonge au-delà de la date limite de validité de l'accord-cadre dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique.

Les marchés subséquents et les bons de commande ne peuvent être conclus ou émis que durant la période de validité de l'accord-cadre

CAA Bordeaux, 8 septembre 2009, n°08BX00203, Société Bull SA

« Considérant que, par un marché signé le 30 juillet 2001 et notifié le 2 août de la même année, le centre hospitalier universitaire de Pointe-à-Pitre a confié la fourniture de matériels informatiques, logiciels-prologiciels et accessoires connexes à la SOCIETE BULL SA ; qu'un avenant a été signé le 7 février 2002 afin de prolonger la durée d'exécution du marché jusqu'au 28 février 2002 ; qu'après l'expiration de la durée prévue par ces actes, le 1er mars 2002, le centre hospitalier universitaire de Pointe-à-Pitre a émis un bon de commande portant sur 150 postes de travail et trois serveurs informatiques d'un montant total de 302 257 euros ; que, dans ces conditions, ce bon de commande n'a pu faire naître aucune obligation contractuelle entre les parties ; que par suite, c'est à bon droit que le tribunal administratif a rejeté les conclusions indemnitaires présentées par la SOCIETE BULL SA fondées sur le manquement du centre hospitalier universitaire à ses obligations contractuelles ; Considérant toutefois que la SOCIETE BULL SA est recevable à demander, sur un terrain quasi-contractuel, le remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité et peut également prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute extra-contractuelle commise par le centre hospitalier universitaire en émettant le bon de commande du 1er mars 2002 dans des conditions irrégulières »

Article R2162-6

Les marchés subséquents et les bons de commande sont conclus ou émis entre les acheteurs identifiés à cette fin dans l'avis d'appel à la concurrence, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans un autre document de la consultation, et le ou les opérateurs économiques titulaires de l'accord-cadre.

« **Les marchés subséquents et les bons de commande sont conclus ou émis entre les acheteurs identifiés à cette fin dans l'avis d'appel à la concurrence ... et le ou les opérateurs économiques titulaires de l'accord-cadre** » :

DAJ, fiche technique, les accords-cadres, point 1.3.1 (09/08/2017)

« L'accord-cadre est un système fermé pendant toute sa durée d'exécution. Cela signifie que, contrairement au système d'acquisition dynamique, une fois l'accord-cadre conclu avec un ou plusieurs titulaires, aucun opérateur économique supplémentaire ne peut y adhérer et que seuls le ou les titulaire(s) de l'accord-cadre peuvent se voir attribuer des marchés subséquents ou des bons de commande.

L'interdiction de faire entrer de nouveaux prestataires dans un accord-cadre déjà conclu ne s'oppose pas à la possibilité de passer d'autres marchés pendant la durée de l'accord-cadre. L'acheteur devra dans ce cas prévoir dans les documents contractuels la possibilité de recourir à des tiers pour certains types de prestations prévues au contrat sous certaines conditions déterminées.

Afin de se prémunir de tout risque contentieux, les clauses contractuelles dérogeant au principe d'exclusivité du ou des titulaires devront être suffisamment précises. Elles devront indiquer le périmètre des prestations concernées, le montant estimatif ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Le recours à des tiers au contrat doit être justifié par des raisons objectives et être précédé de mesures de publicité et de mise en concurrence applicables dans le respect des règles relatives à l'estimation de la valeur des besoins, sauf si l'acheteur est en mesure de démontrer être dans l'une des hypothèses prévues à l'article 30 du décret permettant de passer un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence.

Rien n'interdit ainsi à l'acheteur de s'inspirer des dispositions du VII de l'article 76 de l'ancien code des marchés publics ou du III de l'article 77 de ce même texte lorsqu'il rédige une clause dérogeant au principe d'exclusivité des titulaires. Cette souplesse permet à l'acheteur de déterminer des limitations différentes de celles qui étaient prévues dans ces dispositions.

Toutefois, l'acheteur prendra garde, en rédigeant la clause, à ne pas prévoir des cas de recours à des tiers trop larges, ce qui pourrait être assimilé à un détournement de procédure.

Dans le silence de l'accord-cadre, il convient de considérer que l'exclusivité est garantie au titulaire, par principe. En conséquence, les acheteurs devront prêter attention sur ce point lors de la rédaction des documents contractuels.

CE, 29 juin 2012, n° 358353, Société Chaumeil

« La méconnaissance des dispositions de l'article 76 du code des marchés publics (CMP), qui impose au pouvoir adjudicateur ayant conclu un accord-cadre avec un ou plusieurs titulaires de s'adresser exclusivement à eux pour la passation d'un contrat fondé sur cet accord, n'est pas au nombre des manquements qui, en vertu des articles L. 551-18 à L. 551-20 du code de justice administrative, peuvent être utilement invoqués devant le juge du référé contractuel ».

CAA Bordeaux, 30 juillet 2009, n° 08BX00239

« Considérant que **M. X, qui se borne, en première instance comme en appel, à affirmer que les lots qui lui étaient attribués ont été exécutés par la société Orthésia, n'apporte aucun élément au soutien de ses allégations ; qu'en n'estimant pas nécessaire d'ordonner, dans ces conditions, une expertise afin d'apprécier la réalité du préjudice invoqué ou, alors même que cela lui était demandé, la production par le centre hospitalier universitaire de Pointe-à-Pitre de l'ensemble des bons de commande émis en exécution du marché, le tribunal administratif ne s'est pas mépris sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de direction de l'instruction ;**

qu'en s'abstenant d'ordonner la production des bons de commande, le tribunal administratif n'a pas porté atteinte à l'égalité des armes entre les parties, ni méconnu les stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Considérant que **la production, en appel, par M. X de bons de commande adressés à la société Orthésia ne permet pas d'établir qu'ils ne se rapportaient pas à l'exécution des nombreux lots dont cette dernière était titulaire ; que, par suite, la responsabilité contractuelle du centre hospitalier universitaire de Pointe-à-Pitre ne saurait être engagée** ».

Exception : Cession de droit sur un accord-cadre**Réponse ministérielle n° 32666, JOAN du 13 août 2013**

« L'accord-cadre, prévu à l'article 76 du code des marchés publics, est un système clos. Seules la ou les personnes attributaires de l'accord-cadre peuvent être remises en concurrence pour l'attribution des marchés subséquents à cet accord-cadre. Toutefois, il est possible que le titulaire d'un accord-cadre mono-attributaire ou l'un des titulaires d'un accord-cadre multi-attributaires cèdent à un tiers les droits et les obligations qu'ils détiennent en vertu de l'accord-cadre. Ils peuvent également céder un marché subséquent en cours d'exécution à un tiers. Ces cessions sont possibles avec l'accord du pouvoir adjudicateur, sous réserve qu'elles ne soient pas assorties d'une remise en cause des éléments essentiels de l'accord-cadre ou du marché, tels que la durée, le prix ou la nature des prestations (CE Section des finances, Avis 8 juin 2000, n° 364803). **La cession de l'accord-cadre ou du marché subséquent se fait par un avenant de transfert, signé du pouvoir adjudicateur, du cédant et du cessionnaire. Le pouvoir adjudicateur peut refuser cette cession si le cessionnaire ne présente pas les garanties professionnelles et financières requises pour exécuter les prestations. Si le titulaire ne cède à un tiers qu'un marché subséquent en cours d'exécution, ce tiers ne pourra pas participer aux remises en concurrence suivantes. Il faut, pour cela, que lui soient cédés les marchés subséquents en cours, mais également l'accord-cadre. Le pouvoir adjudicateur peut résilier un accord-cadre multi-attributaire avec seulement l'un des titulaires. La résiliation de l'accord-cadre n'entraînant pas, sauf clauses contraires, la résiliation automatique des marchés subséquents, l'exécution d'un marché subséquent peut se poursuivre avec un titulaire pour lequel l'accord-cadre est résilié, au-delà de la date de résiliation. Pour rompre toute relation contractuelle avec l'un des titulaires, le pouvoir adjudicateur doit résilier l'accord-cadre et tous les marchés subséquents conclus sur son fondement avec ce titulaire. Plusieurs décisions de résiliation doivent donc être prises pour résilier l'accord-cadre et tous les marchés subséquents en cours. Si le pouvoir adjudicateur ne résilie qu'un marché subséquent conclu avec l'un des titulaires, il ne pourrait pas écarter ce titulaire de la remise en concurrence pour l'attribution des marchés subséquents suivants** ».

CE, Section de l'administration, avis, 1^{er} décembre 2009, n°383264

« **Le droit des contrats publics permet en revanche la cession du contrat par son bénéficiaire**, telle qu'envisagée dans la question 1.2. Les conditions dans lesquelles peut s'opérer cette cession du contrat à un tiers sont exposées dans l'avis du Conseil d'Etat (Assemblée générale) n° 364803 en date du 8 juin 2000 lequel, compte tenu de sa date, n'a porté que sur les marchés publics et les délégations de service public. Rien toutefois ne s'oppose à l'extension de ses conclusions au cas plus récent du contrat de partenariat.

Cet avis a énoncé trois principes tirés de la jurisprudence contentieuse :

a) **La cession du contrat est soumise à l'accord de la personne publique** qui l'a attribué en raison de considérations propres à chaque cocontractant. En donnant son consentement à la cession, la personne publique responsable doit s'assurer que l'ensemble des objectifs d'intérêt général ayant présidé à la définition du contrat pourront être atteints par le nouveau titulaire : celui-ci doit être en mesure d'assurer la bonne fin du contrat, la continuité du service public et l'égalité des usagers devant celui-ci. Si tel est le cas, elle est tenue de donner son accord à la cession.

b) **La cession du contrat doit porter sur l'ensemble des droits et obligations initialement définis** ; en cas de cession partielle, l'équilibre sur lequel s'est établi le choix serait rompu et la personne publique serait tenue de procéder à une nouvelle consultation ; par exception, l'ordonnance

relative aux contrats de partenariat mentionne, au j) de son article 11, l'éventualité d'une cession partielle du contrat sous le contrôle de la personne publique mais cette faculté n'apparaît pas cohérente avec l'hypothèse étudiée dans le présent avis, qui implique le maintien d'une responsabilité globale de l'exécution du contrat à la charge du candidat retenu intuitu personae.

c) La cession ne doit pas représenter une manoeuvre ou un détournement de procédure, notamment la tentative de contourner les règles de mise en concurrence applicables au contrat initial, qui seraient sanctionnés par le juge du contrat.

Les conditions énoncées aux b) et c) ci-dessus sont en convergence avec les critères dégagés par la Cour de justice des communautés européennes dans son arrêt du 19 juin 2008 Presstext Nachrichtenagentur GmbH (C-454/06), qui précise les cas dans lesquels la cession d'un contrat doit donner lieu à une nouvelle attribution concurrentielle. Il convient notamment de relever que dans cet arrêt la Cour réserve (§ 47 et 51) le cas d'un changement d'actionariat de l'opérateur économique, qui pourrait constituer une irrégularité s'il conduisait à constituer une entité non dépendante de l'opérateur initialement choisi ou s'il recouvrait une « manoeuvre destinée à contourner les règles communautaires en matière de marchés publics ».

Il n'y a donc pas d'obstacle juridique de principe à la cession du contrat, établi en application de la législation en vigueur et conclu avec le bénéficiaire, à une société nouvelle constituée entre celui-ci et la personne publique. Et la communication interprétative rappelée précédemment mentionne comme autre mécanisme de « PPPI » la constitution d'une entité mixte de ce type, en liaison avec la conclusion d'un contrat ».

CJCE, 19 juin 2008, affaire C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH

« Si les parts sociales d'APA-OTS étaient cédées à un tiers pendant la durée du marché en cause au principal, il s'agirait non plus d'une réorganisation interne du cocontractant initial, mais d'un changement effectif de cocontractant, ce qui constituerait en principe le changement d'un terme essentiel du marché. Un tel événement serait susceptible de constituer une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50 (§47) ;

Les marchés publics sont régulièrement attribués à des personnes morales. Si une personne morale est constituée sous la forme d'une société anonyme cotée en Bourse, il résulte de sa nature même que son actionariat est susceptible de changer à tout moment. En principe, une telle situation ne met pas en cause la validité de l'attribution d'un marché public à une telle société. **Il pourrait en être autrement dans des cas exceptionnels, telles des manoeuvres destinées à contourner les règles communautaires en matière de marchés publics (§51) ».**

CE, Section des Finances, avis, 8 juin 2000, n° 364803

« Le Conseil d'Etat statuant au contentieux a, en revanche, posé depuis fort longtemps le principe selon lequel ces contrats sont conclus en raison de considérations propres à chaque cocontractant (« intuitu personae ») ; il en a tiré la conséquence que **la cession d'un marché ou d'une concession ne pouvait avoir lieu, même en l'absence de toute clause spéciale du contrat en ce sens, qu'avec l'assentiment préalable de la collectivité cocontractante.** Il a précisé les cas dans lesquels cette autorisation pouvait légalement être refusée, au regard notamment des nécessités du service public, les conditions dans lesquelles, en cas de cession non autorisée, la collectivité pouvait exiger la poursuite du contrat initial ou le résilier et, enfin, les droits à indemnité du titulaire du marché ou du concessionnaire, en cas de refus illégal d'autorisation de cession ou de résiliation illégale du contrat. **Lorsque l'autorisation de cession peut être légalement accordée, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a toujours jugé que le choix du nouveau titulaire par le précédent cocontractant de l'administration n'était soumis à aucune procédure publique de mise en concurrence ».**

Sous-section 2 - Dispositions propres aux marchés subséquents

Article R2162-7

Les marchés subséquents précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre. Ils ne peuvent entraîner des modifications substantielles des termes de l'accord-cadre.

Article R2162-8

Les marchés subséquents peuvent prendre la forme d'un accord-cadre fixant toutes les conditions d'exécution des prestations et exécuté au moyen de bons de commande dans les conditions fixées aux articles R. 2162-13 et R. 2162-14.

Article R2162-9

Pour les pouvoirs adjudicateurs, lorsqu'un accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique, les marchés subséquents sont attribués dans les conditions fixées par l'accord-cadre. Préalablement à la conclusion des marchés subséquents, le pouvoir adjudicateur peut demander par écrit au titulaire de compléter son offre.

Article R2162-10

Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, le pouvoir adjudicateur organise une mise en concurrence selon la procédure suivante :

1° Pour chacun des marchés subséquents, le pouvoir adjudicateur consulte par écrit les titulaires de l'accord-cadre ou, lorsque l'accord-cadre a été divisé en lots, les titulaires du lot correspondant à l'objet du marché subséquent ;

2° Le pouvoir adjudicateur fixe un délai suffisant pour la présentation des offres en tenant compte d'éléments tels que la complexité des prestations attendues ou le temps nécessaire à la transmission des offres ;

3° Les offres sont proposées conformément aux caractéristiques fixées par l'accord-cadre et les documents de la consultation propres au marché subséquent. Elles sont établies par écrit et ne sont pas ouvertes avant l'expiration du délai prévu pour le dépôt des offres ;

4° Le marché subséquent est attribué à celui ou à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base des critères d'attribution énoncés dans l'accord-cadre.

L'accord-cadre peut prévoir que l'attribution de certains marchés subséquents ne donnera pas lieu à remise en concurrence lorsqu'il apparaît que, pour des raisons techniques, ces marchés ne peuvent plus être confiés qu'à un opérateur économique déterminé. Tel est notamment le cas lorsque aucun produit, matériel ou service ne peut être substitué au produit, matériel ou service à acquérir et qu'un seul des titulaires est en mesure de le fournir.

Réponse ministérielle n° 25591, JO Sénat 1^{er} mars 2007

« Au-dessus des seuils des procédures formalisées, un accord-cadre peut être passé après appel d'offres, ou, si les conditions prévues par le code sont satisfaites, au terme d'une procédure négociée ou d'un dialogue compétitif. Lorsque l'accord cadre est passé selon une procédure d'appel d'offres, les marchés passés sur le fondement de cet accord cadre ne peuvent faire l'objet d'une négociation. Au contraire, ils ne peuvent que donner lieu à la remise d'une offre par les opérateurs parties à l'accord cadre et au choix, par le pouvoir adjudicateur, de l'offre économiquement la plus avantageuse au vu des critères fixés par l'accord-cadre, sans négociation. Le recours à la négociation pour la passation des marchés publics n'est possible que dans les cas limitativement énumérés à l'article 35 du code des marchés publics. Par conséquent, **lors de la remise en concurrence d'un marché subséquent dans le cadre d'un accord-cadre multi-attributaires, l'acheteur public ne pourra envisager le recours à la négociation que s'il se trouve dans l'une des hypothèses prévues à l'article 35 du code des marchés publics ».**

Article R2162-11

Pour les entités adjudicatrices, les marchés subséquents sont passés sur la base de règles ou de critères objectifs et non-discriminatoires définis dans l'accord-cadre, qui peuvent inclure la remise en concurrence des titulaires.

Article R2162-12

Lorsqu'une remise en concurrence est prévue, l'entité adjudicatrice fixe un délai suffisant pour permettre la présentation des offres. Le marché subséquent est attribué à celui ou à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base des critères d'attribution définis dans l'accord-cadre.

Sous-section 3 - Dispositions propres aux bons de commande

Article R2162-13

Les bons de commande sont des documents écrits adressés aux titulaires de l'accord-cadre qui précisent celles des prestations, décrites dans l'accord-cadre, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité.

Les bons de commande

DAJ, fiches techniques, les accords-cadres, point 2.2.1 (mise à jour le 09/08/2017)

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

CE, 8 août 2008, n° 309136, Commune de Nanterre

« Les marchés à bon de commande au sens de l'article 77 du code des marchés publics doivent être regardés comme des accords-cadre au sens de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 et doivent donc donner lieu au renseignement dans l'avis d'appel public à la concurrence de la rubrique II.1.4 relative à de tels accords ».

Réponse ministérielle n°16892, JO Sénat du 31 mai 2005

« L'article R. 2131-1 du code général des collectivités territoriales prévoit que « la copie des pièces constitutives du marché » figure parmi les pièces devant être transmises au représentant de l'État dans le département au titre de l'exercice du contrôle de légalité. Il ressort de la lecture de l'article 11 du code des marchés publics que, sauf pour le cas particulier des marchés de conception-réalisation, « L'acte d'engagement et les cahiers des charges [...] sont les pièces constitutives » du marché. L'article 12 du code des marchés a, quant à lui, pour objet de préciser que les pièces constitutives d'un marché doivent obligatoirement comporter certaines informations parmi lesquelles figurent l'identification des parties contractantes, l'objet et le prix du marché. Le point 12 de cet article prévoit la situation spécifique des marchés fractionnés tels que définis aux articles 71 et 72 du code des marchés publics. S'agissant des marchés à bons de commande, le premier alinéa de l'article 71 indique quelles sont les informations qui doivent figurer dans le marché. Ainsi, **les bons de commande ne sont pas des éléments constitutifs du marché. Il s'agit de documents d'exécution qui n'ont pas à être transmis au représentant de l'État dans le département au titre du contrôle de légalité** ».

TA Versailles, 24 mars 1994, Préfet de l'Essonne c/ Président du Conseil général de l'Essonne :

« L'article 273 du code des marchés publics relatif aux marchés dits de clientèle, dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur du décret n° 93-733 du 27 mars 1993 qui permettait à une collectivité de contracter alors même que ses besoins ne pouvaient être exactement appréciés et que le montant total du marché n'était pas défini, n'avait ni pour objet ni pour effet de faire obstacle au principe selon lequel un contrat ne saurait être régulièrement conclu que pour autant que l'accord des parties porte sur le prix. En l'espèce, **faute de fixer un prix, ou de préciser les modalités de détermination de celui-ci, les documents contractuels n'ont pu faire naître d'obligations entre les co-contractants** ».

Dont l'exécution est demandée

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

« Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 9 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de fournitures courantes et de services (CCAG/FCS) : « les fournitures et les prestations de services doivent être conformes aux stipulations du marché » ; qu'il résulte de l'instruction que les ordinateurs livrés par la société « IPC CORPORATION » en exécution des bons de commande n° 50595 à 50597 ne comportaient que 8 Mo de Ram au lieu de 12 et ne disposaient pas de mémoire cache ou seulement d'une mémoire cache de 128 Ko au lieu de 256 Ko, contrairement aux stipulations du marché ; **qu'en fournissant un équipement non conforme à ces stipulations et que le centre d'études de Gramat n'a pu utiliser avant sa mise en conformité, la société « IPC CORPORATION » doit être regardée comme n'ayant pas exécuté son obligation de livraison dans le délai contractuellement prévu** ; qu'elle ne peut utilement se prévaloir, pour imputer ce retard au centre d'études, de la circonstance qu'il aurait tardé à procéder aux opérations de vérification prévues par les articles 20 et 21 du CCAG/FCS, l'exécution de cette obligation n'ayant pas d'incidence sur le point de départ des pénalités de retard mais seulement sur la date du transfert de propriété et sur le point de départ du délai de garantie ; **qu'il suit de là que le centre d'études de Gramat était en droit d'appliquer des pénalités de retard contractuelles à la société** ».

CE, 25 octobre 2013, n° 369806, Région Languedoc-Roussillon

« Considérant qu'en principe, les parties à un contrat ne peuvent pas demander au juge l'annulation d'une mesure d'exécution de ce contrat, mais seulement une indemnisation du préjudice qu'une telle mesure leur a causé ; que, pour juger que l'association Trajets était recevable à demander l'annulation et la suspension de l'exécution de la décision de la région Languedoc-Roussillon du 3 avril 2013, le juge des référés s'est fondé sur la circonstance que cette décision causait un préjudice financier important à l'association et mettait un terme immédiat à la session de formation dont elle assurait la direction ; qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, qu'il a lui-même relevé que la décision attaquée avait pour objet non de résilier le marché à bons de commande conclu avec cette association mais seulement d'interrompre l'exécution de l'une des prestations prévues par un bon de commande, et, d'autre part, qu'une telle interruption constitue une simple mesure d'exécution du contrat dont le cocontractant de l'administration n'est pas recevable à demander l'annulation, le juge des référés du tribunal administratif de Montpellier a commis une erreur de droit ».

Article R2162-14

L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation **ni remise en concurrence** préalable des titulaires, selon des modalités prévues par l'accord-cadre.

Ni remise en concurrence

Réponse ministérielle n° 5532, JO Sénat du 25 décembre 2008

« Le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique a pris connaissance avec intérêt de la question relative aux marchés à bons de commande. Le Conseil d'État a jugé que ces marchés, régis par les dispositions de l'article 77 du code des marchés publics, « doivent être regardés comme des accords-cadres au sens de la directive » 2004/18 du 31 mars 2004 (8 août 2008, commune de Nanterre ; 24 octobre 2008, communauté d'agglomération de l'Artois). Cette position a été énoncée à propos du contenu des avis d'appel public à la concurrence et, plus précisément, de la durée de contrat, de la valeur totale estimée des prestations, voire de la fréquence des marchés subséquents à passer. Elle ne conduit aucunement à une assimilation globale de leurs régimes et est, en particulier, sans incidence sur les règles régissant la compétence du signataire. **Les bons de commande eux-mêmes constituent de simples actes d'exécution du marché. Ils ne peuvent être regardés comme des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre et soumis à une remise en concurrence.** Ils continuent donc à se rattacher aux décisions relatives à l'exécution des contrats, au sens de l'article L. 2122-22 (4°) du code général des collectivités territoriales ».

Réponse ministérielle n° 5530, JO Sénat du 18 décembre 2008

« La directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services vise, sous le même vocable d'accord-cadre, deux situations différentes selon que l'accord-cadre donne ou ne donne pas lieu à une remise en concurrence pour son exécution. Le droit national tient compte de cette dualité en prévoyant, pour plus de clarté, une dénomination et des dispositions spécifiques à chacune de ces deux catégories de contrats. La première catégorie d'accords-cadres au sens de la directive correspond, en droit national, aux accords-cadres stricto sensu de l'article 76 du même code, tandis que la seconde catégorie correspond aux marchés à bons de commande de l'article 77 du code des marchés publics. **Dans la mesure où l'émission des bons de commande s'effectue sans remise en concurrence des titulaires, selon les termes prévus par le marché, l'article 77 du code n'a pas prévu d'obligation particulière concernant un nombre minimum d'opérateurs auxquels le marché à bons de commandes doit être attribué, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats.** En effet, cette exigence d'un nombre minimal de trois ou de cinq opérateurs est l'une des caractéristiques des procédures d'appel d'offres, de marché négocié ou de dialogue compétitif, liée à l'existence d'une phase de mise en concurrence pour la sélection des offres. Or, **la caractéristique des marchés à bons de commande est de ne plus donner lieu à une présentation d'offres, mais de s'exécuter sans remise en concurrence en réponse à l'émission d'un bon de commande, le plus souvent, soit en cascade, la demande d'exécution des prestations n'étant présentée au titulaire suivant dans l'ordre de leur classement, que si le précédent ne peut y répondre, ou selon un tour de rôle prévu par le marché ou encore à hauteur d'un maximum prévu pour chacun des titulaires.** Néanmoins, les services du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi ont été chargés de réétudier la nécessité d'introduire cette disposition à l'article 77 du code des marchés pour les marchés à bons de commande également, afin de se conformer plus étroitement encore au droit communautaire sur ce point précis ».

Section 2 - Concours

Sous-section 1 - Déroulement du concours

Article R2162-15

L'acheteur publie un avis de concours dans les conditions prévues aux articles R. 2131-12, R. 2131-13 et R. 2131-16 à R. 2131-20. Lorsqu'il entend attribuer un marché de services au lauréat ou à l'un des lauréats du concours en application de l'article R. 2122-6, il l'indique dans l'avis de concours.

Article R2162-16

Lorsque le concours est restreint, l'acheteur établit des critères de sélection des participants au concours. Le nombre de candidats invités à participer au concours est suffisant pour garantir une concurrence réelle.
L'acheteur fixe, au vu de l'avis du jury, la liste des candidats admis à concourir et les candidats non retenus en sont informés.

Lorsque le concours est restreint, l'acheteur établit des critères de sélection

CAA Bordeaux, 18 mars 2014, n° 11BX03387, Groupe d'architecture Ellipse

« Il résulte de ces dispositions que **les critères de sélection des candidatures et des offres retenus par le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une procédure de concours restreint de maîtrise d'oeuvre** passée en application des articles 70 et 74 du code des marchés publics **n'ont pas obligatoirement à être pondérés** ; que, par suite, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que la commune d'Agen a manqué à ses obligations de mise en concurrence en s'abstenant de pondérer ces critères »

CE, 27 février 2013, n° 364172, Commune de Nîmes

« qu'il résulte de ces dispositions que les critères de sélection des candidatures et des offres retenus par le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une procédure de concours restreint de maîtrise d'oeuvre

passée en application des articles 38, 70 et 74 du code des marchés publics **n'ont pas obligatoirement à être pondérés** ».

CE, 8 août 2008, n° 309652, CH Edmond-Garcin

« qu'il ne ressort pas de ces dispositions, contrairement à ce que soutient le Cabinet C+T, que le pouvoir adjudicateur, pour sélectionner le lauréat du concours, aurait été tenu d'une part, de procéder en deux temps, d'abord en procédant à l'élimination des offres non conformes aux prescriptions imposées par le pouvoir adjudicateur, puis en classant les offres jugées conformes à ces prescriptions, ni, d'autre part, **de distinguer dans l'avis d'appel public à la concurrence, des sous-critères de conformité des prestations proposées au règlement de la consultation et des sous-critères d'évaluation de la qualité de ces prestations** ».

L'acheteur fixe la liste des candidats admis à concourir

CE, 20 novembre 1954, Société des établissements H. Pinon et fils c/ Ville d'Angers

« Que le concours soit ouvert ou restreint, c'est la personne en charge du marché qui établit, du fait d'un **pouvoir discrétionnaire**, la liste des candidats admis à concourir, après examen par le jury des candidatures ».

Candidats non retenus

CAA Bordeaux, 27 septembre 2016, n°14BX01247, Sociétés BBG architectes associés, LCR architectes

« **S'agissant d'une procédure de concours, est irrégulière, et doit donc être écartée, quel qu'ait pu être l'avis du jury à son égard, l'offre qui ne respecte pas les prescriptions du règlement et du programme du concours** ; [...]

Lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce dernier, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le marché. Dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité. Dans la négative, **elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre**. Il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché. Dans un tel cas, **l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique** »

La seule invocation, par le centre hospitalier, de la " médiocrité " de l'offre de ce groupement ne constitue pas un motif d'intérêt général susceptible de justifier légalement le refus du pouvoir adjudicateur d'attribuer un marché ».

CJCE, 7 décembre 2000, C-94/99, ARGE Gewässerschutz, Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft

« Un soumissionnaire peut être exclu au cours de la procédure de sélection, lorsque le pouvoir adjudicateur considère qu'il a reçu une aide non conforme au traité et que l'obligation de restituer l'aide illégale mettrait en danger sa santé financière, de sorte que ce soumissionnaire peut être considéré comme n'offrant pas les garanties financières ou économiques requises ».

CE, 29 juillet 1998, n°177952, Garde des sceaux c/ Société Genicorp

« **La société "Genicorp" n'a pas**, à l'occasion d'un marché antérieur conclu pour assister le responsable du projet de "gestion informatisée des détenus en établissement" pendant la phase préliminaire correspondant à la conception de l'application en cause, **recueilli des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats et de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats** ».

CE, 8 juillet 1991, n°95305, OPHLM Département de l'Aisne

« L'office a méconnu dans l'organisation du concours le principe d'égalité entre les concurrents ».

Article R2162-17

Pour l'organisation du concours, l'acheteur fait intervenir un jury composé selon les modalités prévues à la sous-section 2.

Les modalités prévues à la sous-section 2

CAA Douai, n° 10DA01598, 19 juin 2012, Commune d'Auby

« Considérant que la commune d'Auby était tenue, en exécution de l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Lille en date du 25 avril 2007, d'organiser une nouvelle réunion du jury afin de poursuivre la procédure de passation du marché de maîtrise d'oeuvre en cause ; **qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose, dans ce cas, un renouvellement complet du jury** ».

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

« Il est de principe que, pour éviter notamment le risque d'une rupture de l'égalité entre les candidats, un jury appelé à donner un avis sur le choix du titulaire d'un marché public tel que le marché de conception-réalisation ne peut voir sa composition modifiée au cours de la procédure aboutissant à ce choix, **la personne publique peut, dans les cas où cette procédure se décompose en des phases distinctes de choix des candidatures d'une part et de choix des offres d'autre part, procéder entre ces phases au remplacement du ou des membres du jury ayant démissionné ou fait savoir qu'ils ne pourraient siéger** ».

CAA Paris, 6 juillet 1999, n° 99PA00033, Région Ile-de-France

« Il suit de là que la composition du jury de concours n'était pas conforme à la condition fixée par le code des marchés publics, formalité substantielle, en ce qui concerne la participation des personnalités compétentes ; que, dès lors, il y a lieu d'annuler le marché de maîtrise d'œuvre passé en exécution de cette décision ».

CE, 9 décembre 1987, n°67316, SICTOM c/ Société TRIGA

« Il n'a, en méconnaissance des articles 302 et 306 du code des marchés, pas été procédé à la constitution d'un jury de concours composé suivant les règles fixées aux articles 282, 299 et 303 dudit code ; que la circonstance que deux représentants de la direction départementale de l'agriculture et le receveur du SICTOM aient assisté aux délibérations tenues par le bureau en exécution de la délibération du 16 mai 1979 **ne permet pas de regarder le bureau comme ayant pu faire régulièrement fonction de jury de concours** ; que, dès lors, l'adjudication des travaux pour la construction de l'usine d'incinération du Bayet, prononcée par le bureau du syndicat, agissant par délégation de l'assemblée générale, **est intervenue à l'issue d'une procédure irrégulière** ; Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le SYNDICAT INTERCOMMUNAL DE COLLECTE ET DE TRAITEMENT DES ORDURES MÉNAGÈRES "SUD-ALLIER" n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Clermont-Ferrand a annulé la décision du 27 mai 1980 par laquelle le bureau du SICTOM a choisi la Société Itisa-Volund pour la construction de son usine d'incinération du Baye ».

Article R2162-18

Après avoir analysé les candidatures et formulé un **avis motivé** sur celles-ci, le jury examine les plans et projets présentés de manière anonyme par les opérateurs économiques admis à participer au concours, sur la base des critères d'évaluation définis dans l'avis de concours.

Il consigne dans un procès-verbal, signé par ses membres, le classement des projets ainsi que ses observations et, le cas échéant, tout point nécessitant des éclaircissements et les questions qu'il envisage en conséquence de poser aux candidats concernés.

L'anonymat des candidats peut alors être levé.

Le jury peut ensuite inviter les candidats à répondre aux questions qu'il a consignées dans le procès-verbal. Un procès-verbal complet du dialogue entre les membres du jury et les candidats est établi.

Avis motivé

CE, 18 décembre 2013, n° 365702, Commune de Bron

« La cour administrative d'appel a, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, considéré que l'avis délivré par le jury le 9 avril 2010, qui se borne à relever qu'après délibération et vote, le jury a décidé d'arrêter la liste des quatre candidats admis à concourir, **n'était pas motivé** contrairement aux dispositions du III de l'article 70 du code des marchés publics précité ».

CAA Bordeaux, 14 décembre 1998, n°96BX02299, Syndicat interhospitalier Castelsarrasin-Moissac

« qu'il résulte de ces dispositions **que le responsable du marché n'est pas lié par l'avis du jury** ; que, dès lors, en disposant, dans l'article 5 du règlement du concours d'architecture qu'il a organisé pour la rénovation et l'extension de l'hôpital de Castelsarrasin que le lauréat proposé par le jury se verrait confier la mission de maîtrise d'oeuvre, le SYNDICAT INTERHOSPITALIER DE CASTELSARRASIN-MOISSAC a méconnu la portée de la disposition réglementaire précitée à laquelle il ne pouvait légalement déroger ».

CE, 23 octobre 1992, n° 107107, Bourdiel

« Il résulte de l'article 307 du code des marchés publics, relatif aux appels d'offres avec concours, que, quel que soit l'objet du concours, **le jury dresse un procès-verbal dans lequel il relate les circonstances de son examen et formule son avis motivé**. Un jury à qui il revenait d'apprécier les mérites comparés de quatre projets, s'il a écarté l'un d'entre eux en relevant qu'il ne répondait pas au programme proposé, n'a formulé aucune considération de nature technique ou financière à l'appui de ses choix qui l'ont conduit à retenir deux projets en "donnant sa préférence" pour l'un d'entre eux. Dans ces conditions, en ne mettant pas la collectivité concernée à même de se déterminer au vu de telles considérations, **il a méconnu l'obligation qui lui était faite par la disposition précitée de motiver son avis**. Dès lors, la procédure de passation du marché litigieux doit être regardée comme entachée d'irrégularité ».

Présentés de manière anonyme

CE, 19 décembre 1969, n° 61003, Société Socosat

« Concours ouvert pour la construction d'un programme de logements. Entreprise ayant déposé leurs propositions et jury ayant procédé à l'ouverture des plis contenant les offres des concurrents. A la suite d'une réduction du nombre de logements à construire, jury ayant proposé de maintenir en concurrence cinq entreprises seulement à qui il a demandé de déposer de nouvelles offres sur la base du programme de construction réduit. **En procédant ainsi, alors qu'il avait rendu publics les prix offerts par toutes les entreprises, le jury a violé le principe de la libre concurrence entre les candidats**. Opérations du concours viciées. Décision, conforme à l'avis du jury, désignant l'attribution du marché entachée d'excès de pouvoir. (Dans le même sens, TA Nantes, 2 août 1994, Tirilly) ».

Le jury peut ensuite inviter les candidats à répondre aux questions qu'il a consignées dans le procès-verbal

CAA Douai, 19 juin 2012, n°10DA01598, M. B

« Considérant cependant que le jury, à l'issue de sa réunion du 18 décembre 2006, a conduit un dialogue avec les équipes retenues dont l'objet, conformément à l'article 70 précité du code des marchés publics, devait être limité à la clarification de tel ou tel aspect d'un projet ; qu'il résulte de l'instruction, singulièrement du procès-verbal du dialogue entre le jury et les concurrents, produit au dossier, qu'à cette occasion, le jury, par la teneur de la question 5 posée à l'équipe conduite par M. A,

a permis à cette dernière de corriger une lacune de sa proposition initiale au regard des exigences du programme de la consultation en intégrant un faux gril pour l'espace scénique ; que **cette question, qui excédait les exigences de clarification du projet, a provoqué une rupture du principe d'égalité entre les concurrents en permettant à l'un d'entre eux de rendre conforme au programme un projet qui ne l'était pas ; que cette circonstance a affecté la régularité de l'avis du jury et, par suite, celle de la procédure de passation du marché de maîtrise d'oeuvre** ; qu'en l'absence de tout motif tiré de l'intérêt général, MM B et C sont fondés à soutenir que la commune d'Auby a, ainsi, commis une faute de nature à engager sa responsabilité ».

Article R2162-19

L'acheteur choisit le ou les lauréats du concours au vu des procès-verbaux et de l'avis du jury et publie un avis de résultats de concours dans les conditions prévues aux articles R. 2183-1 à R. 2183-7.

Directive 2014/24 UE du 26 février 2014, article 2. 21

« Il faut entendre par « concours », les procédures qui permettent au pouvoir adjudicateur d'acquérir, principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données, un plan ou un projet qui est **choisi par un jury** après mise en concurrence avec ou sans attribution de primes ».

Directive 2014/24 UE du 26 février 2014, article 82.1

« Le jury dispose d'une **autonomie de décision ou d'avis** ».

L'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury

CAA Versailles, 21 février 2006, n° 03VE03765, SOCIETE DUBIX-ESB

« Qu'en faisant procéder à un examen comparé des deux offres en question par un tiers et en se fondant sur cet examen pour décider lequel des deux candidats serait retenu, alors **qu'il appartenait au jury de départager lui-même les deux candidats ex æquo**, le directeur de l'hôpital a méconnu les dispositions de l'article 71 rappelé ci-dessus du code des marchés publics ».

CE, 27 novembre 2002, n° 204619, M Dangas et autres

« Il résulte des dispositions de l'article 314 ter du code des marchés publics, dans sa rédaction alors en vigueur, que **le responsable du marché n'est pas lié par l'avis du jury** de concours de maîtrise d'oeuvre. Par suite, **les dispositions du règlement du concours prévoyant qu'il appartiendrait au jury de désigner l'attributaire du marché étant illégales, le responsable du marché était tenu de ne pas l'appliquer**. Il appartient au responsable du marché, s'il n'est pas lié par l'avis du jury, de recueillir tous les éléments qui lui paraissent utiles avant d'arrêter une décision sur le choix du maître d'oeuvre de la construction projetée. **Il ne peut toutefois faire procéder par un tiers à un nouvel examen comparé des offres qui ait la même nature et le même objet que celui que l'article 314 ter du code des marchés publics, dans sa rédaction alors en vigueur, a entendu réserver au jury** ».

CAA Bordeaux, 14 décembre 1998, n°96BX02299, Syndicat interhospitalier Castelsarrasin-Moissac

« Il résulte de ces dispositions **que le responsable du marché n'est pas lié par l'avis du jury** ; que, dès lors, en disposant, dans l'article 5 du règlement du concours d'architecture qu'il a organisé pour la rénovation et l'extension de l'hôpital de Castelsarrasin que le lauréat proposé par le jury se verrait confier la mission de maîtrise d'oeuvre, le SYNDICAT INTERHOSPITALIER DE CASTELSARRASIN-MOISSAC a méconnu la portée de la disposition réglementaire précitée à laquelle il ne pouvait légalement déroger ».

CE, 19 décembre 1969, n° 61003, Société Socosat

« Jury du concours s'étant borné, conformément au décret du 18 septembre 1953, modifié par le décret du 29 août 1957, à donner à l'Office d'H.L.M. son avis sur le choix de l'entreprise à laquelle

selon lui les travaux devaient être confiés. **Délibération du jury n'ayant, par suite, pas le caractère d'une décision de nature à faire grief à la société requérante** ».

Article R2162-20

Une prime est allouée aux participants qui ont remis des prestations conformes au règlement du concours. Sous réserve des dispositions des articles R. 2172-4 à R. 2172-6, **le montant de la prime est librement défini par l'acheteur** et est indiqué dans les documents de la consultation.

Une prime est allouée aux participants

Directive 2014/24 UE du 26 février 2014, article 2. 21

« Il faut entendre par « concours », les procédures qui permettent au pouvoir adjudicateur d'acquérir, principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données, un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence **avec ou sans attribution de primes** »

Le montant de la prime est librement défini par l'acheteur

CAA Nancy, 7 Mai 2018, n° 17NC00054, Société Nomade

« Considérant qu'en cas de contradiction entre l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement du concours quant au montant forfaitaire de la prime attribué à chacun des candidats admis à concourir, il y a lieu en application des dispositions précitées de l'article 74 du code des marchés publics **d'apprécier le contenu des études effectivement demandées aux candidats afin de déterminer celui de ces deux montants qui doit être regardé comme correspondant le mieux au prix estimé de ces études** ».

CAA Bordeaux, 3 mars 2016, n°14BX02401, SARL Les Ateliers 2/3/4

« Le pouvoir adjudicateur et les candidats sélectionnés par un jury pour exécuter les prestations visant à l'attribution d'un marché de maîtrise d'oeuvre sont, indépendamment de l'attribution de ce marché, engagés dans un contrat ayant pour objet la remise de prestations conformes aux documents de la consultation et pour prix, conformément aux dispositions du code des marchés publics citées ci-dessus, **une prime susceptible d'être réduite ou supprimée conformément aux propositions du jury** ».

Article R2162-21

Lorsqu'un marché de services est attribué au lauréat ou à l'un des lauréats du concours, sa rémunération tient compte de la prime qu'il a reçue pour sa participation au concours.

Sous-section 2 - Composition du jury

Article R2162-22

Le jury est composé de **personnes indépendantes** des participants au concours. Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à un concours, **au moins un tiers des membres** du jury doit posséder cette **qualification** ou une qualification équivalente.

Note de service n°96-085 MO, 7 mai 1996 du directeur de la comptabilité publique :

« Lorsqu'une collectivité organise un concours pour un marché de maîtrise d'oeuvre, elle doit prévoir l'organisation d'un jury qui donnera son avis sur le choix des candidats admis à concourir et sur l'attribution du marché. La composition de cette formation est spécifique. Le jury est formé par les membres de la commission d'appel d'offres qui se réunit lors des appels d'offres classiques. Il comprend également des personnalités compétentes dans la matière qui fait l'objet de la consultation, et un tiers de maîtres d'oeuvre en principe indépendants de la maîtrise d'ouvrage. **Aucune**

disposition du code ne précise expressément si les personnalités compétentes et les architectes siégeant au sein du jury peuvent être indemnisés pour leur participation. En pratique, cela est possible, mais à noter que pour les collectivités locales, il faudra le prévoir expressément dans le cadre d'une décision de l'assemblée délibérante ».

Personnes indépendantes

CE, 23 janvier 1976, n° 94856, Bergerioux

« Régularité de la composition du jury du concours d'architecture organisé pour l'aménagement du Centre Beaubourg à Paris, **dès lors qu'il n'est pas établi** qu'en raison de ses activités professionnelles comme de l'opinion qu'il aurait exprimée dans une brochure consacrée à l'ensemble architectural destiné à occuper l'emplacement libéré par le transfert des Halles, **le président du jury n'ait pas présenté les garanties d'impartialité à l'égard des candidats à un concours que ceux-ci sont en droit d'attendre du jury et de son président** ».

Au moins un tiers des membres du jury

CE, 10 octobre 1994, n° 121257, Commune de Béziers

« Considérant qu'aux termes de l'article 314 ter du code des marchés publics, applicable au concours d'architecture ouvert par la COMMUNE DE BEZIERS (Hérault) en vue de la construction d'un stade de "grands jeux" dans cette ville, le jury de concours "comporte... un tiers au moins de maîtres d'oeuvre compétents eu égard à l'ouvrage à réaliser et à la nature des prestations à fournir au titre du marché de maîtrise d'oeuvre" ; que le jury de concours désigné par le conseil municipal de Béziers, qui était composé de treize membres, devait ainsi comporter au moins cinq maîtres d'oeuvre au sens de ces dispositions ; Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que M. X..., M. C... et Mlle A..., architectes, le directeur général des services techniques municipaux et le directeur départemental de l'équipement, qui étaient membres du jury, devaient, en raison de leur formation ou de leur expérience, être regardés comme maîtres d'oeuvre compétents eu égard à l'ouvrage à réaliser et à la nature des prestations à fournir ; que **le moyen tiré de ce que le directeur départemental de l'équipement ne saurait être compté parmi les "maîtres d'oeuvre compétents" au motif qu'il aurait siégé au sein du jury en qualité de représentant de l'administration ne saurait être retenu, dès lors que ni les dispositions de l'article 314 ter du code des marchés publics, ni celles du règlement du concours n'imposent la présence d'un représentant de l'administration au sein du jury ; que la COMMUNE DE BEZIERS est donc fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Montpellier a jugé que la composition du jury de concours n'était pas conforme à la condition fixée par le code des marchés publics en ce qui concerne la participation des maîtres d'oeuvre** ».

Qualification

Réponse ministérielle, JOAN (Q), 28 décembre 1998, Mon. TP, 15 janvier 1998, p. 294 : Lorsque l'opération nécessite un permis de construire, le jury doit comporter au moins un architecte.

CE, 10 octobre 1994, n° 121257, Commune de Béziers

« Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que M. X..., M. C... et Mlle A..., architectes, le directeur général des services techniques municipaux et le directeur départemental de l'équipement, qui étaient membres du jury, devaient, **en raison de leur formation ou de leur expérience**, être regardés comme maîtres d'oeuvre compétents eu égard à l'ouvrage à réaliser et à la nature des prestations à fournir ; que le moyen tiré de ce que le directeur départemental de l'équipement ne saurait être compté parmi les "maîtres d'oeuvre compétents" au motif qu'il aurait siégé au sein du jury en qualité de représentant de l'administration ne saurait être retenu, dès lors que ni les dispositions de l'article 314 ter du code des marchés publics, ni celles du règlement du concours n'imposent la présence d'un représentant de l'administration au sein du jury »

Article R2162-23

Pour les concours organisés par l'Etat, les membres du jury sont désignés selon les modalités suivantes :

1° En ce qui concerne les administrations centrales de l'Etat, les services à compétence nationale et les services déconcentrés qui ne sont pas placés sous l'autorité du préfet, par le ministre dont ils dépendent ;

2° En ce qui concerne les services déconcentrés de l'Etat placés sous l'autorité du préfet, par le préfet.

Article R2162-24

Pour les concours organisés par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux et des offices publics de l'habitat, les membres élus de la commission d'appel d'offres font partie du jury.

Article R2162-25

Pour les concours organisés par les acheteurs autres que ceux mentionnés aux articles R. 2162-23 et R. 2162-24, les membres du jury sont désignés selon les règles propres à chaque établissement.

Article R2162-26

Pour les groupements de commande mentionnés au I de l'article L. 1414-3 du code général des collectivités territoriales, les membres de la commission d'appel d'offres du groupement font partie du jury. Pour les autres groupements de commande, la composition du jury est fixée par la convention de groupement.

Section 3 - Système de qualification des entités adjudicatrices

Article R2162-27

Les entités adjudicatrices peuvent recourir à un système de qualification établi par un tiers. Elles en informent les opérateurs économiques intéressés.

Sous-section 1 - Règles de publicité

Article R2162-28

Pour mettre en place un système de qualification, l'entité adjudicatrice publie un avis sur l'existence d'un tel système dans les conditions fixées à l'article R. 2131-19 et R. 2131-20.

Cet avis mentionne son objet, sa durée et les modalités d'accès aux règles qui le gouvernent.

Il est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.

Cet avis

TA. Montreuil, 23 février 2017, n°1510480

« Une entité adjudicatrice peut établir et gérer un système de qualification d'opérateurs économiques. Un système de qualification d'opérateurs économiques est un système de présélection d'opérateurs jugés aptes à réaliser tel ou tel type de prestations. / Pour le créer, l'entité adjudicatrice publie un avis sur l'existence d'un système de qualification dans les conditions prévues à l'article 16. Cet avis indique l'objet du système et les modalités d'accès aux critères et aux règles sur lesquels il repose. Il fixe sa durée ou indique qu'il est

de durée indéterminée. Dans le cas où la durée de ce système est supérieure à trois ans, la publication de l'avis est renouvelée chaque année ».

Article R2162-29

L'entité adjudicatrice notifie à l'Office des publications de l'Union européenne tout changement de la durée du système en utilisant :

- 1° Un avis sur l'existence d'un système de qualification lorsque sa durée de validité est modifiée sans qu'il y soit mis un terme ;
- 2° Un avis d'attribution lorsqu'il est mis fin au système.

Sous-section 2 - Qualification des opérateurs économiques

Article R2162-30

Le système de qualification peut comprendre plusieurs stades de qualification.

L'entité adjudicatrice établit des règles et critères objectifs d'exclusion et de sélection des opérateurs économiques qui demandent à être qualifiés et des règles et critères objectifs de fonctionnement du système de qualification, portant sur des aspects tels que l'inscription au système, la mise à jour périodique des qualifications et la durée du système. Parmi ces critères, peut être retenue la capacité des candidats à respecter des spécifications techniques définies aux articles R. 2111-4, R. 2111-5, R. 2111-9 et R. 2111-10. Ces règles et ces critères peuvent être mis à jour.

Article R2162-31

Les entités adjudicatrices veillent à ce que les opérateurs économiques puissent à tout moment demander à être qualifiés. Les règles et les critères de qualification leur sont communiqués sur leur demande. La mise à jour des règles et des critères est communiquée à tous les opérateurs économiques intéressés.

Les opérateurs économiques sont informés des décisions relatives à leur qualification dans les conditions de l'article R. 2181-5 et R. 2181-6.

Article R2162-32

Les entités adjudicatrices ne peuvent mettre fin à la qualification d'un opérateur économique que pour des raisons fondées sur les règles et critères mentionnés à l'article R. 2162-30. L'intention de mettre fin à la qualification est préalablement notifiée à cet opérateur, par écrit motivé, au moins quinze jours avant la date prévue pour mettre fin à la qualification.

Article R2162-33

Un relevé des opérateurs économiques qualifiés est conservé. Il peut être divisé en catégories par type de marchés pour la réalisation desquels la qualification est valable.

Article R2162-34

Lorsque des frais sont facturés pour les demandes de qualification, pour la mise à jour ou la conservation d'une qualification déjà obtenue en vertu du système, ils sont proportionnés aux coûts occasionnés.

Sous-section 3 - Règles de passation des marchés conclus sur la base d'un système de qualification

Article R2162-35

Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, l'accès aux documents de la consultation est offert dès que possible et au plus tard à la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Lorsqu'une mise en concurrence est effectuée au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, les marchés de travaux, fournitures ou services couverts par le système de qualification sont attribués selon une procédure d'appel d'offres restreint ou une procédure avec négociation dans laquelle les participants sont sélectionnés parmi les candidats déjà qualifiés selon un tel système.

Article R2162-36

Lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur parce que l'entité adjudicatrice impose aux participants sélectionnés des exigences visant à protéger la confidentialité de certaines informations, cette dernière indique, dans les documents de la consultation, les mesures qu'elle impose en vue de protéger la confidentialité des informations ainsi que les modalités d'accès aux documents concernés.

Section 4 - Système d'acquisition dynamique

Sous-section 1 - Mise en place du système d'acquisition dynamique

Article R2162-37

Le système d'acquisition dynamique peut être subdivisé en catégories de fournitures, de services ou de travaux définies de manière objective sur la base des caractéristiques du marché à exécuter dans la catégorie concernée. Ces caractéristiques peuvent notamment renvoyer à la taille maximale autorisée de certains marchés spécifiques ou à une zone géographique précise dans laquelle certains marchés spécifiques seront exécutés.

Lorsque l'acheteur a subdivisé le système en catégories de produits, de services ou de travaux, il précise les critères de sélection applicables à chaque catégorie.

Article R2162-38

Lorsqu'il met en place un système d'acquisition dynamique et que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur respecte les règles de l'appel d'offres restreint sous réserve des dispositions des articles R. 2162-39, R. 2162-41 à R. 2162-47 et R. 2162-49 à R. 2162-51.

Paragraphe 1 - Formalités de publicité

Article R2162-39

Pour mettre en place un système d'acquisition dynamique, l'acheteur publie un avis d'appel à la concurrence. Cet avis mentionne l'intention de l'acheteur de recourir à un tel système et indique la période de validité du système.

Lorsqu'un système d'acquisition dynamique est mis en place par une centrale d'achat, l'avis d'appel à la concurrence indique en outre s'il est susceptible d'être utilisé par d'autres acheteurs.

Article R2162-40

Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur notifie à la Commission européenne tout changement de la durée de validité du système d'acquisition dynamique en utilisant les formulaires types suivants :

- 1° Le formulaire utilisé pour l'appel à la concurrence lorsque la durée de validité est modifiée sans qu'il soit mis fin au système ;
- 2° L'avis d'attribution mentionné aux articles R. 2183-1 à R. 2183-7 lorsqu'il est mis fin au système.

Paragraphe 2 - Documents de la consultation

Article R2162-41

L'acheteur offre par voie électronique, pendant toute la durée de validité du système, un accès libre, direct et complet aux documents de la consultation.

Article R2162-42

L'acheteur précise dans les documents de la consultation la nature des achats envisagés et leur quantité estimée ainsi que toutes les informations nécessaires concernant le système d'acquisition dynamique, y compris son éventuelle subdivision en catégories de produits, de services ou de travaux et les caractéristiques de ces catégories, les modalités de fonctionnement du système, l'équipement électronique utilisé et les arrangements et spécifications techniques de connexion.

Sous-section 2 - Sélection des opérateurs économiques participant au système d'acquisition dynamique

Article R2162-43

Tout opérateur économique peut demander à participer au système d'acquisition dynamique pendant sa durée de validité.

Article R2162-44

Le délai minimal de réception des candidatures est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Après l'envoi de l'invitation à soumissionner pour le premier marché spécifique dans le cadre du système d'acquisition dynamique, aucun délai supplémentaire de réception des candidatures n'est applicable.

Article R2162-45

L'acheteur procède à l'évaluation des candidatures dans un délai dix jours ouvrables après leur réception.

Ce délai peut être porté à quinze jours ouvrables lorsque cela est justifié, notamment parce qu'il est nécessaire d'examiner des documents complémentaires ou de vérifier d'une autre manière si les critères de sélection sont remplis.

L'acheteur peut prolonger la période d'évaluation des candidatures tant que l'invitation à soumissionner pour le premier marché spécifique n'a pas été envoyée. Il indique dans les documents de la consultation, la durée de la prolongation qu'il compte appliquer.

Article R2162-46

Les candidats qui satisfont aux critères de sélection sont admis dans le système. Leur nombre n'est pas limité.

L'acheteur informe dans les plus brefs délais les candidats.

Article R2162-47

A tout moment au cours de la période de validité du système d'acquisition dynamique, l'acheteur peut demander aux candidats admis d'actualiser leur dossier de candidature, dans un délai de cinq jours ouvrables à compter de la date d'envoi de cette demande.

Article R2162-48

Aucun frais ne peut être facturé avant ou pendant la période de validité du système d'acquisition dynamique aux opérateurs économiques intéressés ou participant au système

d'acquisition dynamique.

Sous-section 3 - Règles de passation des marchés spécifiques conclus sur la base d'un système d'acquisition dynamique

Article R2162-49

Afin de procéder à l'attribution d'un marché spécifique, l'acheteur invite tous les candidats admis dans le système d'acquisition dynamique à présenter une offre dans les conditions des articles R. 2144-8 et R. 2144-9.

Lorsque le système est subdivisé en catégories de produits, de services ou de travaux, l'acheteur invite tous les candidats admis pour la catégorie correspondant au marché spécifique concerné.

Article R2162-50

Le délai minimal de réception des offres est de dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités publiques centrales dont la liste figure dans l'avis annexé au présent code et les entités adjudicatrices peuvent fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats invités à soumissionner, à condition que cette date soit la même pour tous.

En l'absence d'accord sur la date limite de réception des offres, le délai fixé ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Article R2162-51

Le marché spécifique est attribué au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base des critères d'attribution définis dans l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif, dans l'invitation à confirmer l'intérêt. Ces critères peuvent, le cas échéant, être précisés dans l'invitation à soumissionner.

Section 5 - Catalogues électroniques

Article R2162-52

Lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques est requise, l'acheteur peut exiger que les offres soient présentées sous la forme d'un catalogue électronique ou qu'elles comportent un tel catalogue.

TA Cergy-Pontoise, 3 décembre 2015, n°1509913, Société Logitud Solutions

« Au cas présent, la commune de Clichy-la-Garenne a exigé des candidats, à l'article 4 du règlement de la consultation, qu'ils produisent à l'appui de leur offre non seulement un bordereau des prix unitaires portant sur les prestations faisant l'objet du marché, mais également un catalogue des prix fournisseur. L'article 2 de l'acte d'engagement prévoit que les prestations seront rémunérées par application aux quantités réellement exécutées soit des prix du bordereau des prix unitaires, soit des prix du catalogue auxquels sera appliqué un rabais à fixer. La commune a ainsi entendu par les documents contractuels se réserver la possibilité de demander au titulaire l'exécution de prestations qui ne figurent pas au bordereau de prix unitaires.

Le fait pour un pouvoir adjudicateur, comme au cas présent, de renvoyer à un catalogue des prix fournisseur sans préciser dans les documents de la consultation la nature et l'étendue des prestations attendues dans le cadre de ce catalogue ne met pas les candidats à même de présenter une offre en connaissance de cause des besoins du pouvoir adjudicateur à satisfaire, alors que ceux-ci doivent être définis au préalable conformément à l'article 5 du code des marchés publics ».

CE, 15 février 2013, n°363854, Société SFR

« Considérant que l'article 8.2 du cahier des clauses administratives particulières prévoit que les prix seront déterminés par les prix unitaires tels qu'ils figurent dans la liste des prix constituée par l'extrait de catalogue tarifaire de l'attributaire, affectés de la remise consentie par ce dernier ; que la société SFR n'est, dès lors, pas fondée à soutenir que le marché litigieux ne prévoirait pas un système de prix définitif ; qu'en outre et contrairement à ce que soutient la société SFR, l'article 18 précité ne fait pas non plus obstacle à ce que les parties conviennent, comme c'est le cas en l'espèce et sans qu'une telle clause puisse être qualifiée de potestative, que les prix pourront être ajustés, à la hausse ou à la baisse, en fonction des tarifs indiqués dans le catalogue global de l'attributaire à la date de l'exécution de la prestation ; qu'au surplus, l'impact de ce mécanisme est limité à la hausse par l'article 8.4.3. du cahier des clauses administratives particulières qui permet la résiliation du marché si l'ajustement des tarifs conduit à une augmentation annuelle de plus de trois pour cent par rapport aux tarifs initialement proposés par le titulaire du marché ».

Article R2162-53

L'acheteur indique dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans l'invitation à soumissionner s'il autorise ou exige la présentation des offres sous la forme d'un catalogue électronique.

Il précise également, dans les documents de la consultation, toutes les informations requises en ce qui concerne le format, l'équipement électronique utilisé ainsi que les modalités de connexion et les spécifications techniques du catalogue.

Article R2162-54

Les catalogues électroniques sont établis par les candidats ou les soumissionnaires conformément aux spécifications techniques et au format prévus par l'acheteur. Ils respectent les exigences applicables aux moyens de communication électronique ainsi que toute exigence supplémentaire définie par l'acheteur conformément aux dispositions des articles R. 2132-1, à R. 2132-7 et R. 2132-11 à R. 2132-13.

Les offres présentées sous la forme d'un catalogue électronique peuvent être accompagnées de documents complémentaires.

Article R2162-55

Lorsque, dans le cadre de la procédure de passation d'un accord-cadre conclu avec plusieurs opérateurs économiques, des offres ont été présentées sous la forme de catalogues électroniques, l'acheteur peut prévoir que la remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre pour l'attribution des marchés subséquents est effectuée sur la base des catalogues actualisés.

Dans ce cas, l'acheteur utilise l'une des méthodes suivantes :

1° Soit il invite les titulaires de l'accord-cadre à présenter de nouveau leurs catalogues électroniques, adaptés aux exigences du marché subséquent ;

2° Soit il informe les titulaires de l'accord-cadre qu'il entend recueillir, à partir des catalogues électroniques déjà présentés, les informations nécessaires pour constituer des offres adaptées aux exigences du marché subséquent, pour autant que l'utilisation de cette méthode ait été annoncée dans les documents de la consultation de l'accord-cadre. Dans ce cas, l'acheteur informe les titulaires de l'accord-cadre de la date et de l'heure à laquelle il entend procéder à cette collecte d'information et leur donne la possibilité de refuser cette collecte. Il prévoit un délai adéquat entre la notification et la collecte effective des informations. Avant d'attribuer le marché subséquent, l'acheteur transmet les informations collectées à chaque titulaire concerné afin de lui permettre de contester ou de confirmer que l'offre ainsi constituée ne comporte pas d'erreurs matérielles.

Article R2162-56

L'acheteur peut attribuer des marchés spécifiques dans le cadre d'un système d'acquisition

dynamique en exigeant que les offres soient présentées sous la forme d'un catalogue électronique.

Il peut également attribuer des marchés spécifiques conformément aux dispositions du 2° de l'article R. 2162-55, à condition que la demande de participation au système d'acquisition dynamique soit accompagnée d'un catalogue électronique conforme aux spécifications techniques et au format prévus par l'acheteur. Ce catalogue est ensuite complété par les candidats lorsqu'ils sont informés de l'intention de l'acheteur de constituer des offres en procédant à la collecte d'information.

Section 6 - Enchères électroniques**Article R2162-57**

L'enchère électronique porte :

- 1° Soit uniquement sur le prix lorsque le marché est attribué sur la base ce seul critère ;
- 2° Soit sur le prix ou sur d'autres éléments quantifiables indiqués dans les documents de la consultation lorsque le marché est attribué sur la base du coût ou d'une pluralité de critères.

L'enchère électronique

DAJ, décembre 2012, Dématérialisation des marchés publics : Guide pratique, page 14.

Article R2162-58

L'acheteur qui décide de recourir à une enchère électronique en fait mention dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, lorsque l'appel à la concurrence a été réalisé au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, dans l'invitation à soumissionner.

Article R2162-59

Les documents de la consultation de l'enchère électronique comprennent les informations suivantes :

- 1° Les éléments des offres sur lesquels porte l'enchère ;
- 2° Le cas échéant, les valeurs minimales et maximales qui pourront être présentées ;
- 3° La nature des informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère et le moment où elles le seront ;
- 4° Les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère, notamment les conditions dans lesquelles les soumissionnaires pourront enchérir et les écarts minimaux qui, le cas échéant, seront exigés pour enchérir ;
- 5° Les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion.

Article R2162-60

L'enchère électronique intervient après une première évaluation complète des offres conformément aux critères d'attribution, permettant leur classement sur la base d'un traitement automatisé.

Article R2162-61

Tous les soumissionnaires qui ont présenté des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables sont invités simultanément, par des moyens électroniques, à participer à l'enchère électronique en utilisant les connexions, à la date et à l'heure spécifiées, conformément aux instructions figurant dans l'invitation.

Article R2162-62

L'invitation adressée à chaque soumissionnaire est accompagnée du résultat de l'évaluation complète de son offre réalisée en application de l'article R. 2162-60.

Elle mentionne également la formule mathématique qui déterminera, lors de l'enchère électronique, les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix ou des nouvelles valeurs présentés. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, telle qu'indiquée dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. Le cas échéant, les fourchettes sont réduites à une valeur déterminée.

Lorsque des variantes sont autorisées, une formule distincte est fournie pour chaque variante.

Article R2162-63

L'enchère électronique peut se dérouler en plusieurs phases successives. Elle ne peut débuter moins de deux jours ouvrables après la date d'envoi des invitations.

Article R2162-64

Au cours de chaque phase de l'enchère électronique, l'acheteur communique instantanément à tous les soumissionnaires les informations leur permettant de connaître à tout moment leur classement respectif. Il peut également annoncer le nombre de participants à la phase de l'enchère et communiquer, si les documents de la consultation le prévoient, les prix ou valeurs présentés par les autres soumissionnaires. Cependant, il ne peut en aucun cas divulguer l'identité des soumissionnaires.

Article R2162-65

L'acheteur clôt l'enchère électronique selon une ou plusieurs des modalités suivantes :

- 1° A la date et à l'heure fixées dans l'invitation à participer à l'enchère ;
- 2° Lorsqu'il ne reçoit plus de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs répondant aux exigences relatives aux écarts minimaux, à condition d'avoir préalablement précisé le délai qu'il observera à partir de la réception de la dernière offre avant de clôturer l'enchère ;
- 3° Lorsque toutes les phases de l'enchère, prévues dans l'invitation à participer à l'enchère ont eu lieu.

Lorsque l'acheteur entend clore l'enchère conformément aux dispositions du 3°, le cas échéant en combinaison avec les modalités prévues au 2°, l'invitation à participer indique le calendrier de chaque phase de l'enchère.

Article R2162-66

Après la clôture de l'enchère électronique, le marché est attribué en fonction des résultats de celle-ci et sous réserve du respect des dispositions des articles R. 2152-3 à R. 2152-5.

Titre VII - RÈGLES APPLICABLES À CERTAINS MARCHÉS

Chapitre Ier - Règles applicables à certains marchés globaux

Article L2171-1

Sont des marchés globaux passés par dérogation au principe d'allotissement :

- 1° Les marchés de conception-réalisation ;
- 2° Les marchés globaux de performance ;
- 3° Les marchés globaux sectoriels.

CE, 8 avril 2019, n°426096, Région Réunion

« Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés qu'en application de ces dispositions du code général des collectivités territoriales, la région Réunion a lancé une procédure concurrentielle avec négociation, en faisant application de l'article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et des articles 71 à 73 de son décret d'application du 25 mars 2016, en vue de la conclusion d'un marché public global de performance ayant pour objet la conception, la réalisation, la maintenance et l'exploitation technique d'une infrastructure de communications électroniques à très haut débit sur le territoire de l'île de La Réunion.

Qu'il résulte de la combinaison des dispositions citées aux points précédents que l'obligation d'allotissement énoncée par l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ne s'applique pas aux marchés qui entrent dans l'une des trois catégories mentionnées à la section 4. Par suite, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de la Réunion a commis une erreur de droit en jugeant que les marchés publics globaux de performances étaient soumis à une obligation d'allotissement et en annulant, pour ce motif, la procédure de passation du marché litigieux faute pour celui-ci d'avoir été alloti ».

Section 1 - Caractéristiques des marchés globaux

Sous-section 1 - Marché de conception-réalisation

Article L2171-2

Le marché de conception-réalisation est un marché de travaux permettant à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.

Les acheteurs soumis aux dispositions du livre IV ne peuvent conclure un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si **des motifs d'ordre technique** ou un engagement contractuel portant sur **l'amélioration de l'efficacité énergétique** ou la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un tel marché est confié à un groupement d'opérateurs économiques. Il peut toutefois être confié à un seul opérateur économique pour les ouvrages d'infrastructures.

Toutefois, les conditions mentionnées au précédent alinéa ne sont pas applicables aux marchés de conception-réalisation relatifs à la réalisation de logements locatifs aidés par l'Etat financés avec le concours des aides publiques mentionnées au 1° de l'article L. 301-2 du code de la construction et de l'habitation, lorsqu'ils sont conclus par les acheteurs mentionnés au 4° de l'article L. 2411-1.

Article R2171-1

Les **motifs d'ordre technique** justifiant le recours à un marché de conception-réalisation sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage.

Sont concernés des ouvrages dont l'utilisation conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre 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 opérateurs économiques.

Motifs d'ordre technique

TA Montpellier, du 28-03-2019, n° 1704222, M. C.

« 7. Il ne résulte toutefois pas de l'instruction que ce **choix de construction de la salle multimodale de Narbonne exigeait, au regard tant de ses dimensions, des contraintes acoustiques, des matériaux utilisés que des exigences de modularité pour accueillir à brefs délais des événements différents et des contraintes susceptibles d'en résulter, un mode de construction spécifique** présentant des difficultés techniques particulières telles qu'elles auraient nécessité d'associer les entrepreneurs aux études de l'ouvrage ».

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

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions que la passation d'un marché de conception-réalisation, qui modifie les conditions d'exercice de la fonction de maître d'oeuvre, ne peut avoir lieu que dans des circonstances particulières ; que, pour justifier, en l'espèce, le recours à une telle procédure au regard des dispositions précitées du second alinéa de l'article 37 du code des marchés publics, la communauté d'agglomération de Moulins, qui n'alléguait pas que l'atelier-relais en cause était au nombre des « ouvrages dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception et la réalisation » et reconnaissait que ses dimensions ne pouvaient être regardées comme « exceptionnelles », invoquait, devant le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Clermont-Ferrand, les « contraintes particulières » résultant, en ce qui concerne la « recherche de forme architecturale », la « détermination des matériaux et des structures » à utiliser et le choix des « procédés de construction » à mettre en oeuvre, des caractéristiques d'un tel ouvrage ; qu'en estimant, dans ces conditions, qu'il ne résultait pas de l'instruction que « la réalisation de l'atelier-relais pour dirigeables projeté présente, eu égard à la destination de l'ouvrage, à ses dimensions, à sa structure et à la nature des matériaux mis en oeuvre, des difficultés techniques particulières justifiant le recours à la procédure propre aux marchés de conception-réalisation », pour en déduire que la communauté d'agglomération de Moulins avait méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Clermont-Ferrand, qui n'avait pas à rechercher si le recours à une telle procédure était susceptible d'être justifié au regard des autres hypothèses visées par l'article 37 du code des marchés publics, a suffisamment motivé sa décision et n'a pas commis d'erreur de droit ».

CAA Nancy, 5 août 2004, n° 01NC00110, Delrez

« Le motif tiré des impératifs de délais ne constitue pas un motif d'ordre technique au sens des dispositions précitées de l'article 18 de la loi du 12 juillet 1985 modifiée ; que, si la superficie du complexe multisports est, eu égard à sa destination, très importante, l'ouvrage ne présente toutefois pas des dimensions exceptionnelles pouvant être regardées comme constituant un motif d'ordre technique au sens des dispositions du même article 18 rapprochées de celles de l'article 304 du code des marchés publics, alors en vigueur, et rendant nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études ; que ne constituent pas non plus de tels motifs techniques les contraintes d'exécution dont fait état la ville de Metz, liées, d'une part à la situation du terrain, en zone urbaine, proche d'une rivière, au dessus d'une nappe phréatique, et à la nature dudit terrain, constitué de remblais et susceptible de receler des vestiges historiques, d'autre part, aux activités sportives variées et aux spectacles musicaux que l'équipement doit accueillir ; que, par suite, la ville de Metz ne pouvait légalement pas, par la délibération susvisée, décider de recourir à la procédure de conception-réalisation ».

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

« Considérant qu'aux termes de l'article 18-I de la loi susvisée du 12 juillet 1985 : "Le maître de l'ouvrage peut confier par contrat ... une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux lorsque des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage" ; que les articles 1er, 15 et 18 du décret attaqué précisent que le maître de l'ouvrage "ne peut recourir au contrat de conception-réalisation que si l'association de l'entrepreneur aux études est nécessaire pour réaliser l'ouvrage, en raison de motifs techniques

liés à sa destination ou à sa mise en oeuvre technique. Sont concernées les opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en oeuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques intrinsèques appellent une exécution dépendant des moyens et de la technicité des entreprises" ; qu'en limitant la possibilité du recours au contrat de conception-réalisation aux hypothèses où "des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études", le législateur n'a pas entendu permettre le recours à ce type de contrat en cas d'urgence ; que le moyen tiré de ce que le décret attaqué limiterait la possibilité de recourir au contrat de conception-réalisation aux opérations dont la finalité majeure est "la production" manque en fait ; que dans le cas où un impératif de délai ou des contraintes liées au site imposent le recours à des procédés techniques particuliers, le recours au marché de conception-réalisation peut être justifié par les caractéristiques intrinsèques de l'opération envisagée ; qu'ainsi, les dispositions du décret attaqué ne sauraient être regardées comme ayant restreint les possibilités de recours au contrat de conception-réalisation par rapport aux conditions posées par la loi ».

TA Toulouse, 21 novembre 1996, Conseil Régional de l'Ordre des Architectes de Midi-Pyrénées

« Les contraintes techniques générales et particulières [pour la construction d'un laboratoire départemental d'analyse] ne diffèrent en rien [...] des contraintes dans lesquelles doit s'inscrire la conception des bâtiments dont la construction est réalisée en vue d'une affectation à un service chargé d'une mission de santé publique ; qu'ainsi, les normes au respect desquelles est conditionnée l'accréditation donnée par le réseau national d'essais ne sont pas susceptibles d'être regardées comme pouvant figurer au nombre des motifs d'ordre technique qui rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage ».

TA Lyon, 24 juin 1996, Monsieur Jean-Claude Chamberlain

« Il résulte de l'instruction que la conception et la réalisation d'un parking souterrain, place Jean Jaurès à Saint-Etienne, au centre ville, sont de nature à entraîner d'importantes difficultés liées à un ouvrage enterré de grande profondeur, affectant les nappes phréatiques superficielles et profondes et l'environnement de la fouille, par l'utilisation éventuelle d'explosifs, les solutions techniques diverses, affectant fortement les coûts et les délais ; qu'ainsi, cet ouvrage sans précédent dans la ville entre dans le champ d'application des dispositions qui précèdent ».

L'amélioration de l'efficacité énergétique

CAA Nantes, 9 novembre 2018, n° 17NT01596, conseil régional de l'ordre des architectes des Pays-de-la-Loire

« 3. En premier lieu, il résulte de ces dispositions que la passation d'un marché de conception-réalisation, qui modifie les conditions d'exercice de la mission de maître d'œuvre, en principe distincte de celle d'entrepreneur, ne peut avoir lieu que dans des **circonstances particulières d'interprétation stricte**. Il résulte de l'instruction que, pour décider de la passation d'un marché de conception-réalisation, le département de la Loire-Atlantique s'est fondé, d'une part, **sur un objectif de performance énergétique supérieur de 10% à la norme thermique RT 2012**, d'autre part, sur des **motifs d'ordre technique tenant au caractère innovant et complexe du projet**, en ce qu'il portait sur la réalisation d'un collège dit "modulaire", c'est-à-dire extensible et/ou, en tout ou partie, démontable et transférable, afin de permettre d'augmenter ou de réduire ses capacités d'accueil en fonction de l'évolution des besoins et des effectifs.

4. Toutefois, d'une part et en tout état de cause, il ne résulte pas de l'instruction que, au regard de la nature de la construction envisagée comme du procédé constructif retenu et des matériaux dont l'emploi était prévu, **l'objectif d'un niveau de performance énergétique supérieur de 10 % à la norme thermique RT 2012, issue de la loi précitée du 3 août 2009, représentait en lui-même une contrainte ou une complexité telle qu'elle exigeait d'associer nécessairement les opérateurs de maîtrise d'œuvre et les entreprises de construction dès le stade de l'établissement des études.** »

Sous-section 2 - Marché global de performance

Article L2171-3

Le marché global de performance associe l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance. Ces objectifs sont définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.
Le marché global de performance comporte des engagements de performance mesurables.

Article R2171-2

Les prix des prestations de réalisation, d'exploitation ou de maintenance du marché global de performance apparaissent de manière séparée dans le marché.
La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance du marché global de performance est liée à l'atteinte des engagements de performances mesurables, fixées par le marché pour toute sa durée.

Article R2171-3

Pour attribuer le marché global de performance, l'acheteur se fonde sur une pluralité de critères parmi lesquels figurent le critère du coût global ainsi qu'un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance définis en fonction de l'objet du marché.

Sous-section 3 - Dispositions communes aux marchés globaux comportant des prestations de conception d'un ouvrage de bâtiment

Article D2171-4

Pour les marchés globaux comportant des prestations de conception d'un ouvrage de bâtiment, une mission de base est confiée à l'équipe de maîtrise d'œuvre qui comporte les éléments de mission suivants :

- 1° Les études d'avant-projet définitif ;
- 2° Les études de projet ;
- 3° Les études d'exécution ;
- 4° Le suivi de la réalisation des travaux ;
- 5° L'assistance au maître d'ouvrage aux opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement.

Cette mission peut également comprendre les études d'esquisse et les études d'avant-projet sommaire.
Ces éléments de mission sont définis à la présente sous-section.

Paragraphe 1 - Les études d'esquisse

Article D2171-5

Les études d'esquisse ont pour objet de :

- 1° Proposer une ou plusieurs solutions d'ensemble, traduisant les éléments majeurs du programme, et d'en indiquer les délais de réalisation ;
- 2° Vérifier la faisabilité de l'opération au regard des différentes contraintes du programme et du site.

Paragraphe 2 - Les études d'avant-projet

Article D2171-6

Les études d'avant-projet sommaire ont pour objet de :

- 1° Préciser la composition générale en plan et en volume ;
- 2° Apprécier les volumes intérieurs et l'aspect extérieur de l'ouvrage ;
- 3° Proposer les dispositions techniques pouvant être envisagées et, le cas échéant, préconiser des études complémentaires des ouvrages existants notamment dans le cadre des opérations de réutilisation et de réhabilitation ;
- 4° Participer à la vérification du calendrier de réalisation et, le cas échéant, le découpage en tranches fonctionnelles ;
- 5° Participer à la vérification de la cohérence des éléments architecturaux, techniques et économiques avec l'économie générale du marché global.

Article D2171-7

Les études d'avant-projet définitif ont pour objet de :

- 1° Déterminer les surfaces détaillées de tous les éléments du programme ;
- 2° Arrêter en plans, coupes et façades, les dimensions de l'ouvrage, ainsi que son aspect ;
- 3° Définir les principes constructifs, les matériaux et les installations techniques ;
- 4° Participer à la vérification de la cohérence des éléments du projet et des prestations avec l'économie générale du marché global.

Article D2171-8

Pour les ouvrages de construction neuve de logements, les études d'avant-projet sommaire et d'avant-projet définitif peuvent être exécutées en une seule phase d'études.

Article D2171-9

Les études d'avant-projet sommaire et d'avant-projet définitif comprennent l'établissement des dossiers et les consultations relevant de la compétence de la maîtrise d'œuvre et nécessaires à l'obtention du permis de construire et des autres autorisations administratives, ainsi que l'assistance au maître d'ouvrage au cours de leur instruction.

Paragraphe 3 - Les études de projet

Article D2171-10

Les études de projet ont pour objet de :

- 1° Préciser par des plans, coupes et élévations, les formes des différents éléments de la construction, la nature et les caractéristiques des matériaux et les conditions de leur mise en œuvre ;
- 2° Déterminer l'implantation et l'encombrement de tous les éléments de structure et de tous les équipements techniques ;
- 3° Préciser les tracés des alimentations et évacuations de tous les fluides ;
- 4° Transmettre au maître d'ouvrage les éléments lui permettant d'estimer les coûts d'exploitation de l'ouvrage ;
- 5° Participer à la vérification de la cohérence des éléments du projet et des prestations avec l'économie générale du marché global.

Paragraphe 4 - Les études d'exécution

Article D2171-11

Les études d'exécution permettent la réalisation de l'ouvrage. Elles ont pour objet, pour l'ensemble de l'ouvrage, d'établir tous les plans d'exécution et spécifications à l'usage du chantier ainsi que les plans de synthèse correspondants, sans nécessiter pour l'opérateur économique chargé de la construction, d'études complémentaires autres que celles concernant les plans d'atelier et de chantier, relatifs aux méthodes de réalisation, aux

ouvrages provisoires et aux moyens de chantier.

Article D2171-12

Lorsque des études d'exécution ou des plans de synthèse ne sont pas réalisés par l'équipe de maître d'œuvre identifiée dans le marché global, celle-ci s'assure que les documents qu'elle n'a pas établis respectent les dispositions du projet et, dans ce cas, leur délivre son visa.

Paragraphe 5 - Le suivi de la réalisation des travaux

Article D2171-13

L'équipe de maîtrise d'œuvre est chargée du suivi de la réalisation des travaux et, le cas échéant, de leur direction.

Le suivi de la réalisation des travaux a pour objet, d'une part, de s'assurer que les documents d'exécution ainsi que les ouvrages en cours de réalisation respectent les dispositions des études effectuées et sont conformes au marché global et, d'autre part, que les demandes de paiement sont cohérentes avec l'avancement des travaux. Il comprend la participation aux réunions de chantier et le visa des procès-verbaux.

La direction des travaux a pour objet d'organiser et diriger les réunions de chantier et en établir les procès-verbaux.

Paragraphe 6 - L'assistance aux opérations de réception et à la mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement

Article D2171-14

L'équipe de maîtrise d'œuvre est associée aux opérations de réception et à la mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement. Elle participe ainsi :

- 1° Aux opérations préalables à la réception des travaux ;
- 2° Au suivi des réserves formulées lors de la réception des travaux jusqu'à leur levée ;
- 3° A l'examen des désordres signalés par le maître d'ouvrage ;
- 4° A la constitution du dossier des ouvrages exécutés, nécessaire à leur exploitation.

Section 2 - Procédure de passation des marchés globaux applicable aux acheteurs soumis au livre IV

Article R2171-15

Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, les acheteurs soumis au livre IV passent des marchés globaux de conception-réalisation ou de performance selon l'une des procédures mentionnées aux articles R. 2124-2 à R. 2124-6 sous réserve des dispositions de la présente section.

Article R2171-16

Un jury est désigné par l'acheteur à l'exception des cas suivants : 1° Pour les marchés de conception-réalisation et les marchés globaux de performance passés par les pouvoirs adjudicateurs dans les hypothèses énumérées aux 1° à 3° de l'article R. 2172-2 ; 2° Pour les marchés de conception-réalisation et les marchés globaux de performance passés par les entités adjudicatrices selon la procédure de dialogue compétitif ou selon la procédure avec négociation.

Article R2171-17

Le jury est composé de personnes indépendantes des candidats. Lorsqu'une qualification

professionnelle particulière est exigée pour participer à la procédure, au moins un tiers des membres du jury doit posséder cette qualification ou une qualification équivalente.

Article R2171-18

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir. L'acheteur arrête la liste des candidats admis à réaliser des prestations.

Les candidats admis exécutent des prestations sur lesquelles se prononce le jury, après les avoir entendus. Ces prestations comportent au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou, pour un ouvrage d'infrastructure, un avant-projet accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage.

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats et formule un avis motivé.

L'acheteur peut demander des clarifications ou des précisions concernant les offres, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, et les offres finales, dans le cadre des autres procédures. Ces précisions, clarifications ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché.

Le marché est attribué au vu de l'avis du jury.

Section 3 - Versement d'une prime

Article R2171-19

Lorsque les documents de la consultation des marchés globaux prévoient la remise de prestations, ils indiquent le montant de la prime qui sera versée aux soumissionnaires ainsi que ses **modalités de réduction ou de suppression** :

1° Pour la passation d'un marché de conception-réalisation lorsque celui-ci est passé par un acheteur soumis aux dispositions du livre IV de la présente partie ;

2° Pour la passation d'un marché global de performance qui comporte des prestations de conception.

Modalités de réduction ou de suppression

CAA Marseille, 22 mars 2004, n° 04MA00223

« Considérant qu'il résulte des dispositions qui précèdent qu'en prévoyant de verser, au profit des concepteurs ayant participé au concours d'architecture et d'ingénierie organisé en vue de l'aménagement et de l'extension de l'Hôtel de Ville, une indemnité d'un montant maximal de 54.000 euros, la Commune d'Hyères a entendu s'imposer une obligation dont peuvent se prévaloir à son encontre, sauf décision contraire du jury, les concepteurs intéressés ; qu'ainsi, la circonstance que la Commune ait décidé, sans décision du jury en ce sens, et, par suite, en méconnaissance des dispositions précitées, de réduire de moitié le montant de l'indemnité à verser à la société requérante, est sans incidence sur l'étendue de l'obligation invoquée et sur le bien fondé de la demande de provision ».

CE, 5 août 2009, n° 322998, Commune de Deauville

« Considérant qu'il résulte nécessairement de ces dispositions que les candidats qui ont été admis à participer à un concours restreint d'architecture et d'ingénierie organisé pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre, sont en droit de bénéficier de la prime qu'elles prévoient à la condition que les études remises soient conformes au règlement du concours ; qu'ainsi, en jugeant que l'article 13 du règlement de consultation du concours qui prévoyait que la prime pourrait être réduite ou supprimée notamment si l'offre ne répondait pas au programme du concours méconnaissait les dispositions précitées de l'article 74 du code des marchés publics alors en vigueur, la cour a donc commis une erreur de droit ».

Article R2171-20

Le montant de la prime attribué à chaque soumissionnaire est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par les documents de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.

Article R2171-21

Lorsque le marché de conception-réalisation ou le marché global de performance répond à un besoin dont la valeur estimée est supérieure aux seuils de procédure formalisée et lorsque sa procédure de passation fait intervenir un jury, la prime est versée aux soumissionnaires sur proposition du jury.

Article R2171-22

La rémunération du titulaire du marché de conception-réalisation ou du marché global de performance tient compte de la prime qu'il a reçue.

Section 4 - Marchés globaux sectoriels

Article L2171-4

L'Etat peut confier à un opérateur économique une mission globale portant sur :

1° La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance des immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense, à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris ou affectés par l'Etat à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles ;

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

3° La conception, la construction et l'aménagement des établissements pénitentiaires. Cette mission peut en outre porter sur l'exploitation ou la maintenance des établissements pénitentiaires, à l'exception des fonctions de direction, de greffe et de surveillance ;

4° La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien, l'hôtellerie et la maintenance de centres de rétention ou de zones d'attente. Cette mission ne peut conduire à confier l'enregistrement et la surveillance des personnes retenues ou maintenues à d'autres personnes que des agents de l'Etat.

Article L2171-5

Les établissements publics de santé, les organismes mentionnés à l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale gérant des établissements de santé et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale de droit public peuvent confier à un opérateur économique une mission globale portant sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien ou la maintenance de bâtiments ou d'équipements affectés à l'exercice de leurs missions.

Article L2171-6

La Société du Grand Paris peut confier à un opérateur économique une mission globale portant sur la construction et l'aménagement des infrastructures du réseau de transport public du Grand Paris ou des infrastructures de transport public dont la maîtrise d'ouvrage lui est confiée.

Section 5 - Identification et mission de la maîtrise d'œuvre dans les marchés globaux

Article L2171-7

Les conditions d'exécution d'un marché global comportant des prestations de conception d'ouvrage comprennent l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de cet ouvrage et du suivi de sa réalisation.

Pour les ouvrages de bâtiment, la mission confiée à l'équipe de maîtrise d'œuvre comprend les

éléments de la mission définie à l'article L. 2431-1 adaptés à la spécificité des marchés globaux, dans les conditions prévues par voie réglementaire.

Chapitre II - Règles applicables à certains marchés en fonction de leur objet

Section 1 - Marchés de maîtrise d'œuvre

Sous-section 1 - Définition

Article R2172-1

Les marchés de maîtrise d'œuvre ont pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou plusieurs éléments de la mission définie à l'article L. 2431-1.

Ces marchés sont passés selon les modalités prévues à la présente section et, lorsqu'ils relèvent ainsi que les acheteurs qui les concluent du livre IV, dans le respect de ces dispositions.

Sous-section 2 - Procédures applicables

Article L2172-1

Préalablement à la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage de bâtiment, l'acheteur soumis aux dispositions du livre IV organise un concours, dans des conditions et sous réserve des exceptions, fonction du montant du marché ou de la nature des projets confiés, prévues par voie réglementaire.

Article R2172-2

Pour les acheteurs soumis au livre IV, les marchés de maîtrise d'œuvre qui répondent à un besoin dont le montant est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée sont négociés en application de l'article R. 2122-6, avec le ou les lauréats d'un concours restreint organisé dans les conditions des articles R. 2162-15 à R. 2162-21. Toutefois, l'acheteur n'est pas tenu d'organiser un concours pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre :

- 1° Relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ou à la réalisation d'un projet urbain ou paysager ;
- 2° Relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ;
- 3° Relatif à des ouvrages d'infrastructures
- 4° Qui ne confie aucune mission de conception au titulaire.

5° Relatif à des ouvrages de bâtiment réalisés par des organismes d'habitations à loyer modéré mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation, des sociétés d'économie mixte mentionnées à l'article L. 481-1 du même code pour leur activité agréée ainsi que des centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires définis à l'article L. 822-3 du code de l'éducation.

Article R2172-3

Pour les autres acheteurs, les marchés de maîtrise d'œuvre qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée sont passés selon l'une des procédures mentionnées au chapitre IV du titre II ou, si les conditions mentionnées au chapitre II du titre II sont remplies, sans publicité ni mise en concurrence préalables.

Sous-section 3 - Primes

Article R2172-4

Lorsque l'acheteur est soumis au livre IV et organise un concours, les opérateurs économiques qui ont remis des prestations conformes au règlement du concours bénéficient d'une prime. Le montant de cette prime est égal au prix estimé des études à effectuer, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %. L'acheteur précise dans les documents de la consultation les modalités selon lesquelles la prime peut être réduite ou supprimée. Il verse cette prime aux participants au concours sur proposition du jury.

L'acheteur peut décider de la réduire ou de la supprimer

CAA Marseille, 22 mars 2004, n° 04MA00223

« Considérant qu'il résulte des dispositions qui précèdent qu'en prévoyant de verser, au profit des concepteurs ayant participé au concours d'architecture et d'ingénierie organisé en vue de l'aménagement et de l'extension de l'Hôtel de Ville, une indemnité d'un montant maximal de 54.000 euros, la Commune d'Hyères a entendu s'imposer une obligation dont peuvent se prévaloir à son encontre, sauf décision contraire du jury, les concepteurs intéressés ; qu'ainsi, la circonstance que la Commune ait décidé, sans décision du jury en ce sens, et, par suite, en méconnaissance des dispositions précitées, de réduire de moitié le montant de l'indemnité à verser à la société requérante, est sans incidence sur l'étendue de l'obligation invoquée et sur le bien fondé de la demande de provision ».

CE, 5 août 2009, n° 322998, Commune de Deauville

« Considérant qu'il résulte nécessairement de ces dispositions que les candidats qui ont été admis à participer à un concours restreint d'architecture et d'ingénierie organisé pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre, sont en droit de bénéficier de la prime qu'elles prévoient à la condition que les études remises soient conformes au règlement du concours ; qu'ainsi, en jugeant que l'article 13 du règlement de consultation du concours qui prévoyait que la prime pourrait être réduite ou supprimée notamment si l'offre ne répondait pas au programme du concours méconnaissait les dispositions précitées de l'article 74 du code des marchés publics alors en vigueur, la cour a donc commis une erreur de droit ».

Article R2172-5

Lorsque l'acheteur n'est pas soumis au livre IV ou lorsqu'il n'organise pas de concours, les opérateurs économiques qui ont remis des prestations conformes aux documents de la consultation bénéficient d'une **prime** dont le montant est librement défini par l'acheteur.

Prime

CAA Douai, 4 juin 2008, n° 15DA01818, Conseil régional de l'ordre des architectes de Picardie

« Il résulte nécessairement de ces dispositions, qui ne prévoient aucune dérogation au principe de versement de la prime qu'elles énoncent, que les candidats qui ont présenté une offre dans le cadre d'une procédure de consultation organisée pour l'attribution, selon la procédure adaptée, d'un marché de maîtrise d'œuvre, sont en droit, sans qu'il y ait lieu de rechercher si leur investissement pour établir leur offre a été significatif, de bénéficier de cette prime à la condition que les études remises soient conformes au règlement de la consultation ».

Article R2172-6

Le montant de la prime mentionnée à la présente sous-section est indiqué dans les documents de la consultation et la rémunération du titulaire du marché de maîtrise d'œuvre tient compte de la prime reçue pour sa participation à la procédure.

Section 2 - Marchés de décoration des constructions publiques

Article L2172-2

Les collectivités publiques soumises à l'obligation de décoration des constructions publiques passent les marchés ayant pour objet de satisfaire à cette obligation et choisissent le titulaire du marché après

avis d'un comité artistique, dans des conditions prévues par voie réglementaire.

Article R2172-7

Les collectivités publiques soumises à l'obligation de décoration des constructions publiques passent des marchés ayant pour objet de satisfaire cette obligation conformément aux dispositions de la présente section.

L'obligation prévue par le décret n°2002-677 du 29 avril 2002

CE, 30 juillet 2003, n° 251201, Conseil régional d'Alsace

« Considérant, d'autre part, que si le CONSEIL REGIONAL D'ALSACE soutient que le décret attaqué institue un contrôle de l'Etat sur les choix artistiques des collectivités territoriales et qu'il méconnaît ainsi les dispositions de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et les stipulations de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, lesquelles, selon le CONSEIL REGIONAL D'ALSACE, garantissent la liberté d'expression des artistes et l'autonomie des choix des collectivités territoriales lorsqu'elles acquièrent une œuvre d'art, il ne ressort pas des pièces du dossier que le décret attaqué, qui se borne à préciser les conditions de passation des marchés relatifs à l'obligation de décoration des constructions publiques par les collectivités territoriales, méconnaisse le droit à la liberté d'expression des artistes ni, en tout état de cause, l'autonomie des choix artistiques des collectivités territoriales »

TA Montpellier, ordonnance du 13 décembre 2006, n° 0606446

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le marché litigieux, relatif à une intervention artistique pour le futur lycée Victor-Hugo à Lunel, vise à satisfaire l'obligation de décoration des constructions publiques et relève ainsi du champ d'application de l'article 71 du code des marchés publics et du décret du 29 avril 2002 susvisé ; que la procédure de marché à procédure adaptée, prévue à l'article 28 du même code, suivie en l'espèce par la région Languedoc-Roussillon, n'est pas conforme aux prescriptions dudit décret »

Sous-section 1 - Marchés inférieurs aux seuils européens

Paragraphe 1 - Marchés portant sur la commande d'une ou plusieurs réalisations artistiques à créer

Article R2172-8

Le marché de décoration des constructions publiques est passé dans les conditions fixées au présent paragraphe lorsque les deux conditions suivantes sont remplies :
1° Il porte sur la commande d'une ou plusieurs réalisations artistiques à créer ;
2° Son montant est inférieur aux seuils européens mentionnés dans un avis figurant en annexe du présent code.

Article R2172-9

L'acheteur constitue un comité artistique dans les conditions fixées à la sous-section 3, dès l'approbation de l'avant-projet sommaire défini à l'article R. 2431-10.

Article R2172-10

Le comité artistique élabore le programme de la commande artistique qui précise notamment la nature et l'emplacement de la réalisation envisagée puis le soumet à l'approbation de l'acheteur.

Article R2172-11

Lorsque la commande ne peut être confiée qu'à un prestataire déterminé en application des

dispositions de l'article R. 2122-3, l'acheteur peut négocier sans publicité ni mise en concurrence préalables le marché de décoration des constructions publiques.
Dans les autres cas, il doit procéder à une publicité adaptée du programme de la commande artistique permettant une information suffisante des artistes en fonction de la nature et du montant de la commande. L'avis de publicité précise le nombre d'artistes qui seront sélectionnés.

Article R2172-12

Le comité artistique invite les artistes sélectionnés à remettre leurs projets. Il peut les entendre. Il propose un ou plusieurs des projets à l'acheteur.

Article R2172-13

L'acheteur arrête son choix, après avis du comité artistique, par une décision motivée et en informe l'ensemble des candidats.

Article R2172-14

Les artistes ayant présenté au comité artistique un projet non retenu reçoivent une indemnité.
Le total des indemnités ne peut dépasser 20 % du montant défini à l'article 2 du décret n° 2002-677 du 29 avril 2002 relatif à l'obligation de décoration des constructions publiques et précisant les conditions de passation des marchés ayant pour objet de satisfaire à cette obligation.
L'acheteur peut décider, sur proposition du comité artistique, de supprimer ou de réduire le montant de l'indemnité en cas d'insuffisance manifeste du projet présenté par un candidat.

Paragraphe 2 - Marchés portant sur l'achat d'une ou plusieurs réalisations artistiques existantes

Article R2172-15

Le marché de décoration des constructions publiques est attribué à un ou plusieurs artistes vivants après avis du maître d'œuvre, de l'utilisateur de l'ouvrage et du directeur régional des affaires culturelles lorsqu'il porte sur l'achat d'une ou plusieurs réalisations artistiques existantes et que son montant est inférieur à 30 000 euros hors taxes.

Article R2172-16

Le marché de décoration des constructions publiques est passé dans les conditions fixées au paragraphe 1 de la présente sous-section lorsqu'il porte sur l'achat d'une ou plusieurs réalisations artistiques existantes et que son montant est supérieur ou égal à 30 000 euros hors taxes et inférieur aux seuils européens mentionnés dans un avis figurant en annexe du présent code.

Sous-section 2 - Marchés supérieurs aux seuils européens

Article R2172-17

Lorsque le marché de décoration des constructions publiques porte sur l'achat ou la commande d'une ou plusieurs réalisations artistiques et que son montant est supérieur aux seuils européens mentionnés dans un avis figurant en annexe du présent code, il est passé selon les règles définies aux titres Ier à VI et VIII.
Toutefois, l'acheteur est également tenu de faire intervenir un comité artistique conformément aux dispositions de la sous-section 3.

Sous-section 3 - Composition et fonctionnement du comité artistique

Article R2172-18

Pour les opérations situées sur le territoire national, le comité artistique mentionné à l'article R. 2172-9 est composé des membres suivants :

- 1° Le maître d'ouvrage ou son représentant, qui en assure la présidence ;
- 2° Le maître d'œuvre ;
- 3° Le directeur régional des affaires culturelles ou son représentant ;
- 4° Un représentant des utilisateurs du bâtiment ;
- 5° Trois personnalités qualifiées dans le domaine des arts plastiques :
 - a) Une personnalité qualifiée désignée par le maître d'ouvrage ;
 - b) Deux personnalités qualifiées désignées par le directeur régional des affaires culturelles, dont une choisie sur une liste établie par les organisations professionnelles d'artistes.

Le directeur régional des affaires culturelles ou son représentant est rapporteur des projets devant le comité. Le préfet de région peut désigner un rapporteur adjoint au sein des services de l'Etat.

Le président du comité peut inviter un représentant de la commune du lieu d'implantation de la construction à assister avec voix consultative aux travaux du comité.

Article R2172-19

Pour les opérations situées hors du territoire national, le comité artistique mentionné à l'article R. 2172-9 est composé des membres suivants :

- 1° Le maître d'ouvrage ou son représentant, qui en assure la présidence ;
- 2° L'ambassadeur ou son représentant ;
- 3° Le maître d'œuvre ;
- 4° Le directeur général de la création artistique ou son représentant ;
- 5° Deux personnalités qualifiées dans le domaine des arts plastiques, dont l'une est désignée par le maître de l'ouvrage et l'autre par l'ambassadeur.

Section 3 - Partenariats d'innovation**Article L2172-3**

Le partenariat d'innovation est un marché qui a pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants ainsi que l'acquisition ultérieure des produits, services ou travaux en résultant et qui répondent à un **besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché**.

Sont considérés comme innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise.

Besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché

Fiche DAJ, Le partenariat d'innovation

« Un partenariat d'innovation ne peut donc être conclu qu'à la condition qu'il n'existe aucune solution disponible sur le marché susceptible de répondre au besoin de l'acheteur. Ainsi, afin de justifier le recours au partenariat d'innovation, l'acheteur doit vérifier, par une étude approfondie et précise, que son besoin ne peut être couvert par des solutions déjà existantes sur le marché. Les acheteurs publics pourront, à cet égard, utilement recourir au sourçage, désormais prévu par le droit des marchés publics. Sont considérés comme des solutions innovantes non seulement les travaux, fournitures ou services nouveaux mais également ces mêmes prestations sensiblement améliorées. Le caractère innovant d'une solution peut également résider dans les méthodes utilisées [...] Dans l'hypothèse où il serait établi qu'une solution adaptée au besoin de l'acheteur existe sur le marché, le recours au partenariat d'innovation ne pourra être justifié »

CAA Nantes, 16 mars 2018, n° 16NT04075

« 5. Considérant, dans ces conditions, que la seule invocation, par la commune requérante, de la complexité qui résulterait de la multiplicité des travaux et prestations envisagés et de leurs difficultés techniques ne saurait suffire à justifier le recours au contrat de partenariat, en l'absence de circonstances particulières de nature à établir qu'il lui était impossible de définir, seule et à l'avance, les moyens propres à satisfaire ses besoins ; que ni le rapport final d'évaluation préalable, ni l'avis de la mission d'appui aux partenariats public privé ne sauraient constituer, devant le juge, la preuve de la complexité invoquée, alors même que la commune disposerait de services techniques réduits et que le regroupement sus-décrié de multiples travaux en un contrat global aurait été décidé dans un souci d'optimisation des coûts et de complémentarité dans la gestion des ouvrages ; que, par suite, la commune de Ouistreham n'est pas fondée à soutenir que les premiers juges auraient à tort estimé que n'était pas remplie en l'espèce la condition du recours au contrat de partenariat tenant à " la complexité du projet " prévue au 1° du II de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales précité »

CAA Bordeaux, 31 mai 2016, n°15BX01638, MA

« Qu'il s'agisse de recourir à un contrat de partenariat en vertu de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales, ou de recourir à la procédure de dialogue simplifié prévue à l'article L. 1414-5 du même code, la condition de la complexité est regardée comme remplie notamment lorsque celle-ci met objectivement la personne publique dans l'impossibilité de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet propre à permettre la réalisation de ce projet. Pour apprécier la capacité objective de la personne publique à définir seule et à l'avance les moyens techniques permettant de répondre à ses besoins et, par suite, pour déterminer si la complexité technique du projet justifie légalement le recours au contrat de partenariat ou à la procédure du dialogue compétitif, il n'y a pas lieu de tenir compte des études postérieures au lancement de la procédure de passation du contrat que cette personne publique serait en mesure de confier à un tiers, soit dans le cadre du contrat de partenariat qu'elle envisage de conclure, soit au titre d'un contrat distinct. En revanche, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des études, même réalisées par des tiers, dont la personne publique dispose déjà à la date à laquelle elle décide de recourir au contrat de partenariat [...] qu'il ressort des pièces du dossier que le contrat de maîtrise d'œuvre passé avec les Ateliers Jean nouvel pour la réalisation d'un projet de théâtre à Perpignan a abouti à la présentation d'un projet architectural complexe, constitué d'un ensemble de bâtiments reliés entre eux par une pergola vitrée, suspendue et recouverte de végétaux, et comprenant en particulier une salle de spectacles en forme de galet, de couleur grenat et d'aspect brillant ; que les études techniques pour la réalisation de cet ensemble, et en particulier de la salle de spectacles et de son revêtement, dont la forme et l'aspect extérieur étaient novateurs et au cœur du projet, restaient à réaliser à ce stade de son développement ; qu'eu égard à la complexité technique de sa réalisation et à l'importance de l'esthétique du projet, imposant des contraintes spécifiques de maintenance, la commune de Perpignan n'était pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ; que ce n'est d'ailleurs qu'au terme du dialogue compétitif que la commune a engagé avec les deux groupements, dans le cadre du contrat de partenariat, qu'elle a pu déterminer la technique lui permettant de réaliser la structure et le revêtement de la salle de spectacle concrétisant le projet architectural de maîtrise d'œuvre ; que dès lors qu'elle se trouvait dans l'un des cas prévus à l'article L.1414-2 du Code général des collectivités territoriales, la commune de Perpignan pouvait recourir à un contrat de partenariat public privé pour la réalisation du projet de théâtre de l'Archipel ».

CAA Bordeaux, 15 septembre 2015, n° 15BX01208, Commune de Bordeaux

« Il ressort en outre des pièces du dossier que si la commune de Bordeaux disposait d'une " direction du développement durable ", les huit agents composant cette direction étaient à profil exclusivement administratif ; quant à la " direction des constructions publiques ", en plus d'être confrontée en 2010 à un plan de charge lourd comportant notamment le projet du " nouveau stade " et du " centre culturel et touristique du vin ", elle ne disposait pas, compte tenu de la complexité technique du projet de cité municipale pour les motifs indiqués ci-dessus et au regard des qualifications des agents la

composant, des moyens lui permettant de faire face aux contraintes de la maîtrise d'ouvrage d'un tel projet. En définitive, la ville de Bordeaux était, lorsqu'elle a décidé de recourir au contrat de partenariat, dans l'impossibilité, eu égard à ses moyens propres, de définir avec précision le contenu des prestations permettant d'atteindre et de maintenir dans le long terme un bilan énergétique positif pour un bâtiment ayant les dimensions et la vocation de la cité municipale projetée. Ainsi, le recours au contrat de partenariat était légalement justifié »

Article R2172-20

L'acheteur peut décider de mettre en place un partenariat d'innovation avec un ou plusieurs opérateurs économiques qui exécutent les prestations de manière séparée dans le cadre de contrats individuels.

Avec un ou plusieurs opérateurs économiques

Fiche DAJ, Le partenariat d'innovation

« Parce que l'émulation entre partenaires peut être bénéfique, l'acheteur public peut, s'il le souhaite et à condition qu'il l'indique dans les documents de la consultation, passer un partenariat d'innovation avec plusieurs entreprises⁷. Le partenariat d'innovation est alors composé de plusieurs contrats individuels qui s'exécutent séparément ».

CAA Paris, 3 avril 2014, n°13PA02769, Association La justice dans la Cité et M. Bourayne

« 23. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que le recours au contrat de partenariat constitue une dérogation au droit commun de la commande publique, réservée aux seules situations répondant aux motifs d'intérêt général qui y sont définis ; que l'urgence, objectivement constatée, s'attachant à la réalisation d'un projet envisagé par l'État ou un établissement public est au nombre des motifs d'intérêt général de nature à justifier qu'il soit procédé à la conclusion d'un contrat de ce type ; qu'une telle urgence peut notamment résulter de la nécessité de rattraper un retard, quelles qu'en soient les causes, affectant de façon préjudiciable à l'intérêt général la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public dans un secteur ou une zone géographique déterminés ; que constitue également un motif d'intérêt général justifiant le recours au contrat de partenariat la complexité du projet envisagé, lorsque celle-ci met objectivement la personne publique dans l'impossibilité de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique propre à permettre la réalisation de ce projet »

Sous-section 1 - Contenu du partenariat d'innovation

Article R2172-21

La décision mentionnée à l'article R. 2172-20 est indiquée dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation.

Article R2172-22

L'acheteur définit, dans les documents de la consultation, le besoin relatif aux produits, services ou travaux innovants. Il indique les éléments de cette définition qui fixent les exigences minimales que doivent respecter toutes les offres. Les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée de la solution requise et de décider de demander ou non à participer à la procédure.

Article R2172-23

Le partenariat d'innovation comprend une ou plusieurs phases successives qui suivent le déroulement du processus de recherche et de développement et une ou plusieurs phases d'acquisition des produits, services ou travaux qui en sont le résultat.
La structure, la durée et la valeur des différentes phases du partenariat d'innovation

tiennent compte du degré d'innovation de la solution proposée, de la durée et du coût des activités de recherche et d'innovation requises pour le développement de la solution innovante.

La valeur estimée des produits, services ou travaux dont l'acquisition est envisagée n'est pas disproportionnée par rapport à l'investissement requis pour leur développement, quelle que soit la part des activités de recherche et de développement financée par l'acheteur.

Article R2172-24

Le partenariat d'innovation définit les objectifs de chaque phase que le partenaire doit atteindre ainsi que la rémunération associée à chaque phase.

Article R2172-25

La répartition des droits de propriété intellectuelle, notamment quant aux résultats des phases de recherche et développement, est prévue dans le partenariat d'innovation.

Sous-section 2 - Passation du partenariat d'innovation

Article R2172-26

Les partenariats d'innovation d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée sont passés selon la procédure avec négociation sous réserve des dispositions de la présente sous-section.

Article R2172-27

Un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif ne peut être utilisé en lieu et place de l'avis de marché.

Avis de préinformation

Fiche DAJ, Le marché de partenariat

« Tout d'abord, la publication d'un avis de marché est obligatoire. Il ne peut ainsi y être suppléé par la publication d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif. Le pouvoir adjudicateur doit définir son besoin de manière à permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée de la solution requise et de décider, le cas échéant, de participer à la procédure. Les documents de la consultation doivent notamment indiquer les éléments de définition du besoin qui constitueront les exigences minimales que devront respecter toutes les offres »

Article R2172-28

Le **délai minimum** de réception des candidatures prévu à l'article R. 2161-12 ne peut être réduit.

La sélection des candidatures tient compte notamment de la capacité des candidats dans le domaine de la recherche et du développement ainsi que dans l'élaboration et la mise en œuvre de solutions innovantes.

Délai minimum

Fiche DAJ, Le marché de partenariat

« Le délai minimal de réception des candidatures, tel que prévu par l'article 72-I, ne peut par ailleurs être réduit. Celui-ci ne peut ainsi être inférieur à trente jours. Le temps nécessaire à la R&D ne permet pas, notamment, que les partenariats d'innovation puissent concrètement répondre à des situations d'urgence. Le délai minimum de réception des offres est toutefois librement fixé par le pouvoir adjudicateur, dans le respect de l'article 43 du décret »

Article R2172-29

Sans préjudice de l'application des dispositions des articles R. 2151-1 à R. 2151-5, le délai minimal de réception des offres initiales est librement fixé par l'acheteur.

Article R2172-30

L'acheteur ne peut attribuer le partenariat d'innovation sur la base des offres initiales **sans négociation**. Il négocie les offres initiales et toutes les offres ultérieures en vue d'en améliorer le contenu à l'exception des offres finales. Les critères d'attribution et les exigences minimales ne font pas l'objet de négociation.

La négociation peut se dérouler **en phases successives** à l'issue desquelles certains soumissionnaires sont éliminés par application des critères d'attribution définis dans les documents de la consultation. L'acheteur indique, dans l'un de ces documents, s'il fera usage de cette possibilité. Il informe, à l'issue de chaque phase, tous les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été éliminée des changements apportés aux documents de la consultation et leur accorde un délai suffisant pour leur permettre de modifier leur offre et, le cas échéant, de la présenter à nouveau.

Négociation

Fiche DAJ, Le marché de partenariat

« Les négociations peuvent porter sur tous les aspects des contrats, à l'exception des exigences minimales et des critères d'attribution. Elles peuvent ainsi porter sur le prix, sur les aspects techniques ou bien encore sur la répartition des droits de propriété intellectuelle »

En phases successives

Fiche DAJ, Le marché de partenariat

« Chaque phase, qui forme un tout autonome et cohérent, doit intégrer un certain nombre d'éléments. Elle comprend tout d'abord les objectifs que devra atteindre le titulaire du contrat à l'issue de la phase. Ces objectifs, sur lesquels s'engage l'opérateur économique, doivent être suffisamment précis. La durée fixée pour les réaliser doit prendre en compte leur complexité. Le contrat devra également indiquer la rémunération associée à chaque phase, ainsi que la répartition des droits de propriété intellectuelle. Enfin, l'acheteur doit également prévoir la valeur de chaque phase »

Sous-section 3 - Déroulement du partenariat d'innovation

Article R2172-31

A l'issue de chaque phase, sur la base des résultats obtenus, l'acheteur décide :

1° Soit de poursuivre l'exécution du partenariat d'innovation, éventuellement après avoir précisé ou modifié, avec l'accord du partenaire, les objectifs de la phase suivante et les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre. Les conditions initiales du partenariat d'innovation ne peuvent être substantiellement modifiées à cette occasion ;

2° Soit de mettre un terme au partenariat d'innovation ou, lorsqu'il existe plusieurs partenaires, de réduire leur nombre en mettant un terme à leurs contrats.

Le partenariat d'innovation mentionne cette prérogative de l'acheteur et définit les conditions de sa mise en œuvre, notamment ses conséquences financières et les modalités de sélection des partenaires avec lesquels il est décidé de poursuivre l'exécution du partenariat.

L'exécution de chaque phase est subordonnée à une décision de l'acheteur notifiée au partenaire dans les conditions fixées dans le partenariat d'innovation.

Article R2172-32

L'acheteur ne peut **acquérir** les produits, les services ou les travaux résultant des phases de recherche et de développement **que s'ils correspondent** aux niveaux de performance et n'excèdent pas les coûts maximum prévus par le partenariat d'innovation.

Acquérir

Fiche DAJ, Le marché de partenariat

« L'acquisition des solutions innovantes issues de la R&D n'est qu'une faculté pour l'acheteur public. Il peut ainsi prévoir dans le contrat, par exemple, que si une solution nouvelle, moins chère ou de meilleure qualité et susceptible de répondre à ses besoins apparaissait sur le marché pendant l'exécution du partenariat, il ne passerait pas à la phase d'acquisition, alors même que les niveaux de performance définis initialement seraient atteints »

Que s'ils correspondent

Fiche DAJ, Le marché de partenariat

« En tout état de cause, la phase d'acquisition ne peut être mise en œuvre que si le résultat correspond aux niveaux de performance et aux coûts maximum convenus entre l'acheteur public et le partenaire. Si plusieurs partenaires arrivaient à des solutions qui répondent toutes à ces niveaux convenus, le partenariat d'innovation peut prévoir que l'acheteur répartira entre eux ses commandes de manière égale. Il peut aussi prévoir que le partenaire avec lequel la phase d'acquisition sera mise en œuvre sera désigné sur la base des critères d'attribution qui ont été utilisés pour attribuer le partenariat. Si le poids des différents critères d'attribution a été fixé sous la forme d'une fourchette, le partenariat peut prévoir une mise au point avec les différents partenaires restants pour déterminer la pondération précise de ces critères »

Section 4 - Marchés réalisés dans le cadre de programmes expérimentaux

Article R2172-33

Pour la réalisation d'ouvrages issus de projets retenus par l'Etat dans le cadre d'un programme public national de recherche, d'essai et d'expérimentation, l'acheteur peut passer des marchés de maîtrise d'œuvre ou de travaux, sur certains de ces ouvrages afin d'en vérifier la pertinence.

Article R2172-34

Ces marchés sont conclus au terme d'une procédure de mise en concurrence conforme aux dispositions du présent livre, limitée à des opérateurs économiques choisis parmi ceux dont les projets auront été sélectionnés par le jury du programme public national, après publication d'un avis de marché.

Un protocole d'expérimentation est passé entre l'acheteur et l'organisme public responsable du programme national.

Section 5 : Marchés relatifs à l'achat de véhicules à moteur

Article L2172-4

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

Les acheteurs tiennent compte des incidences énergétiques et environnementales

CJCE, 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland Oy Ab, n° C-135/99

« Lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, conformément à l'article 36, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50, il peut prendre en considération des critères relatifs à la préservation de l'environnement pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit

pouvoir une liberté inconditionnée de choix, sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination »

Article R2172-35

Lorsqu'un acheteur passe un marché pour l'achat d'un véhicule à moteur relevant des catégories M et N définies à l'article R. 311-1 du code de la route et que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, il tient compte des incidences énergétiques et environnementales de ce véhicule sur toute sa durée de vie.

Sont exemptés de cette obligation les achats :

- 1° De véhicules conçus et construits pour être utilisés principalement sur les chantiers de construction, dans les carrières ou les installations portuaires ou aéroportuaires ;
- 2° De véhicules conçus et construits pour être utilisés par les forces armées, la protection civile, les services de lutte contre l'incendie et les services responsables du maintien de l'ordre ;
- 3° De machines mobiles.

Article R2172-36

Lorsque l'achat du véhicule à moteur est réalisé pour l'exécution d'un service public de transport de personnes dont l'acheteur s'est vu confier la gestion et l'exploitation, l'obligation mentionnée au premier alinéa de l'article R. 2172-35 s'applique, indépendamment de la valeur estimée du marché, dès lors que les produits de la gestion et l'exploitation, sur toute leur durée, sont d'un montant égal ou supérieur au seuil de procédure formalisée applicable pour la passation des marchés de fournitures de cet acheteur.

Article R2172-37

Il peut être satisfait à l'obligation mentionnée à l'article R. 2172-35 par :

- 1° La fixation de spécifications techniques conformes aux articles R. 2111-7 à R. 2111-11 relatives aux performances énergétiques et environnementales du véhicule ;
- 2° L'inclusion des incidences énergétiques et environnementales du véhicule, sur toute sa durée de vie, dans les critères d'attribution prévus à l'article R. 2152-7. Les incidences à prendre en compte sont définies selon les modalités fixées à l'article R. 2172-38. Si l'acheteur choisit de traduire ces incidences en valeur monétaire, leur quantification doit se conformer à la méthodologie établie en application de l'article R. 2172-38.

Article R2172-38

Un arrêté conjoint des ministres chargés de l'écologie et de l'économie qui figure en annexe du présent code détermine les incidences énergétiques et environnementales liées à l'utilisation du véhicule à moteur qu'il convient de prendre en compte ainsi que la méthodologie à appliquer s'il est envisagé de traduire ces incidences en valeur monétaire.

Titre VIII - ACHÈVEMENT DE LA PROCÉDURE

Chapitre Ier - Information des candidats et des soumissionnaires évincés

Article L2181-1

Dès qu'il a fait son choix, l'acheteur le communique aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

Article R2181-1

L'acheteur **notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter** sa candidature ou son offre.

Notifie sa décision de rejeter

CE, 19 janvier 2011, n°343435, Grand Port Maritime du Havre

« Considérant que, **s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée, qui ne sont pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution**, l'annulation d'un tel contrat ne peut, en principe, résulter que du constat des manquements mentionnés aux deux premiers alinéas de l'article L. 551-18, c'est-à-dire de l'absence des mesures de publicité requises pour sa passation ou de la méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique ; »

TA Lyon, ord. 26 mars 2010, n°1001293, Société Chenil Service

« Considérant que la société CHENIL SERVICE soutient que la commune de Vénissieux a méconnu l'obligation de différer la signature du marché résultant des dispositions précitées de l'article 80 du code des marchés publics ; que, toutefois, l'article 80 n'est pas applicable aux marchés passés, comme en l'espèce, selon une procédure adaptée ; que la ville de Vénissieux a donc pu légalement, sans méconnaître cette disposition ni aucune autre disposition applicable ou aucun principe général du droit, signer le marché litigieux le 11 février 2010 puis, par lettre du 12 février notifiée le 16 février à la société CHENIL SERVICE informer cette dernière de la signature de ce marché et du rejet de son offre ;

Considérant toutefois que, par voie de conséquence, **faute pour la ville de Vénissieux d'avoir fait le choix d'informer les candidats non retenus du rejet de leur offre et d'avoir ensuite respecté un délai raisonnable entre la notification de cette décision et la signature du marché, la société CHENIL SERVICE est recevable à saisir le juge du référé contractuel d'un recours** présenté sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative ; »

Voir fiche DAJ

« Si l'acheteur est tenu d'informer immédiatement les entreprises concernées du rejet de leur candidature ou de leur offre, il n'est, en revanche, tenu de communiquer les motifs de ce rejet qu'au candidat qui en fait la demande par écrit, dans un délai de 15 jours à compter de la réception de cette demande.

Toutefois, si l'acheteur a notifié volontairement, de façon complète, aux candidats évincés les décisions de rejet et d'attribution et les motifs détaillés de ces décisions, en application du premier alinéa de l'article 99-I, il n'est pas tenu de communiquer, à nouveau, ces motifs.

Les demandes d'information ne sont enserrées dans aucun délai. Elles peuvent être faites à tout moment : avant comme après la signature du marché ».

Section 1 - Marchés passés selon une procédure adaptée

Article R2181-2

Tout candidat ou soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été rejetée **peut obtenir les motifs de ce rejet dans un délai de quinze jours** à compter de la réception de sa

demande à l'acheteur.

Lorsque l'offre de ce soumissionnaire n'était **ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable**, l'acheteur lui communique en outre les **caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché**.

Voir fiche DAJ

« Les motifs doivent être suffisamment détaillés de sorte que le candidat puisse utilement, le cas échéant, contester le rejet qui lui est opposé.

L'acheteur communique, en outre, aux candidats dont l'offre a été écartée pour un autre motif que son caractère inapproprié, irrégulier ou inacceptable, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue, ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre, en prenant garde de ne pas porter atteinte au secret industriel et commercial.

L'information des candidats relative aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue inclut la communication de la notation obtenue sur les sous-critères dès lors que ceux-ci sont susceptibles, en raison de l'importance de leur pondération, d'exercer une influence sur la présentation des offres. Sauf à ce que l'acheteur établisse qu'il en résulterait une atteinte au secret industriel et commercial, cette communication comprend également, si la demande en est faite, les délais d'exécution ou le prix global de l'offre de l'attributaire dès lors que ces éléments font l'objet des critères de sélection des offres. En revanche, cette information n'impose pas que les motifs qui ont justifié les notes obtenues soient communiqués ».

Peut demander à l'acheteur de lui communiquer les motifs de ce rejet dans un délai de 15 jours

CE, 31 octobre 2017, n°410772, Société MB Terrassements Bâtiments

« Il résulte de ces dispositions que, pour les marchés passés selon une procédure adaptée, l'acheteur doit, **dès qu'il décide de rejeter une offre, notifier ce rejet au soumissionnaire concerné, sans être tenu de lui notifier la décision d'attribution** ».

L'offre ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable

CE, 22 janvier 2018, n° 414860, Société Comptoir de négoce d'équipements

« Il résulte de ces dispositions que **pour les marchés passés selon une procédure adaptée, l'acheteur notifie au soumissionnaire le rejet de son offre et, s'il en fait la demande écrite, lui communique les motifs du rejet ; qu'il lui communique en outre, si son offre n'était ni appropriée ni irrégulière ni inacceptable, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché** ».

Les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire

CE, 24 février 2010, n°333569, Communauté de communes de l'Enclave des Papes

« Pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, **l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que, dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors également porter sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné ; que, lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il lui appartient, y compris lorsqu'il met en œuvre une procédure adaptée sur le fondement de l'article 28 du code des marchés publics, d'assurer l'information appropriée des candidats sur les critères de sélection de ces candidatures dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à**

concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que cette information appropriée suppose que le pouvoir adjudicateur indique aussi les documents ou renseignements au vu desquels il entend opérer la sélection des candidatures ; que, par ailleurs, si le pouvoir adjudicateur entend fixer des niveaux minimaux de capacité, ces derniers doivent aussi être portés à la connaissance des candidats ; que cette information appropriée des candidats n'implique en revanche pas que le pouvoir adjudicateur indique les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures ».

CE, 22 janvier 2018, n° 414860, Société Comptoir de négoce d'équipements

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que par un courrier du 23 août 2017, la commune de Vitry-le-François a informé la société Comptoir de négoce d'équipements du rejet de son offre et des motifs de ce rejet ; qu'à la suite d'une demande écrite de la société, la commune de Vitry-le-François a, par un courrier du 12 septembre 2017, indiqué les caractéristiques et avantages de l'offre de la société CVELUM qui avait été retenue ; que contrairement à ce qui est soutenu, les indications données sur ce point par la commune étaient suffisantes ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la commune de Vitry-le-François aurait méconnu les dispositions du I de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 précité en s'abstenant d'indiquer les caractéristiques et avantages de l'offre retenue doit être écarté ».

Section 2 - Marchés passés selon une procédure formalisée

Article R2181-3

La notification prévue à l'article R. 2181-1 mentionne les motifs du rejet de la candidature ou de l'offre.

Lorsque la notification de rejet intervient après l'attribution du marché, l'acheteur communique en outre :

- 1° Le nom de l'attributaire ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de son offre ;
- 2° La date à compter de laquelle il est susceptible de signer le marché dans le respect des dispositions de l'article R. 2182-1.

Notification de rejet

CE, 18 décembre 2012, n°363342, Société Serex

« Considérant qu'en statuant ainsi, alors qu'il ressortait du dossier qui lui était soumis que cette notification mentionnait, outre le délai de suspension de la signature du marché, le classement de l'offre de la société Serex en deuxième position, les notes qui lui avaient été attribuées et celles qu'avait reçues l'offre retenue, inférieure à la sienne pour le critère du prix mais supérieure pour le critère de la valeur technique, de sorte que les motifs de rejet de l'offre de la société Serex et de choix de l'attributaire se déduisaient nécessairement des termes de cette notification, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a dénaturé les pièces du dossier ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, la métropole Nice Côte d'Azur est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ».

CE, 24 juin 2011, n°347840, Commune de Rouen

« Ces dispositions n'interdisent pas au pouvoir adjudicateur, après avoir communiqué les motifs justifiant le rejet d'une candidature ou d'une offre, de procéder ultérieurement à une nouvelle communication pour compléter ou préciser ces motifs, voire pour procéder à une substitution de motifs ».

CE, 1^{er} janvier 2004, n°253509, Société Aquitaine de démolition

« Considérant que ces dispositions font obligation à la personne responsable du marché de communiquer au candidat à un appel d'offres dont la candidature ou l'offre a été rejetée les motifs de ce rejet ; que cette communication a notamment pour objet de permettre à l'intéressé de contester le rejet qui lui est opposé ; qu'il en résulte qu'une méconnaissance de l'obligation de communication qui incombe à la personne responsable du marché constitue une atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence dont il appartient au juge

administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de tirer les conséquences ».

Article R2181-4

A la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre qui n'a pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, l'acheteur communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande :

- 1° Lorsque les négociations ou le dialogue ne sont pas encore achevés, les informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations ou du dialogue ;
- 2° Lorsque le marché a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue.

CE, 4 avril 2018, n°416577, Ministère des armées

« Considérant que par les deux courriers en date des 26 octobre et 13 novembre 2017, le pouvoir adjudicateur a informé la société Archimed que son offre, classée en seconde position pour le critère technique et pour le critère financier, n'avait pas été retenue, lui a précisé les notes attribuées pour chacun des critères ainsi que la note globale, et lui a indiqué les caractéristiques et les avantages de l'offre de la société attributaire ; que, par suite, la société Archimed n'est pas fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur aurait méconnu l'obligation de motiver le rejet des offres qui résulte de l'article 99 du décret précité ».

CE, 24 mai 2017, n°407047, Ville de Paris

« Considérant qu'il résulte des dispositions qui précèdent que, s'agissant des marchés passés selon une procédure formalisée, sont seuls recevables à saisir le juge d'un référé contractuel, outre le préfet, les candidats privés de la possibilité de présenter utilement un recours précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué la décision d'attribution aux candidats non retenus ».

Communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande :

CE, 20 octobre 2006, n°278601 Syndicat des eaux de Charentes Maritimes

« Considérant qu'aux termes de l'article 76 du code des marchés publics dans sa rédaction alors en vigueur : Dès qu'elle a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, la personne publique avise tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres. Un délai d'au moins dix jours doit être respecté entre la date à laquelle la décision est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché. / La personne responsable du marché doit informer également, dans les plus brefs délais, les candidats des motifs qui l'ont conduite 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 : a) Serait contraire à la loi ; / b) Serait contraire à l'intérêt public ; / c) Porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises ; / d) Pourrait nuire à une concurrence loyale entre les entreprises. ; »

Les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue

CE, 20 octobre 2006, n°278601 Syndicat des eaux de Charentes Maritimes

« L'acheteur public ne peut, communiquer des informations dont la divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises ou pourrait nuire au libre jeu de la concurrence entre elles ».

Section 3 - Informations des candidats et soumissionnaires évincés dans le cadre d'un système de qualification passé par une entité adjudicatrice

Article R2181-5

Les entités adjudicatrices qui établissent et gèrent un système de qualification informent les

opérateurs économiques qui demandent à être qualifiés de la décision prise à leur sujet dans un délai de quatre mois à compter de la réception de leur demande de qualification. Ce délai peut être prolongé de deux mois au plus, à condition que les opérateurs économiques concernés soient informés de cette prolongation dans les deux mois qui suivent la réception de leur demande. Les motifs de cette prolongation ainsi que la date à laquelle une décision sera prise leur sont également indiqués.

Article R2181-6

Lorsque l'entité adjudicatrice décide de rejeter une demande de qualification, elle informe l'opérateur économique des motifs de sa décision, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la date de cette décision. Ces motifs doivent être fondés sur les critères de qualification mentionnés à l'article R. 2162-30.

Chapitre II - Signature et notification du marché

Section 1 - Signature du marché

Article R2182-1

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, un délai minimal de onze jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux articles R. 2181-1 et R. 2181-3 et la date de signature du marché par l'acheteur. Ce délai minimal est porté à seize jours lorsque cette notification n'a pas été transmise par voie électronique.

Fiche DAJ, Les recours contentieux liés à la passation des contrats de la commande publique

« Ce recours a pour but de prévenir la passation d'un contrat qui méconnaîtrait les règles de publicité et de mise en concurrence applicables. Il permet aux candidats constatant un manquement à ces règles d'obtenir du juge du référé qu'il prononce les mesures nécessaires pour y remédier, avant la signature du contrat ».

CE, 19 janvier 2011, n° 343435, Grand Port Maritime du Havre

« Considérant, d'une part, qu'il résulte de ces dispositions que sont seuls recevables à saisir le juge d'un référé contractuel, outre le préfet, les candidats qui n'ont pas engagé un référé précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué la décision d'attribution aux candidats non retenus ou n'a pas observé, avant de signer le contrat, un délai de onze jours après cette communication et, s'agissant des contrats non soumis à publicité préalable et des contrats non soumis à l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas rendu publique son intention de conclure le contrat ou n'a pas observé, avant de le signer, ce même délai, ainsi que ceux qui ont engagé un référé précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté l'obligation de suspendre la signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du code de justice administrative ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé ».

CE, 24 juin 2011, n° 346665, Office public de l'Habitat interdépartemental de l'Essone, du Val d'Oise et des Yvelines et Sté Sèni

« Considérant que les dispositions de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, qui prévoient que le recours contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours, n'ont pas pour effet de rendre irrecevable un recours contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement présenté un recours précontractuel alors qu'il était dans l'ignorance du rejet de son offre et de la signature du marché par suite d'un manquement du pouvoir adjudicateur

au respect des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics qui prévoient l'obligation de notifier aux candidats le rejet de leurs offres et fixe un délai minimum de seize jours, réduit à onze jours dans le cas d'une transmission électronique, entre la date d'envoi de cette notification et la conclusion du marché ; que les dispositions de l'article L. 551-14 du code de justice administrative ne sauraient non plus avoir pour effet de rendre irrecevable le recours contractuel du concurrent évincé ayant antérieurement présenté un recours précontractuel qui, bien qu'informé du rejet de son offre par le pouvoir adjudicateur, ne l'a pas été, contrairement à ce qu'exige le dernier alinéa du 1° du I de l'article 80 du code des marchés publics, du délai de suspension que ce dernier s'imposait entre la date d'envoi de la notification du rejet de l'offre et la conclusion du marché ».

Article R2182-2

Le respect du délai mentionné à l'article R. 2182-1 n'est pas exigé :
1° Lorsque le marché est attribué au seul opérateur ayant participé à la consultation ;
2° Pour l'attribution des marchés subséquents, fondés sur un accord-cadre, ou des marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique.

Article R2182-3

Le marché peut être signé électroniquement, selon les modalités fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie qui figure en annexe du présent code.

Section 2 - Notification du marché

Article R2182-4

L'acheteur notifie le marché au titulaire.
Le marché prend effet à la date de réception de la notification.

CE, 22 mai 2015, n°383596, SITURV c/ AXA Corporate Solutions Assurances

« Considérant qu'aux termes de l'article 79 du code des marchés publics, applicable au marché en litige : " Les marchés publics doivent être notifiés avant tout commencement d'exécution " ; qu'ainsi que l'a relevé la cour les parties au contrat ont prévu, par les stipulations des " conditions particulières " de celui-ci, une date de prise d'effet antérieure tant à sa signature qu'à sa notification, en méconnaissance des dispositions précitées de l'article 79 du code des marchés publics ; qu'en jugeant que cette illégalité n'entachait pas d'illicéité le contrat et que l'irrégularité commise n'était pas d'une gravité suffisante, notamment en ce qu'elle n'avait pas vicié le consentement des parties, pour justifier que l'application de ce contrat fût écarté, la cour n'a pas inexactement qualifié les faits de l'espèce ; »

CAA de Marseille, 12 novembre 2012, n° 10MA01702, Société Sécuritas France

« Considérant qu'aux termes de l'article 79 du code des marchés publics dans sa rédaction applicable au litige : " Les marchés publics 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 une date certaine. La date de notification est la réception du marché par le titulaire. Le marché prend effet à cette date " ; que la notification tardive de la copie d'un marché signé ne fait pas obstacle au paiement par la personne publique des prestations accomplies par le co-contractant ».

Article R2182-5

Les marchés des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics prennent effet à la date de réception de la notification du marché au titulaire sous réserve du respect des dispositions du code général des collectivités territoriales relatives au contrôle de légalité.

Chapitre III - Avis d'attribution

Article L2183-1

L'acheteur rend public le choix de l'offre retenue, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par décret en Conseil d'Etat.

Section 1 - Modalités de publication**Sous-section 1 - Dispositions générales****Article R2183-1**

Pour les marchés répondant à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code, l'acheteur envoie pour publication, dans un délai maximal de trente jours à compter de la signature du marché, un avis d'attribution dans les conditions suivantes :

1° Pour l'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements l'avis est publié dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne ;

2° Pour les autres acheteurs, l'avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne ;

3° Pour les marchés de services sociaux et autres services spécifiques, l'avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne.

Tableau DAJ, Obligations de publication d'un avis d'attribution applicables aux marchés publics de l'état et de ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial en tant que pouvoirs adjudicateurs

Tableau DAJ, Obligations de publication d'un avis d'attribution applicables aux marchés publics des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements en tant que pouvoirs adjudicateurs

Tableau DAJ, Obligations de publication d'un avis d'attribution applicables aux marchés publics des pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 2 du décret n° 2016-360

CE, 12 juin 2013, n°365954, Delta Process

« Considérant, en second lieu, qu'il résulte également de l'instruction que, contrairement à ce que prétend la société requérante, le marché attaqué a fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence publié au BOAMP et au Journal officiel de l'Union européenne ; que les obligations de publicité préalable requises pour la passation du marché n'ont ainsi pas été méconnues ; que par ailleurs, l'absence de publication de l'avis d'attribution du marché, à laquelle il a été, au demeurant, régulièrement procédé en l'espèce, ne peut en tout état de cause être utilement invoquée pour obtenir du juge du référé contractuel l'annulation du marché ; qu'aucun des autres manquements invoqués par la société requérante n'étant, en tout état de cause, susceptible, sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 551-18, d'entraîner l'annulation du marché, la demande d'annulation du marché passé par l'Institut national de la recherche agronomique avec la société Websourd ne peut qu'être rejetée, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur sa recevabilité ».

Article R2183-2

L'avis d'attribution est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.

Sous-section 2 - Dispositions propres à certains marchés**Article R2183-3**

Pour les marchés subséquents, fondés sur un accord-cadre, l'acheteur est dispensé

d'envoyer un avis d'attribution.

Article R2183-4

Pour les marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique et les marchés de services sociaux et autres services spécifiques, l'acheteur peut regrouper les avis d'attribution sur une base trimestrielle. Dans ce cas, il envoie ces avis groupés pour publication au plus tard trente jours après la fin de chaque trimestre.

Section 2 - Dispositions particulières au contenu des avis d'attribution**Article R2183-5**

Dans les conditions fixées par l'article L. 2132-1, certaines informations sur la passation du marché peuvent ne pas être publiées au cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique en particulier, public ou privé, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

Article R2183-6

Lorsque l'appel à la concurrence a été effectué sous la forme d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif et que l'acheteur a décidé de ne pas attribuer de nouveaux marchés au cours de la période couverte par cet avis, l'avis d'attribution le mentionne expressément.

Article R2183-7

Pour les marchés de services de recherche et développement passés par une entité adjudicatrice, les informations concernant la nature et la quantité des services peuvent être limitées :

1° A la mention « services de recherche et développement » lorsque le marché a été passé sans publicité ni mise en concurrence préalables conformément au 1° de l'article R. 2122-11 ;

2° A des informations au moins aussi détaillées que celles qui figuraient dans l'avis qui a été utilisé comme appel à la concurrence.

Chapitre IV - Conservation des informations**Article L2184-1**

Les acheteurs conservent les documents relatifs à la passation des marchés, dans des conditions prévues par voie réglementaire.

Section 1 - Rapport de présentation de la procédure menée par les pouvoirs adjudicateurs**Article R2184-1**

Le pouvoir adjudicateur établit un rapport de présentation de la procédure de passation des marchés et des systèmes d'acquisition dynamiques répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code.

L'établissement de ce rapport n'est pas exigé pour les marchés subséquents fondés sur un accord-cadre lorsque ceux-ci sont conclus sans remise en concurrence.

Article R2184-2

Le rapport de présentation comporte au moins les éléments suivants :

1° Le nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur, l'objet et la valeur du marché ou du système d'acquisition dynamique ;
 2° Le nom des candidats exclus et les motifs du rejet de leur candidature ;
 3° Le nom des candidats sélectionnés et les motifs de ce choix ;
 4° Le nom des soumissionnaires dont l'offre a été rejetée et les motifs de ce rejet y compris, le cas échéant, les raisons qui ont amené l'acheteur à la juger anormalement basse ;
 5° Le nom du titulaire et les motifs du choix de son offre, ainsi que, si ces informations sont connues, la part du marché que le titulaire a l'intention de sous-traiter à des tiers et le nom des sous-traitants.

Notice explicative de la DAJ, Rapport de présentation d'une consultation

Article R2184-3

Le rapport de présentation comporte en outre, lorsqu'il y a lieu, les éléments suivants :

1° Les motifs du recours à un marché passé sans publicité ni mise en concurrence préalable, à la procédure avec négociation ou au dialogue compétitif ;
 2° Les motifs pour lesquels le pouvoir adjudicateur n'a pas alloué le marché, s'il ne les a pas indiqués dans les documents de la consultation ;
 3° Les raisons pour lesquelles un chiffre d'affaires annuel minimal supérieur au plafond fixé aux articles R. 2142-6 à R. 2142-12 a été exigé, lorsque celles-ci n'ont pas été indiquées dans les documents de la consultation ;
 4° Les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a sollicité l'utilisation de moyens de communication autres que les moyens électroniques pour la transmission des offres ;
 5° La description des mesures appropriées prises par le pouvoir adjudicateur pour s'assurer que la concurrence n'a pas été faussée par des études et échanges préalables avec des opérateurs économiques ou par la participation d'un opérateur économique à la préparation du marché en application des articles R. 2111-1 et R. 2111-2 ;
 6° Les conflits d'intérêts décelés et les mesures prises en conséquence ;
 7° Les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a renoncé à passer un marché ou à mettre en place un système d'acquisition dynamique.

Article R2184-4

Dans la mesure où l'avis d'attribution contient les informations exigées aux articles R. 2184-1 à R. 2184-3, le pouvoir adjudicateur peut renvoyer, dans le rapport de présentation, à cet avis.

Article R2184-5

Lorsque le pouvoir adjudicateur est soumis à un contrôle de ses marchés, il transmet aux autorités chargées de ce contrôle le rapport de présentation en même temps que les documents contractuels.

Article R2184-6

Le rapport de présentation ou ses principaux éléments sont communiqués à la Commission européenne à sa demande.

Section 2 - Informations conservées par les entités adjudicatrices

Article R2184-7

L'entité adjudicatrice conserve la justification des décisions relatives à la qualification, à la sélection des opérateurs économiques et à l'attribution des marchés et des systèmes d'acquisition dynamiques répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code.

Article R2184-8

L'entité adjudicatrice conserve également les informations suivantes :

1° Les motifs de la passation d'un marché sans publicité ni mise en concurrence préalable ;
 2° Les motifs pour lesquels elle n'a pas alloué le marché ;
 3° Les raisons pour lesquelles elle a exigé un chiffre d'affaires annuel minimal supérieur au plafond fixé à l'article R. 2142-7, lorsque celles-ci n'ont pas été indiquées dans les documents de la consultation ;
 4° La description des mesures appropriées qu'elle a prises pour s'assurer que la concurrence n'a pas été faussée par des études et échanges préalables avec des opérateurs économiques ou par la participation d'un opérateur économique à la préparation du marché en application des articles R. 2111-1 et R. 2111-2 ;
 5° Les raisons pour lesquelles elle a sollicité l'utilisation de moyens de communication autres que les moyens électroniques pour la transmission des offres.

Article R2184-9

Dans la mesure où l'avis d'attribution contient les informations exigées aux articles R. 2184-7 et R. 2184-8, l'entité adjudicatrice peut se référer à cet avis.

Article R2184-10

Lorsque l'entité adjudicatrice est soumise à un contrôle de ses marchés, elle transmet aux autorités chargées de ce contrôle les informations, documents ou leurs principaux éléments mentionnés dans la présente section en même temps que les documents contractuels.

Article R2184-11

Les informations, documents ou les principaux éléments mentionnés dans la présente section sont communiqués à la Commission européenne à sa demande.

Section 3 - Durée de conservation

Article R2184-12

L'acheteur conserve les candidatures et les offres ainsi que les documents relatifs à la procédure de passation pendant une période minimale de cinq ans à compter de la date de signature du marché.

Article R2184-13

L'acheteur conserve les pièces constitutives du marché pendant une durée minimale de cinq ans pour les marchés de fournitures ou de services et de dix ans pour les marchés de travaux, de maîtrise d'œuvre ou de contrôle technique à compter de la fin de l'exécution du marché.

Chapitre V - Abandon de la procédure

Article R2185-1

L'acheteur peut, à tout moment, déclarer une procédure sans suite.

CAA Douai, 28 mai 2015, n°13DA01259, SELARL Nord Biologie

« Considérant, en premier lieu, que le département du Nord a lancé le 16 mai 2009 une procédure d'appel d'offres ouvert afin de conclure un marché à bons de commandes pour la réalisation d'analyses biologiques médicales ; que la SELARL Centre de biologie clinique, dans les droits de laquelle se trouve désormais la SELARL Nord Biologie, a présenté une offre pour les lots 1 et 4 relatifs aux zones géographiques de Lille métropole, Roubaix et Tourcoing ; que, par un courrier du 10 juillet 2009, le président du conseil général du Nord l'a avertie que ses offres avaient été retenues,

avant, par un courrier du 10 août 2009, de l'informer que la procédure était déclarée sans suite ; qu'il résulte de l'instruction que **le motif retenu pour fonder cette décision tenait en un vice entachant d'irrégularité la procédure suivie ; que, dès lors, en ne donnant pas suite pour un motif d'intérêt général à la procédure engagée, le département du Nord n'a pas commis de faute** ».

CAA Paris, 4 mai 2010, n°08PA04899, Région Ile de France

« Il ne résulte pas de l'instruction, nonobstant l'argument invoqué pour justifier le renoncement de la collectivité à signer le marché dont s'agit, dont ladite société était attributaire, que ce renoncement ait été justifié par un motif d'intérêt général ; que par suite, la REGION ILE DE FRANCE, qui ne peut, eu égard aux pièces produites en appel par la société Opérationnelle communication, **contester avoir lancé, pour des motifs étrangers à l'intérêt général, une nouvelle consultation le 21 mai 2003 ayant le même objet que le marché litigieux, a commis une faute de nature à engager sa responsabilité vis à vis de la société Opérationnelle communication** ».

CE, 8 avril 1998, n°146002, Préfet de la Sarthe

« Considérant que la commission d'appel d'offres pour la construction d'un centre culturel à La Ferté-Bernard s'est réunie le 25 février 1992 en vue de procéder à l'ouverture des plis contenant les offres présentées en réponse à la consultation du 15 février 1992 ; qu'il ressort du procès-verbal de cette réunion, que la commission d'appel d'offres a, "sous réserve d'analyse", décidé de retenir "les lots n°s 2-5-6-7-8-11-13-14-17-18", mais sans préciser l'identité des entreprises effectivement retenues, ni le montant de leurs offres, et proposé de déclarer l'appel d'offres infructueux pour neuf lots ; que, dans trois rapports établis les 25, 26 mars et 7 avril 1992; le maître d'oeuvre a fait une analyse précise des offres ; qu'il est constant, toutefois, que la commission d'appel d'offres, régulièrement composée, ne s'est pas réunie à nouveau pour examiner ces analyses ; qu'en l'absence de procès-verbal retraçant les choix faits par la commission d'appel d'offres, **le maire ne pouvait donner suite à la procédure** ; que, dès lors, les marchés signés le 31 juillet 1992 par la commune de La Ferté-Bernard en vue de la construction d'un centre culturel ont été passés au terme d'une procédure irrégulière ».

Article R2185-2

Lorsqu'il déclare une procédure sans suite, l'acheteur communique dans les plus brefs délais les motifs de sa décision de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure aux opérateurs économiques y ayant participé.

Rép. min. n° 3068, JOAN 30 oct. 2012

« Seul un motif d'intérêt général permet au pouvoir adjudicateur de justifier sa décision de ne pas donner suite à un appel d'offres mais cette décision doit être motivée. La motivation ne doit pas se limiter à une simple phrase générique invoquant l'intérêt général, mais doit également préciser les circonstances qui ont amené le pouvoir adjudicateur à prendre une telle décision. Les motifs susceptibles d'être invoqués peuvent être très divers. Ils peuvent être aussi bien d'ordre économique, juridique ou technique que résulter d'un choix de gestion de la personne publique. Celle-ci peut ainsi décider d'interrompre la procédure pour une raison budgétaire lorsque, à titre d'exemple, le coût estimé des travaux dépasse le budget pouvant être alloué par la collectivité et conduit le pouvoir adjudicateur à mettre un terme à son projet. Une telle cause suppose néanmoins de démontrer l'existence et l'origine des surcoûts invoqués. Le motif d'intérêt général susceptible de fonder la décision peut également être d'ordre financier et naître du fait que les prestations, objet du marché, peuvent être réalisées pour un montant nettement moins élevé que celui initialement prévu, sur la base de solutions nouvelles. Le choix d'interrompre la procédure pour motif d'intérêt général peut aussi être justifié par l'insuffisance de concurrence, qu'elle ait été provoquée ou non par une entente entre les entreprises et alors même qu'une ou plusieurs offres sont acceptables. Le souci d'éviter les risques tenant aux incertitudes ayant affecté la consultation des entreprises ou de mettre fin à une procédure entachée d'irrégularité constitue un autre motif d'intérêt général. Au titre des irrégularités peuvent ainsi être relevés une contradiction entre le règlement de la consultation et le cahier des charges administratives particulières ou le fait que le document technique contienne des dispositions discriminatoires. La décision peut aussi être motivée par la présence d'erreurs dans les exigences techniques des prestations, rendant impossible le choix de l'offre économiquement la plus

avantageuse. La déclaration sans suite peut enfin trouver son fondement dans la disparition du besoin de la personne publique. Cependant, l'abandon de la procédure ne doit pas être généré par une mauvaise appréhension de ses besoins par le pouvoir adjudicateur ».

Titre IX - EXÉCUTION DU MARCHÉ
Chapitre Ier - EXÉCUTION FINANCIÈRE

Article L2191-1

Sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire, les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux marchés passés par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.

Toutefois, les dispositions de la section 3 du présent chapitre s'appliquent également aux établissements publics de l'Etat ayant un caractère industriel et commercial.

Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables à la Caisse des dépôts et consignations.

Article R2191-1

Les acheteurs mentionnés à l'article R. 2100-1 ne sont pas soumis aux dispositions du présent chapitre, à l'exception de celles des articles R. 2191-20 et R. 2191-21.

Toutefois, Pôle Emploi et, pour leurs achats destinés à la conduite de leurs activités de recherche, les établissements publics de l'Etat à caractère administratif ayant dans leurs statuts une mission de recherche sont soumis aux dispositions des sections 1 à 3 du présent chapitre.

Article R2191-2

Les acheteurs non soumis aux dispositions du présent chapitre peuvent volontairement en faire application.

Section 1 - Avances

Article L2191-2

Les marchés passés par les acheteurs mentionnés à l'article L. 2191-1 donnent lieu à des versements à titre d'avances, dans les conditions prévues par voie réglementaire.

Fiches DAJ

Sous-section 1 - Dispositions générales

Paragraphe 1 - Principe de versement d'une avance

Article L2191-3

Les clauses du marché relatives au taux et aux conditions de versement de l'avance ne peuvent être modifiées en cours d'exécution.

CE, 7 mars 1990, n°67901, société Campenon-Bernard

« Aucune disposition ne fait obstacle à ce qu'un marché comporte une clause de révision des avances forfaitaires dues par l'administration au titulaire du marché »

Article R2191-3

L'acheteur accorde une avance au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché est supérieur à 50 000 euros hors taxes et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois.

Article R2191-4

L'acheteur peut prévoir le versement d'une avance dans les cas où elle n'est pas obligatoire.

CE, 30 décembre 1998, n°151108, Caisse Franco-Néerlandaise de Cautionnement

« Ce cautionnement ou cette caution personnelle et solidaire couvre, à concurrence de leur montant, l'ensemble des dettes contractuelles nées du marché, et, notamment, le remboursement de l'avance forfaitaire accordée au titulaire du marché; que, toutefois, cette garantie ne s'étend pas aux avances facultatives ».

Article R2191-5

Le titulaire du marché peut refuser le versement de l'avance.

Paragraphe 2 - Modalités de calcul du montant de l'avance

Article R2191-6

Lorsqu'une partie du marché est sous-traitée, le montant initial du marché est diminué du montant des prestations confiées au sous-traitant et donnant lieu au paiement direct.

Article R2191-7

Lorsque la durée du marché est inférieure ou égale à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % du montant initial toutes taxes comprises du marché.

Lorsque la durée du marché est supérieure à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % d'une somme égale à douze fois le montant initial toutes taxes comprises du marché divisé par sa durée exprimée en mois.

Lorsque le titulaire du marché public ou son sous-traitant admis au paiement direct est une petite ou moyenne entreprise mentionnée à l'article R. 2151-13, le taux minimal de l'avance est porté à :

1° 20 % pour les marchés publics passés par l'Etat ;

2° 10 % pour les marchés publics passés par les établissements publics administratifs de l'Etat, autres que les établissements publics de santé, dont les dépenses de fonctionnement constatées dans le compte financier au titre de l'avant-dernier exercice clos sont supérieures à 60 millions d'euros ;

3° 10 % pour les marchés publics passés par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, dont les dépenses réelles de fonctionnement constatées dans le compte de gestion du budget principal au titre de l'avant-dernier exercice clos sont supérieures à 60 millions d'euros.

Les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements peuvent conditionner le versement de l'avance à la constitution d'une garantie à première demande. Cette garantie peut porter sur tout ou partie de l'avance. Les deux parties peuvent s'accorder pour substituer à cette garantie une caution personnelle et solidaire. La constitution de cette garantie n'est toutefois pas exigée des personnes publiques titulaires d'un marché.

Article R2191-8

L'acheteur peut porter le montant de l'avance de 30 % du montant calculé conformément aux dispositions de l'article R. 2191-7 à un maximum de 60 % à la condition que le titulaire constitue une garantie à première demande. La constitution de cette garantie n'est toutefois pas exigée des personnes publiques titulaires d'un marché.

CE, 21 mars 2001, n°195508, M. X.

« Le versement d'une avance correspondant au montant total du marché est en contradiction avec le code des marchés publics ».

Article R2191-9

Le montant de l'avance ne peut être affecté par la mise en œuvre d'une clause de variation

de prix.

Article R2191-10

Les clauses du marché précisent les conditions de versement de l'avance ainsi que son taux.

CAA, 8 octobre 2010, n°09PA04101, Ministre du Budget

« Les entrepreneurs de travaux immobiliers qui acquittent la taxe sur la valeur ajoutée et perçoivent, au cours de l'exécution d'un marché, des avances forfaitaires, doivent, dans la mesure où elles constituent le paiement anticipé d'une partie du montant des travaux, soumettre ces avances à la taxe sur la valeur ajoutée au moment de leur encaissement ».

Paragraphe 3 - Modalités de remboursement de l'avance

Article R2191-11

Le remboursement de l'avance s'impute sur les sommes dues au titulaire, selon un rythme et des modalités fixées par les clauses du marché par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes, de règlement partiel définitif ou de solde.

Dans le silence du marché, ce remboursement s'impute sur les sommes dues au titulaire quand le montant des prestations exécutées atteint 65 % du montant toutes taxes comprises du marché.

CAA de Lyon, 13 juillet 1993, 91LY00405, Banque Populaire Bretagne-Atlantique

« L'établissement de crédit ne peut se prévaloir des règles régissant la compensation pour s'opposer à l'imputation sur la somme qui lui est due par l'effet de la cession de la créance correspondant à cet acompte, d'avances forfaitaires consenties antérieurement par le maître d'ouvrage débiteur cédé au titulaire du marché, alors même que le remboursement de ces avances n'est pas exigible au moment où cette cession de créance est notifiée au maître d'ouvrage ».

Article R2191-12

Le remboursement de l'avance doit être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80 % du montant toutes taxes comprises du marché.

Sous-section 2 - Dispositions particulières

Paragraphe 1 - Marchés à tranches

Article R2191-13

Dans le cas d'un marché à tranche optionnelle, une avance est versée au titulaire pour chaque tranche affermie dans les conditions prévues à la sous-section 1.

Article R2191-14

Pour chaque tranche affermie, le remboursement de l'avance doit être terminé, lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80 % du montant toutes taxes comprises de la tranche affermie.

Paragraphe 2 - Marchés reconductibles

Article R2191-15

Dans le cas d'un marché reconductible, une avance est versée au titulaire pour chaque reconduction dans les conditions prévues à la sous-section 1.

Paragraphe 3 - Accords-cadres à bons de commande

Article R2191-16

Lorsque l'accord-cadre exécuté par l'émission de bons de commande ne prévoit pas de montant minimum, l'avance est accordée pour chaque bon de commande remplissant les conditions prévues à la sous-section 1.

Article R2191-17

Lorsque l'accord-cadre exécuté par l'émission de bons de commande prévoit un montant minimum supérieur à 50 000 euros hors taxes, l'avance est accordée en une seule fois sur la base de ce montant minimum.

Article R2191-18

Lorsque l'accord-cadre exécuté par l'émission de bons de commande prévoit un montant minimum supérieur à 50 000 euros hors taxes et est conclu par un groupement de commande, l'avance peut être accordée dans les conditions fixées à l'article R. 2191-16 dès lors que chaque membre du groupement procède au paiement des prestations qu'il a commandées.

Article R2191-19

Le remboursement de l'avance doit être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80 % du montant toutes taxes comprises des prestations qui lui sont confiées au titre :

1° Du bon de commande dans le cas d'un accord-cadre à bons de commande ne comportant pas de minimum fixé en valeur ;

2° Du montant minimum dans le cas d'un accord-cadre à bons de commandes comportant un montant minimum fixé en valeur.

Section 2 - Acomptes

Article L2191-4

Les marchés passés par les acheteurs mentionnés à l'article L. 2191-1 donnent lieu à des versements à titre d'acomptes dans les conditions prévues par voie réglementaire, dès lors que les prestations ont commencé à être exécutées.

Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte.

CE, 13 juin 2003, n°238099, Commune de Dampleux

« Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit à des acomptes ».

CE, 17 novembre 1982, n°09266, Commune de Font-Romeu

« Ces entreprises qui [...] ont commencé à exécuter les travaux avant l'approbation du marché ont été privées des avances et acomptes prévus par ce marché, lesquels ne pouvaient, alors même qu'elles auraient produit préalablement leurs situations de travaux, leur être versés qu'après l'approbation dudit marché ».

Article R2191-20

Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution ouvrent droit à des acomptes.

Les acomptes n'ont pas le caractère de paiements définitifs.

CAA Nancy, 23 avril 2012, n°11NC01278, Société SAS Amocle.

« La circonstance que le CHU ait fait droit à la demande de la société AMOCLE de versements d'acomptes mensuels ne fait donc pas obstacle à ce que le CHU demande, lors du décompte des

travaux faisant suite à la résiliation du marché, le remboursement d'un trop perçu à raison de prestations non exécutées ».

Article R2191-21

Le montant des acomptes correspond à la valeur des prestations auxquelles ils se rapportent. Le cas échéant, il est diminué de la fraction correspondante de la retenue de garantie mentionnée à l'article R. 2191-32.

CE, 15 avril 1988, n°52618, Société entreprise Hypotra

« L'office, en ne procédant pas au règlement des acomptes dus au titre des situations de travaux établies en novembre et décembre 1975 a méconnu ses obligations contractuelles, cette faute du maître de l'ouvrage n'autorisait pas l'entreprise qui ne se trouvait pas, eu égard au faible montant des acomptes non réglés, dans l'impossibilité de poursuivre les travaux, à interrompre ceux-ci ».

Article R2191-22

La périodicité du versement des acomptes est fixée au maximum à trois mois. Lorsque le titulaire du marché est une petite ou moyenne entreprise ou un artisan au sens de l'article R. 2151-13, une société coopérative de production, un groupement de producteurs agricoles, une société coopérative d'artisans, une société coopérative d'artistes ou une entreprise adaptée, ce délai est ramené à un mois pour les marchés de travaux, et, sur demande du titulaire du marché, pour les marchés de fournitures et de services.

Section 3 - Régime des paiements

Article L2191-5

Tout paiement différé est interdit dans les marchés passés par l'Etat, ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.

Tout paiement différé est interdit

CE, 8 février 1999, n°150931, Préfet des Bouches du Rhone

« La rémunération du groupement cocontractant s'effectuera par le versement d'annuités pendant les seize années de la durée du contrat ; que les travaux seront réalisés sur une durée de 3 mois à 4 ans à compter de la date de la notification du marché et leur paiement étalé sur 5 à 16 ans ; que ces paiements constituent des "paiements différés ».

Article L2191-6

En cas de marché global ayant pour objet la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut contribuer au paiement de la construction.

Sous-section 1 - Dispositions générales

Article R2191-23

Les prestations 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, sont constatées par un écrit établi par l'acheteur ou vérifié et accepté par lui.

Article R2191-24

Dans le cas des marchés passés en lots séparés, le titulaire de plusieurs lots présente des factures distinctes pour chaque lot ou une facture globale identifiant distinctement les différents lots.

Article R2191-25

Dans le cas où le marché prévoit l'échelonnement de son exécution et des versements auxquels il donne lieu, aucune créance ne peut devenir exigible, aucun intérêt moratoire ne peut commencer à courir avant les dates prévues.

Sous-section 2 - Règlement partiel définitif

Article R2191-26

Un règlement partiel définitif est un règlement non susceptible d'être remis en cause par les parties après son paiement, notamment lors de l'établissement du solde. A l'exception des marchés de travaux, l'acheteur peut prévoir des règlements partiels définitifs.

Sous-section 3 - Mise en œuvre de la clause de variation de prix

Article R2191-27

Lorsque le marché comporte une clause de variation de prix, la valeur finale des références utilisées pour l'application de cette clause est appréciée au plus tard à la date de réalisation des prestations telle que prévue par le marché, ou à la date de leur réalisation réelle si celle-ci est antérieure.

Article R2191-28

Le paiement calculé sur la base des valeurs finales de référence utilisées pour l'application de la clause de variation de prix intervient au plus tard trois mois après la date à laquelle sont publiées ces valeurs. Lorsque la valeur finale des références n'est pas connue à la date où doit intervenir un acompte ou un paiement partiel définitif, l'acheteur procède à un règlement provisoire sur la base des dernières références connues.

Article R2191-29

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.

Sous-section 4 - Règles applicables en cas de résiliation du marché

Article R2191-30

En cas de résiliation totale ou partielle du marché, les parties peuvent s'accorder, sans attendre la liquidation définitive du solde, sur un montant de dettes et de créances, hors indemnisation éventuelle, acceptées par elles, à titre provisionnel. Si le solde est créditeur au profit du titulaire, l'acheteur lui verse 80 % de ce montant. S'il est créditeur au profit de l'acheteur, le titulaire lui reverse 80 % de ce montant. Un délai peut être accordé au titulaire pour s'acquitter de sa dette. Dans cette hypothèse, le titulaire doit fournir la garantie prévue à l'article R. 2191-44.

Article R2191-31

En cas de résiliation du marché ouvrant droit à indemnisation, si les parties ne parviennent pas, dans un délai de six mois à compter de la date de la résiliation, à un accord sur le montant de l'indemnité, le titulaire perçoit, à sa demande, le montant que l'acheteur a proposé.

Section 4 - Garanties

Article L2191-7

Les marchés peuvent prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie, une garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par décret en Conseil d'Etat.

Sous-section 1 - Retenue de garantie**Article R2191-32**

La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves formulées à la réception des prestations du marché et, le cas échéant, celles formulées pendant le délai de garantie lorsque les malfaçons n'étaient pas apparentes ou que leurs conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception.

Article R2191-33

Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial du marché augmenté, le cas échéant, du montant des modifications en cours d'exécution. Pour les marchés publics conclus par l'Etat et une petite et moyenne entreprise mentionnée à l'article R. 2151-13, ce taux est de 3 %.

Article R2191-34

La retenue de garantie est prélevée par fractions sur les acomptes, les règlements partiels définitifs et le solde. Dans l'hypothèse où le montant des sommes dues au titulaire ne permettrait pas de procéder au prélèvement de la retenue de garantie, celui-ci est tenu de constituer une garantie à première demande selon les modalités prévues à la sous-section 2 de la présente section. Le deuxième alinéa n'est pas applicable aux personnes publiques titulaires d'un marché.

Article R2191-35

Lorsque le marché prévoit une retenue de garantie, celle-ci est remboursée dans un délai de trente jours à compter de la date d'expiration du délai de garantie. Toutefois, si des réserves ont été notifiées au créancier pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, la retenue de garantie est remboursée dans un délai de trente jours après la date de leur levée.

CAA de Bordeaux, 3e chambre, du 16 mai 1994, n°92BX00621, Société Polymark France

« En l'absence de réception des travaux la retenue de garantie doit être restituée à la date à laquelle le cocontractant du maître de l'ouvrage doit être regardé comme ayant pour l'essentiel satisfait à ses obligations contractuelles ».

Sous-section 2 - Garantie à première demande et caution personnelle et solidaire**Article R2191-36**

Le titulaire du marché a la possibilité, pendant toute la durée du marché, de substituer à la retenue de garantie une garantie à première demande ou, si l'acheteur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire. L'objet de cette garantie de substitution est identique à celui de la retenue de garantie qu'elle remplace.

CE, 10 mai 1996, n°159980, Fédération nationale des travaux publics

« Les obligations que la garantie à première demande impose au garant peuvent légalement être différentes de celles qui incombent au titulaire du marché du fait de la retenue de garantie ».

Article R2191-37

La garantie de substitution est établie selon un modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.

Article R2191-38

La garantie de substitution est constituée pour le montant total du marché y compris les modifications en cours d'exécution. Le montant de la garantie de substitution ne peut être supérieur à celui de la retenue de garantie qu'elle remplace.

Article R2191-39

Lorsque le titulaire du marché est un groupement solidaire, la garantie de substitution est fournie par le mandataire pour le montant total du marché. Lorsque le titulaire du marché est un groupement conjoint, chaque membre du groupement fournit une garantie de substitution correspondant aux prestations qui lui sont confiées. Si le mandataire du groupement conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement, la garantie de substitution peut être fournie par le mandataire pour le montant total du marché.

Article R2191-40

Dans l'hypothèse où la garantie de substitution ne serait pas constituée ou complétée au plus tard à la date à laquelle le titulaire remet la demande de paiement correspondant au premier acompte, la fraction de la retenue de garantie correspondant à l'acompte est prélevée par l'acheteur. Lorsque la garantie de substitution a été constituée après la date fixée au premier alinéa, les montants déjà prélevés au titre de la retenue de garantie sont reversés au titulaire.

Article R2191-41

L'organisme apportant sa garantie est choisi parmi les tiers agréés par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Lorsque cet organisme est étranger, il est choisi parmi les tiers agréés dans son pays d'origine. L'acheteur peut récuser l'organisme qui doit apporter sa garantie.

Article R2191-42

Les établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande sont libérés un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie. Toutefois, si des réserves ont été notifiées pendant le délai de garantie au titulaire du marché et aux établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, les établissements sont libérés de leurs engagements un mois au plus tard après la date de leur levée.

Sous-section 3 - Autres garanties**Article R2191-43**

Le marché peut prévoir d'autres garanties que celle prévues à la sous-section 1 pour l'exécution d'un engagement particulier.

Article R2191-44

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 R. 2191-30 pour reverser à l'acheteur 80 % du montant de l'éventuel solde créditeur apparu au profit de celui-ci, le

titulaire fournit une garantie à première demande ou, si l'acheteur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire.

Section 5 - Cession ou nantissement des créances

Article L2191-8

Le titulaire d'un marché peut céder la créance qu'il détient sur l'acheteur à un établissement de crédit ou à un autre cessionnaire.

Le titulaire d'un marché peut nantir la créance qu'il détient sur l'acheteur auprès d'un établissement de crédit ou d'un autre créancier.

Article R2191-45

Le montant maximum de la créance que le titulaire peut céder ou donner en nantissement correspond au montant du marché diminué du montant des prestations sous-traitées et donnant lieu à paiement direct.

Sous-section 1 - Exemplaire unique et certificat de cessibilité

Paragraphe 1 - Modalités de remise de l'exemplaire unique et du certificat de cessibilité

Article R2191-46

Lorsque le titulaire du marché souhaite céder ou nantir sa créance, il en informe l'acheteur qui lui communique :

- 1° Soit une copie de l'original du marché revêtue d'une mention signée par l'acheteur indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemplaire en vue de permettre au titulaire de céder ou de nantir la créance résultant du marché ;
- 2° Soit un certificat de cessibilité conforme à un modèle et dématérialisé selon des modalités définies par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.

Article R2191-47

Pour tout marché prévoyant plusieurs comptables assignataires, l'acheteur fournit autant d'exemplaires uniques ou de certificats de cessibilité que de comptables, en précisant dans une mention apposée sur chacun de ces documents le comptable auquel il doit être remis. Chaque document ne mentionne que la part de la créance totale que le comptable auquel il est transmis est appelé à mettre en paiement.

Paragraphe 2 - Contenu et modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité

Article R2191-48

Le titulaire du marché peut demander que le contenu de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité soit limité aux indications nécessaires à la cession ou au nantissement de la créance.

CE, 15 février 2008, n°277295, FORTIS BANQUE FRANCE

« Le paiement d'une créance correspondant à des travaux entrant dans le champ de l'article 321 est néanmoins soumis, en cas de cession de la créance, à l'établissement de la réalité de la prestation, par la production de l'exemplaire unique du marché ».

Article R2191-49

Lorsque le secret exigé en matière de défense fait obstacle à la remise de la copie du marché au bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de créance, l'acheteur délivre au titulaire un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité ne contenant que les

indications compatibles avec ce secret.

Article R2191-50

S'il est procédé à une modification dans la désignation du comptable ou dans les conditions de règlement du marché, l'acheteur annote l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité d'une mention constatant la modification.

Paragraphe 3 - Dispositions propres aux accords-cadres à bons de commande et aux marchés à tranches optionnelles

Article R2191-51

Dans le cas d'un accord-cadre à bons de commande ou d'un marché à tranches optionnelles, il est délivré, sur demande du titulaire, soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité du marché, soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité de chaque bon de commande ou de chaque tranche.

Paragraphe 4 - Dispositions propres aux groupements d'opérateurs économiques

Article R2191-52

Dans le cas d'un marché attribué à un groupement conjoint d'opérateurs économiques, il est délivré à chaque opérateur économique un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité limité au montant des prestations qui lui sont confiées.

Article R2191-53

Dans le cas d'un marché attribué à un groupement solidaire d'opérateurs économiques, il est délivré un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité au nom du groupement, dès lors que les prestations réalisées par les entreprises ne sont pas individualisées. Si les prestations sont individualisées, les dispositions de l'article R. 2191-52 s'appliquent.

Sous-section 2 - Notification au comptable assignataire et encaissement de la créance

Paragraphe 1 - Notification au comptable assignataire

Article R2191-54

Le bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de créance au titre d'un marché notifie ou signifie cette cession ou ce nantissement au comptable public assignataire.

Article R2191-55

En cas de cession ou de nantissement effectué conformément aux dispositions des 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 prévues à l'article R. 313-17 dudit code.

Paragraphe 2 - Encaissement de la créance

Article R2191-56

A compter de la notification ou signification au comptable prévue au paragraphe 1, le bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créance encaisse seul le montant de la créance ou de la part de la créance qui lui a été cédée ou donnée en nantissement.

CAA de Paris, 31 janvier 2006, n°02PA00563, Caisse Régionale de crédit agricole mutuel de Paris et d'Île-de-France

« le débiteur cédé ne se libère valablement auprès de l'organisme de crédit bénéficiaire d'une cession de créance qu'à compter de la notification de ladite cession de créance au comptable public assignataire du marché et que, tant que cette notification n'a pas eu lieu, le comptable public ne se libère valablement auprès du titulaire du marché qui demeure titulaire de la créance ; qu'en conséquence, l'établissement de crédit, titulaire d'une créance cédée, doit, pour préserver ses droits, la notifier au comptable dans les meilleurs délais ; qu'en négligeant pendant cinq mois de notifier au comptable la cession de créance dont elle bénéficiait, la Caisse Régionale de Crédit Agricole Mutuel de Paris et d'Île-De-France a commis une imprudence ».

Article R2191-57

Quand la cession ou le nantissement de la créance a été constitué au profit de plusieurs bénéficiaires, chacun d'eux encaisse seul la part de la créance qui lui a été affectée.

Article R2191-58

L'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité est remis par l'organisme bénéficiaire de la cession ou du nantissement au comptable assignataire en tant que pièce justificative pour le paiement.

Sous-section 3 - Information des bénéficiaires

Article R2191-59

Les bénéficiaires de nantissements ou de cessions de créances ne peuvent intervenir en aucune manière dans l'exécution du marché.
Ils ne peuvent exiger de l'acheteur ou du comptable assignataire que les renseignements mentionnés à la présente sous-section.

Paragraphe 1 - Renseignements communiqués par l'acheteur

Article R2191-60

L'acheteur communique, au cours de l'exécution du marché, aux bénéficiaires du nantissement ou de la cession de créances, lorsqu'ils en font la demande :
1° Soit un état sommaire des prestations effectuées, accompagné d'une évaluation qui n'engage pas l'acheteur ;
2° Soit le décompte des droits constatés au profit du titulaire du marché.
Il leur communique également, à leur demande, un état des avances et des acomptes mis en paiement.

CAA de Bordeaux, du 27 décembre 1995, n°94BX01134, Banque Dupuy de Parseval

« La délivrance, dans les conditions prévues par cet article, de décomptes des droits constatés entachés d'inexactitude est de nature, le cas échéant, à engager la responsabilité pécuniaire de l'administration envers la banque cessionnaire de la créance ».

Article R2191-61

Lorsqu'ils en font la demande par lettre recommandée avec avis de réception postal, en justifiant de leur qualité, l'acheteur avise les bénéficiaires de nantissements ou de cessions de créances, en même temps que le titulaire du marché, de toutes les modifications apportées au contrat qui ont un effet sur le nantissement ou la cession.

Paragraphe 2 - Renseignements communiqués par le comptable

Article R2191-62

Le comptable communique aux bénéficiaires du nantissement ou de la cession de créances, lorsqu'ils en font la demande, un état détaillé des oppositions au paiement de la

créance détenue par le titulaire du marché qu'il a reçues.

Sous-section 4 - Privilège résultant de l'article L. 3253-22 du code du travail

Article R2191-63

Les seuls fournisseurs susceptibles de bénéficier du privilège résultant de l'article L. 3253-22 du code du travail sont ceux qui ont été agréés par l'acheteur.
Ce privilège ne porte que sur les fournitures livrées postérieurement à la date à laquelle la demande d'agrément est parvenue à l'autorité compétente.

Chapitre II - Modalités de facturation et de paiement

Section 1 - Facturation électronique

Sous-section 1 - Transmission et réception des factures sous forme électronique

Article L2192-1

Les titulaires de marchés conclus avec l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics, ainsi que leurs sous-traitants admis au paiement direct, transmettent leurs factures sous forme électronique.

Article L2192-2

L'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics acceptent les factures transmises sous forme électronique par les titulaires de marchés mentionnés à l'article L. 2192-1 et leurs sous-traitants admis au paiement direct.

Article L2192-3

Sans préjudice de l'article L. 2192-2, les acheteurs acceptent les factures conformes à la norme de facturation électronique définie par voie réglementaire et transmises sous forme électronique par les titulaires de marchés et leurs sous-traitants admis au paiement direct.

Article L2192-4

Les modalités d'application de la présente sous-section, notamment les mentions obligatoires que doivent contenir les factures électroniques, sont définies par voie réglementaire.

Paragraphe 1- Norme de facturation électronique

Article D2192-1

La norme de facturation électronique mentionnée à l'article L. 2192-3 est celle fixée par la décision (UE) 2017/1870 de la Commission européenne du 16 octobre 2017 concernant la publication de la référence de la norme européenne sur la facturation électronique et de la liste des syntaxes en vertu de la directive 2014/55/ UE du Parlement européen et du Conseil.

Paragraphe 2 - Mentions obligatoires des factures sous forme électronique

Article D 2192-2

Sans préjudice des mentions obligatoires fixées par les dispositions législatives ou réglementaires, les factures mentionnées aux articles L. 2192-1 à L. 2192-3 comportent les mentions suivantes :

- 1° La date d'émission de la facture ;
- 2° La désignation de l'émetteur et du destinataire de la facture ;
- 3° Le numéro unique basé sur une séquence chronologique et continue établie par l'émetteur de la facture, la numérotation pouvant être établie dans ces conditions sur une ou plusieurs séries ;
- 4° En cas de contrat exécuté au moyen de bons de commande, le numéro du bon de commande ou, dans les autres cas, les références du contrat ou le numéro de l'engagement attribué par le système d'information financière et comptable du destinataire de la facture ;
- 5° La désignation du payeur, avec l'indication, pour les personnes publiques, du code d'identification du service chargé du paiement ;
- 6° La date de livraison des fournitures ou d'exécution des services ou des travaux ;
- 7° La quantité et la dénomination précise des produits livrés, des prestations et travaux réalisés ;

8° Le prix unitaire hors taxes des produits livrés, des prestations et travaux réalisés ou, lorsqu'il y a lieu, leur prix forfaitaire

9° Le montant total de la facture, le montant total hors taxes et le montant de la taxe à payer, ainsi que la répartition de ces montants par taux de taxe sur la valeur ajoutée, ou, le cas échéant, le bénéfice d'une exonération

10° L'identification, le cas échéant, du représentant fiscal de l'émetteur de la facture ;

11° Le cas échéant, les modalités de règlement ;

12° Le cas échéant, les renseignements relatifs aux déductions ou versements complémentaires.

Les factures comportent en outre les numéros d'identité de l'émetteur et du destinataire de la facture, attribués à chaque établissement concerné ou, à défaut, à chaque personne en application de l'article R. 123-221 du code de commerce.

Pour les émetteurs ne disposant pas du numéro d'identité mentionné à l'alinéa précédent, un arrêté du ministre chargé du budget, annexé au présent code, fixe l'identifiant qui doit être porté sur les factures.

Sous-section 2 - Portail public de facturation

Article L2192-5

Une solution mutualisée, mise à disposition par l'Etat et dénommée " portail public de facturation ", permet le dépôt, la réception et la transmission des factures sous forme électronique.

Pour la mise en œuvre des obligations fixées à la sous-section 1 de la présente section, utilisent le portail public de facturation :

1° L'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics ;

2° Les titulaires de marchés conclus avec un acheteur mentionné au 1° ainsi que leurs sous-traitants admis au paiement direct.

Article L2192-6

Ne sont pas soumises à la présente sous-section les factures émises en exécution des marchés passés par :

1° L'Etat et ses établissements publics en cas d'impératif de défense ou de sécurité nationale ;

2° La Caisse des dépôts et consignations

3° L'établissement public mentionné à l'article L. 2142-1 du code des transports ;

4° La SNCF, SNCF Réseau et SNCF Voyageurs.

Article L2192-7

Les modalités d'application de la présente sous-section sont précisées par voie réglementaire.

Article R2192-3

Un arrêté du ministre chargé du budget, annexé au présent code, définit les modalités techniques selon lesquelles le dépôt, la transmission et la réception des factures sont effectués sur le portail public de facturation en application de l'article L. 2192-5. Ces modalités garantissent la réception immédiate et intégrale des factures et assure la fiabilité de l'identification de l'émetteur, l'intégrité des données, la sécurité, la confidentialité et la traçabilité des échanges.

L'utilisation du portail public de facturation est exclusive de tout autre mode de transmission. Lorsqu'une facture lui est transmise en dehors de ce portail, la personne publique destinataire ne peut la rejeter qu'après avoir informé l'émetteur par tout moyen de l'obligation mentionnée à l'article L. 2192-1 et l'avoir invité à s'y conformer en utilisant ce portail ».

Section 2 - Délais de paiement

Sous-section 1 - Fixation du délai de paiement

Article L2192-10

Les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entités adjudicatrices, paient les sommes dues en principal en exécution d'un marché dans un délai prévu par le marché ou, à défaut, dans un délai fixé par voie réglementaire et qui peut être différent selon les catégories de pouvoirs adjudicateurs.

Lorsqu'un délai de paiement est prévu par le marché, celui-ci ne peut excéder le délai prévu par voie réglementaire.

Article R2192-10

Le délai de paiement prévu à l'article L. 2192-10 est fixé à trente jours pour les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice.

Article L2192-11

Les entités adjudicatrices mentionnées aux 2° et 3° de l'article L. 1212-1 paient les sommes dues en principal en exécution d'un marché dans les conditions prévues à l'article L. 441-6 du code de commerce.

Article R2192-11

Par dérogation à l'article R. 2192-10, le délai de paiement est fixé à :

1° Cinquante jours pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées ;

2° Soixante jours pour les entreprises publiques au sens du II de l'article 1er de l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, à l'exception de celles ayant la nature d'établissements publics locaux.

Fiche technique DAJ – Les délais de paiement dans les contrats de la commande publique, p. 3

« Les délais de paiement par catégorie de pouvoirs adjudicateurs

L'existence d'une relation de quasi-régie entre un pouvoir adjudicateur et un organisme, par exemple un groupement d'intérêt public, fait obstacle à la qualification d'entreprise publique de ce dernier. En effet, il ne peut être regardé comme un opérateur économique agissant de sa propre initiative et sur un marché concurrentiel. L'organisme est donc soumis au délai de 30 jours ».

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

« Si plusieurs collectivités publiques décident d'accomplir en commun certaines tâches et de créer à cette fin, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables, un organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, elles peuvent librement faire appel à celui-ci, sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs dans le cadre de la passation d'un marché public, dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité et qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, un tel organisme ne pouvant en effet être regardé, alors, comme un opérateur sur un marché concurrentiel. Cet organisme peut notamment prendre la forme d'un groupement d'intérêt public créé en application des dispositions de l'article L. 6134-1 du code de la santé publique en vue d'assurer certaines prestations répondant aux besoins de ses membres ».

Sous-section 2 - Intérêts moratoires, indemnités forfaitaire et complémentaire pour frais de recouvrement

Paragraphe 1 - Dispositions générales

Article L2192-12

Le retard de paiement est constitué lorsque les sommes dues au créancier, qui a rempli ses obligations légales et contractuelles, ne sont pas versées par le pouvoir adjudicateur à l'échéance prévue au marché ou à l'expiration du délai de paiement.

Article R2192-12

Sous réserve des dispositions prévues aux articles R. 2192-13, R. 2192-17 et R. 2192-18, le délai de paiement court à compter de la date de réception de la demande de paiement par le pouvoir adjudicateur ou, si le marché le prévoit, par le maître d'œuvre ou toute autre personne habilitée à cet effet.

Intérêts moratoires

CE, 23 juillet 1974, n° 85465, Ministère de l'Éducation Nationale

« Cons. que l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché de travaux publics est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde arrête lors de l'établissement du décompte définitif détermine les droits et obligations définitifs des parties ; que les dispositions ci-dessus rappelées du décret du 11 mai 1953 visent le paiement du solde au même titre que celui des avances ou des acomptes et que, par suite, l'article 25 de ce décret s'applique à l'ensemble des créances de l'entrepreneur qui trouvent leur origine dans les stipulations du contrat ou dans une faute commise par l'administration dans l'exécution de ses engagements ».

Article L2192-13

Dès le lendemain de l'expiration du délai de paiement ou de l'échéance prévue par le marché, le retard de paiement fait courir, **de plein droit et sans autre formalité**, des intérêts moratoires dont le taux est fixé par voie réglementaire.

Il ouvre droit, dans les conditions prévues à la présente sous-section, à des intérêts moratoires, à une indemnité forfaitaire et, le cas échéant, à une indemnisation complémentaire versés au créancier par le pouvoir adjudicateur.

Le retard de paiement donne lieu, de plein droit et sans autre formalité, au versement d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement, dont le montant est fixé par voie réglementaire.

Lorsque les frais de recouvrement exposés sont supérieurs au montant de l'indemnité forfaitaire prévue à l'alinéa précédent, le créancier peut demander une indemnisation complémentaire, sur justification.

Article R2192-13

Lorsque la date de réception de la demande de paiement est incertaine ou antérieure à la date d'exécution des prestations, le délai de paiement court à compter de la date d'exécution des prestations.

De plein droit et sans autre formalité

CE, 13 avril 2018, n° 402691, Société Eiffage Construction Alsace

« Considérant, d'une part, qu'il résulte du I l'article 1er du décret du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics alors applicable, que, " pour les marchés de travaux, le point de départ du délai global de paiement du solde est la date de réception du décompte général et définitif par le maître d'ouvrage " ; que pour l'application de ces dispositions, reprises à l'article 2 du décret du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique, lorsqu'un décompte général fait l'objet d'une réclamation par le cocontractant, le délai de paiement du solde doit être regardé comme ne commençant à courir qu'à compter de la réception de cette réclamation par le maître d'ouvrage ».

CE, 29 mai 1991, n° 92551, Etablissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint Quentin en Yvelines

« Les intérêts moratoires prévus aux alinéas 1 à 3 ci-dessus sont calculés sur le montant des droits à acomptes ou à paiement pour solde à un taux supérieur de 1 % au taux d'escompte de la Banque de France." ; qu'il résulte de ces dispositions que les intérêts moratoires auxquels ne s'applique pas la

règle de la réclamation préalable au maître de l'ouvrage prévue par l'article 51 du même cahier des clauses administratives générales, sont dus à la société B.A.C.C.I. sur les sommes auxquelles elle a droit au titre des marchés litigieux nonobstant le fait qu'elle n'en a pas fait la demande préalable à l'établissement public ».

Article L2192-14

Toute renonciation au paiement des intérêts moratoires est réputée non écrite.

CE, 17 octobre 2003, n°249822, Ministre de l'Intérieur contre Syndicat intercommunal d'assainissement le Beausset

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la transaction autorisée par la délibération du 3 février 1997 du comité syndical du syndicat intercommunal d'assainissement le Beausset, la Cadière, le Castellet avait pour seul objet la renonciation des sociétés OTV-Méditerranée et SOGEA à une partie des intérêts moratoires qui leur étaient dus par le syndicat en vertu des dispositions de l'article 178 du code des marchés publics ; qu'ainsi qu'il a été dit, les dispositions d'ordre public de l'article 67 de la loi du 8 août 1994 font obstacle à une telle renonciation ».

Article R2192-14

La date de réception de la demande de paiement et la date d'exécution des prestations sont constatées par les services du pouvoir adjudicateur ou, le cas échéant, par le maître d'œuvre ou la personne habilitée à cet effet.

A défaut, la date de la demande de paiement augmentée de deux jours fait foi. En cas de litige, il appartient au créancier d'apporter la preuve de cette date.

La date de réception de la demande de paiement ne peut faire l'objet d'un accord contractuel entre le pouvoir adjudicateur et son créancier.

CAA Lyon, 28 février 2013, n°12LY00477, Sté Henri Germain

« Considérant que le marché en cause a été passé selon une procédure formalisée ; qu'il ne résulte pas de l'instruction, et qu'il n'est d'ailleurs pas allégué, que le taux des intérêts moratoires ait été indiqué dans les documents du marché ; qu'il y lieu de faire application du taux d'intérêt de la principale facilité de refinancement appliquée par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement principal la plus récente, effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points ».

Article R2192-15

Lorsque la demande de paiement est transmise par voie électronique en application de l'article 1er de l'ordonnance n° 2014-697 du 26 juin 2014 relative au développement de la facturation électronique, la date de réception de la demande de paiement par le pouvoir adjudicateur correspond :

1° Lorsque les factures sont transmises par échange de données informatisé, à la date à laquelle le système d'information budgétaire et comptable de l'Etat horodate l'arrivée de la facture et, pour les autres pouvoirs adjudicateurs, à la date de notification du message électronique l'informant de la mise à disposition de la facture sur la solution mutualisée, définie à l'article 2 de la même ordonnance ;

2° Lorsque les factures sont transmises par le mode portail ou service, à la date de notification au pouvoir adjudicateur du message électronique l'informant de la mise à disposition de la facture sur cette solution mutualisée.

Paragraphe 2 - Dispositions propres à certains marchés

Article R2192-16

Pour le paiement du solde des marchés de travaux conclus par l'Etat, ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, le délai de paiement court à compter de la date de réception par le maître de l'ouvrage du décompte général et définitif établi dans les conditions fixées par le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux.

Article R2192-17

Lorsque le marché prévoit une procédure de vérification de la conformité des prestations, il peut prévoir que le délai de paiement court à compter de la date à laquelle cette conformité est constatée, si cette date est postérieure à la date de réception de la demande de paiement.

La durée de la procédure de vérification ne peut excéder trente jours. Toutefois, une durée plus longue peut être prévue par le marché, à condition que cela ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier, notamment au regard de l'usage ou des bonnes pratiques. A défaut de décision expresse dans ce délai, les prestations sont réputées conformes.

Paragraphe 3 - Dispositions propres à l'intervention d'un tiers habilité à recevoir les demandes de paiement

Article R2192-18

Si le pouvoir adjudicateur recourt à un maître d'œuvre ou à tout autre prestataire dont l'intervention conditionne le paiement des sommes dues, l'intervention du maître d'œuvre ou du prestataire ne modifie pas le délai de paiement qui s'impose au pouvoir adjudicateur.

Article R2192-19

Le marché conclu par l'Etat, ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales ou leurs établissements publics, avec le maître d'œuvre ou tout autre prestataire indique le délai dans lequel celui-ci doit effectuer ses interventions. Lorsque celles-ci interviennent après la date à laquelle le délai de paiement a commencé à courir, ce délai d'intervention ne peut excéder quinze jours.

Article R2192-20

Le maître d'œuvre ou le prestataire habilité à recevoir les demandes de paiement est tenu de faire figurer dans l'état qu'il transmet au pouvoir adjudicateur en vue du paiement la date de réception ou de remise de la demande de paiement du créancier.

Article R2192-21

Le marché comporte des stipulations sur les pénalités encourues du fait de l'inobservation du délai mentionné à l'article R. 2192-19 ou de l'obligation prévue à l'article R. 2192-20 ainsi que sur leurs modalités de calcul. Il prévoit également la faculté pour le pouvoir adjudicateur d'effectuer ou de faire effectuer, après mise en demeure, les prestations aux frais du défaillant.

Paragraphe 4 - Dispositions propres aux sous-traitants bénéficiant du paiement direct

Article R2192-22

Le délai de paiement du sous-traitant bénéficiant du paiement direct en application de l'article L. 2193-10 est identique à celui applicable au titulaire.

Ce délai court à compter de la date à laquelle le pouvoir adjudicateur a connaissance de l'acceptation expresse ou implicite par le titulaire des pièces justificatives servant de base

au paiement direct.

Article R2192-23

Pour les marchés conclus par l'Etat, ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, le délai de paiement du sous-traitant court à compter de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'accord, total ou partiel, du titulaire d'un marché sur le paiement demandé. A défaut de notification d'un accord ou d'un refus par le titulaire dans le délai mentionné à l'article R. 2193-12, le délai de paiement court à compter soit de l'expiration de ce délai, soit de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'avis postal mentionné à l'article R. 2193-14.

Paragraphe 5 - Dispositions propres aux avances, aux garanties et aux indemnités de résiliation

Article R2192-24

En cas de versement d'une avance en application de l'article R. 2191-3, le délai de paiement de celle-ci court à compter :

1° Soit de la date de notification du marché ;

2° Soit lorsque le marché le prévoit, de la date de notification de l'acte qui emporte commencement d'exécution des prestations correspondant à l'avance.

Dans les autres cas, le délai de paiement court à compter de la date à laquelle les conditions prévues par le marché pour le versement de l'avance sont remplies ou, dans le silence du marché, à compter de sa date de notification.

Article R2192-25

Lorsque la constitution d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire est exigée, le délai de paiement de l'avance ne peut courir avant la réception de cette garantie ou de cette caution.

Article R2192-26

En cas de versement d'une indemnité de résiliation, le délai de paiement de cette indemnité court à compter de la date à laquelle le montant de l'indemnité est arrêté, une fois la décision de résiliation notifiée.

Sous-section 3 - Interruption du délai de paiement

Article R2192-27

Lorsque la demande de paiement ne comporte pas l'ensemble des pièces et des mentions prévues par la loi ou par le marché ou que celles-ci sont erronées ou incohérentes, le délai de paiement peut être interrompu une seule fois par le pouvoir adjudicateur. Pour les pouvoirs adjudicateurs dotés d'un comptable public, cette interruption ne peut intervenir qu'avant l'ordonnement de la dépense.

Article R2192-28

L'interruption du délai de paiement mentionnée à l'article R. 2192-27 fait l'objet d'une notification au créancier par tout moyen permettant d'attester une date certaine de réception. Cette notification précise les raisons imputables au créancier qui s'opposent au paiement, ainsi que les pièces à fournir ou à compléter.

Article R2192-29

A compter de la réception de la totalité des pièces et mentions prévues à l'article R. 2192-

27, un nouveau délai de paiement est ouvert. Ce délai est de trente jours ou égal au solde restant à courir à la date de réception de la notification de l'interruption si ce solde est supérieur à trente jours.

Article R2192-30

Lorsque l'ordonnateur et le comptable public ne relèvent pas de la même personne morale et ont convenu d'un délai de règlement conventionnel dans les conditions prévues à l'article 12 du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique, ce nouveau délai ne peut être inférieur à quinze jours augmentés du délai prévu pour l'intervention du comptable public dans le cadre de ce délai de règlement conventionnel.

Article R2192-31

Le taux des intérêts moratoires mentionnés à l'article L. 2192-13 est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de huit points de pourcentage.

CAA Lyon, 28 février 2013, n° 12LY00477, Sté Henri Germain

« Considérant que le marché en cause a été passé selon une procédure formalisée ; qu'il ne résulte pas de l'instruction, et qu'il n'est d'ailleurs pas allégué, que le taux des intérêts moratoires ait été indiqué dans les documents du marché ; qu'il y a lieu de faire application du taux d'intérêt de la principale facilité de refinancement appliquée par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement principal la plus récente, effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points ».

Article R2192-32

Les intérêts moratoires courent à compter du lendemain de l'expiration du délai de paiement ou de l'échéance prévue par le marché jusqu'à la date de mise en paiement du principal incluse.

CAA de Douai, 20 mai 2010, n° 09DA00583, Sté SMEG

« 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 ».

CE, 11 mars 2009, n° 296067, Société Dominique Housieaux

« La circonstance que le solde du marché ne puisse être établi par les parties elles-mêmes est sans incidence sur le point de départ de ces intérêts qui doit être fixé à la date à laquelle ce solde aurait dû être établi ; qu'il n'en va autrement, sans préjudice des stipulations du marché, que lorsque le retard dans l'établissement du solde est imputable au titulaire du marché, le point de départ de ces intérêts étant alors fixé à la date à laquelle le juge est saisi en vue du règlement du litige »

Article R2192-33

Les intérêts moratoires appliqués aux acomptes ou au solde sont calculés sur le montant total de l'acompte ou du solde toutes taxes comprises, diminué de la retenue de garantie, et après application des clauses d'actualisation, de révision et de pénalisation.

Article R2192-34

En cas de désaccord sur le montant d'un acompte ou du solde, le paiement est effectué

dans les délais fixés aux articles R. 2192-10 et R. 2192-11 sur la base provisoire des sommes admises par le pouvoir adjudicateur. Lorsque les sommes ainsi payées sont inférieures à celles qui sont finalement dues au créancier, celui-ci a droit à des intérêts moratoires calculés sur la différence.

Article D2192-35

Le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement est fixé à 40 euros.

CAA Bordeaux, 8 mars 2018, n° 16BX02206, Sté Cosylva

« En application de ces dispositions, la société Cosylva est fondée à demander la condamnation de la commune de la Plaine des Palmistes à lui verser une somme de 40 euros au titre de ses frais de recouvrement. En revanche, elle ne démontre pas, en se bornant à produire des notes d'honoraires d'avocats, avoir exposé, au sens de ces dispositions, des frais de recouvrement d'un montant plus élevé. Ses conclusions tendant à l'octroi d'une indemnité complémentaire au titre de ses frais de recouvrement ne peuvent ainsi être accueillies en tout état de cause ».

Article R2192-36

Les intérêts moratoires et l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement sont payés dans un délai de quarante-cinq jours suivant la mise en paiement du principal.

Sous-section 4 - Amende administrative en cas de retard de paiement

Article L2192-15

Les entreprises publiques définies au II de l'article 1er de l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entités adjudicatrices mentionnées aux 2° et 3° de l'article L. 1212-1 sont passibles d'une amende administrative dont le montant ne peut dépasser deux millions d'euros en cas de dépassement du délai maximal de paiement fixé par voie réglementaire mentionné à l'article L. 2192-10, recherché et constaté dans les conditions fixées aux articles L. 450-1 à L. 450-4, L. 450-7 et L. 450-8 du code de commerce.

L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 470-2 du même code.

Le montant de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

Section 3 - Paiement par carte d'achat des marchés des personnes morales de droit public dotées d'un comptable public

Article R2192-37

Les personnes morales de droit public dotées d'un comptable public peuvent recourir à la carte d'achat comme modalité d'exécution des marchés dans les conditions prévues par le décret n° 2004-1144 du 26 octobre 2004 relatif à l'exécution des marchés par carte d'achat. Ne peuvent faire l'objet d'une exécution par carte d'achat :

- 1° Les marchés de travaux, sauf décision de l'acheteur motivée par des besoins d'entretien et de réparation courants n'ayant pas fait l'objet d'un programme ;
- 2° Les marchés faisant l'objet d'une avance forfaitaire ou facultative.

Chapitre III - Sous-traitance

Article L2193-1

Le présent chapitre s'applique aux marchés de travaux, aux marchés de services et aux marchés de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation.

Article L2193-2

Au sens du présent chapitre, la sous-traitance est l'opération par laquelle un opérateur économique confie par un sous-traité, et **sous sa responsabilité**, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur.

Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants.

Sous sa responsabilité

CE, 6 mars 1987, n° 37731, OPHLM de Chatillon-sous-Bagneux

« Considérant que les dispositions de la loi du 31 décembre 1975 relatives au paiement direct des sous-traitants de certains marchés passés par l'Etat, les collectivités locales et les établissements et entreprises publics n'ont eu ni pour objet, ni pour effet de créer à la charge des sous-traitants des obligations contractuelles vis-à-vis du maître de l'ouvrage ; que **le titulaire du marché reste seul tenu, à l'égard de celui-ci, de l'exécution du contrat tant pour les travaux qu'il réalise lui-même que pour ceux qui ont été confiés à un sous-traitant ; que, par suite, les conclusions de l'Office Public d'Habitations à Loyer Modéré de Châtillon-sous-Bagneux ne sauraient être accueillies ; »**

Article L2193-3

Le titulaire d'un marché peut, sous sa responsabilité, sous-traiter l'exécution d'une partie des prestations de son marché, dans les conditions fixées par le présent chapitre.

Toutefois, l'acheteur peut exiger que certaines **tâches essentielles** du marché soient effectuées directement par le titulaire.

Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions du présent chapitre.

Tâches essentielles

CJUE, 5 avril 2017, C-298/15, Borta

« S'agissant d'un marché public qui ne relève pas du champ d'application de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, telle que modifiée par le règlement (UE) n° 1336/2013 de la Commission, du 13 décembre 2013, mais qui présente un intérêt transfrontalier certain, les articles 49 et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition d'une réglementation nationale, telle que l'article 24, paragraphe 5, du Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (loi lituanienne relative aux marchés publics), qui prévoit que, **en cas de recours à des sous-traitants pour l'exécution d'un marché de travaux, l'adjudicataire est tenu de réaliser lui-même les travaux principaux, définis comme tels par l'entité adjudicatrice** ».

Section 1 - Acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement

Sous-section 1 - Modalités d'acceptation et d'agrément

Paragraphe 1 - Déclaration de sous-traitance au moment de l'offre

Article L2193-4

L'opérateur économique peut recourir à la sous-traitance lors de la passation du marché et tout au long de son exécution à condition de l'avoir déclarée à l'acheteur et d'avoir obtenu **l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement**.

Acceptation du sous-traitant et des conditions de ses conditions de paiement

CE, 2 juin 1989, n° 65631, Ville Boissy-Saint-Léger

« Considérant qu'en vertu des dispositions combinées des articles 3 et 6 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, le paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, pour la part du marché dont il assure l'exécution, **est subordonné à la double condition que, sur la demande de l'entrepreneur principal, le sous-traitant ait été "accepté" par le maître de l'ouvrage et que les conditions de paiement du contrat de sous-traitance aient été "agréées" par le maître de l'ouvrage** ».

Cour de cassation, 13 avril 1988, n° 86-18961

« Attendu qu'ayant assigné la société Brisard Nogues en paiement du solde de sa facture, la société SEPI fait grief à l'arrêt d'avoir mis à sa charge une partie des frais exposés par la société Brisard Nogues qui avait fait appel à un personnel de renfort pour l'achèvement des travaux de montage, alors selon le moyen, " que d'une part, aux termes de l'article 3, alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1975 " lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté, ni ses conditions de paiements agréées par le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra pas invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant " ; **que la cour d'appel a admis que la société Brisard Nogues, entrepreneur principal, qui n'avait pas fait agréer son sous-traitant SEPI, pouvait invoquer à l'encontre de ce dernier le contrat de sous-traitance en lui imposant une obligation de résultat** ; qu'elle a ainsi violé le texte précité ; alors que, d'autre part, même si le sous-traitant non agréé était tenu d'une obligation de résultat envers son entrepreneur principal, la cour d'appel ne pouvait mettre à la charge de la société SEPI le coût d'intervention des équipes de renfort puisque l'obligation de résultat du sous-traitant consiste seulement à effectuer un ouvrage exempt de malfaçons, ce qui était le cas de l'espèce, et que l'indemnité mise à la charge de la société SEPI trouvait son fondement dans la prétendue méconnaissance par cette dernière de délais découlant de clauses particulières de son contrat de sous-traitance ; que la cour a ainsi méconnu les dispositions de l'article 3, alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1975 »

Cour de Cassation, 14 mars 2006, n° 03-17.298

« Qu'en statuant ainsi, alors que **la simple connaissance par le maître de l'ouvrage de l'existence d'un sous-traitant ne suffit pas à caractériser son acceptation ni l'agrément des conditions de paiement du sous-traité**, et sans relever aucun acte manifestant sans équivoque l'accord du maître de l'ouvrage pour la délégation de paiement proposée par l'entrepreneur principal, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Cour de Cassation, 24 mai 2011, n° 10-17.252

« ALORS QUE seul le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées est recevable à exercer l'action directe à l'encontre du maître de l'ouvrage ; qu'en retenant **qu'en écrivant à l'entrepreneur principal qu'il se proposait de payer le sous-traitant sans relever le défaut d'acceptation de celui-ci et d'agrément de ses conditions de paiement et au sous-traitant qu'il bloquait le règlement des sommes dues à l'entrepreneur principal et qu'il l'informerait du traitement de sa demande, le maître de l'ouvrage a implicitement mais nécessairement agréé le sous-traitant et accepté ses conditions de paiement**, la Cour d'appel a statué par des motifs qui ne suffisent pas à caractériser la volonté non équivoque du maître de l'ouvrage d'accepter le sous-traitant et d'agréer les conditions de paiement et privé sa décision de base légale au regard des articles 3 et 12 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ».

Article L2193-5

Lorsque la **déclaration de sous-traitance** intervient au moment du dépôt de l'offre, le soumissionnaire identifie dans son offre les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel ainsi que la nature et le montant des prestations sous-traitées.

Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient en cours d'exécution du marché, le titulaire remet à l'acheteur un **acte spécial** de sous-traitance.

Déclaration de sous-traitance

CAA Bordeaux, 9 février 1993, n° 91BX00249, Sté Revêtement Technique Sud-Ouest

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société Sotia, titulaire d'un marché conclu avec la commune de Cubzac-les-Ponts pour l'installation de vestiaires-douches, a sous-traité l'exécution du lot peinture à la société R.T.S.O. sans demander au maître de l'ouvrage d'accepter ce sous-traitant et d'agréer les conditions de son paiement ; que, si la société R.T.S.O. soutient que le silence gardé pendant vingt et un jours par la commune sur la demande "d'agrément a posteriori" qu'elle lui a adressée le 3 décembre 1987 vaudrait acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement, **les dispositions de l'article 2 du code des marchés publics qu'elle invoque subordonnent la naissance d'une acceptation et d'un agrément tacites à la condition qu'en cours d'exécution des travaux, l'entreprise titulaire du marché ait adressé au maître de l'ouvrage une demande sous forme de déclaration spéciale contenant les renseignements nécessaires à cette acceptation et à cet agrément** ; qu'ainsi, la démarche effectuée le 3 décembre 1987 par la société requérante ne saurait suppléer à la carence de la société à responsabilité limitée Sotia, qui, à aucun moment, n'a présenté son sous-traitant à l'acceptation de la commune de Cubzac-les-Ponts ; que, dès lors, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que les premiers juges ont refusé de lui reconnaître le droit à paiement direct ; »

Acte spécial

CE, 17 décembre 1999, n°1999-051425, Sté Aménagement Lot-et-Garonne

« Considérant que par marché du 10 janvier 1989, la Société D'AMENAGEMENT DE LOT-ET-GARONNE, agissant pour le compte de la VILLE D'AGEN en qualité de maître d'ouvrage délégué, a confié à la société Bonfanti le soin de réaliser les travaux de construction d'une "usine-relais" ; **que la société Sarec a été acceptée comme sous-traitant pour les travaux de couverture, d'étanchéité et de bardage, et ses conditions de paiement agréées par un acte spécial en date du 27 février 1989** ; que par l'arrêt attaqué, la cour administrative d'appel de Bordeaux a condamné la VILLE D'AGEN et la Société D'AMENAGEMENT DE LOT-ET-GARONNE à payer à la société Sarec la somme de 856 750,57 F représentant la différence entre le montant du contrat de sous-traitance et les acomptes payés à la société Sarec ;

Considérant que, pour écarter l'application des dispositions de l'article 13-54 du cahier des clauses administratives générales, la cour administrative d'appel de Bordeaux a souverainement apprécié, sans les dénaturer, les stipulations de l'acte d'engagement précité du 27 février 1989 comme ne renvoyant pas aux clauses du marché principal qui se référerait lui-même audit cahier ; que d'ailleurs les dispositions de l'article 13-54 du cahier des clauses administratives générales ne pouvaient avoir légalement pour effet de déroger aux dispositions précitées de la loi du 31 décembre 1975 et du code des marchés publics ; que la cour, qui a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, n'a pas commis d'erreur de droit en ne faisant pas application des stipulations du contrat de sous-traitance, **dès lors que seul l'acte spécial pouvait définir et agréer les conditions de paiement direct de la société Sarec par le maître d'ouvrage délégué** ; que les stipulations du marché principal conclu le 10 janvier 1989 entre la Société D'AMENAGEMENT DE LOT-ET-GARONNE et la société Bonfanti ne pouvaient pas non plus prévoir des règles opposables à la société Sarec sur lesdites conditions, sans qu'elles aient fait l'objet d'un accord de sa part ; que, dans ces conditions, la Société D'AMENAGEMENT DE LOT-ET-GARONNE et la VILLE D'AGEN ne sont pas fondées à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ».

CAA Marseille, 15 oct. 2012, n°09MA01770, Commune la Seyne-Sur-Mer

« Considérant que **si un acte spécial de sous-traitance a la nature d'un contrat conclu entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal titulaire du marché, le sous-traitant, tiers à ce contrat, possède cependant un intérêt lésé lui donnant qualité pour en demander l'annulation** ;

que la juridiction administrative est compétente pour connaître d'un tel acte administratif ; qu'eu égard à son objet, un tel recours relève du contentieux de pleine juridiction »

Article R2193-1

Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre, le soumissionnaire fournit à l'acheteur une déclaration mentionnant l'ensemble des informations suivantes :

- 1° La nature des prestations sous-traitées ;
- 2° Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;
- 3° Le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant ;
- 4° Les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ;
- 5° Le cas échéant, les capacités du sous-traitant sur lesquelles le candidat s'appuie.

Le soumissionnaire remet également à l'acheteur une déclaration du sous-traitant indiquant qu'il n'est pas placé dans un cas d'exclusion mentionné par les dispositions législatives des sections 1 et 2 du chapitre Ier du titre IV.

Article L2193-6

Les conditions **d'acceptation** du sous-traitant et d'agrément de ses conditions de paiement par l'acheteur sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Article R2193-2

La notification du marché emporte **acceptation** du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

Acceptation

CE, 9 décembre 1983, n° 38117, Florentin

« Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête : Considérant qu'aux termes de l'article R. 321-8 : " tout employeur auquel sont applicables les articles L. 321-7 [1er al.] et L. 321-9 doit, sans préjudice de l'observation des règles posées à l'article L. 321-4, adresser au directeur départemental du travail et de la main-d'oeuvre une demande d'autorisation de licenciement comportant les mentions suivantes : 1° Nom et adresse de l'employeur ; 2° Nature de l'activité de l'entreprise ; 3° Nom, prénoms, nationalité, date de naissance, sexe, adresse, emploi et qualification du ou des salariés dont le licenciement est demandé ; 4° Date à laquelle le ou les salariés concernés ont été embauchés par l'entreprise ; 5° Nature de la ou des raisons économiques, financières ou économiques invoquées ; 6° Mesures prises éventuellement pour réduire le nombre des licenciements et faciliter le reclassement du personnel faisant la demande d'autorisation de licenciement ; 7° Calendrier prévisionnel des licenciements ". La décision prise sur cette demande doit parvenir à l'employeur soit dans le délai de trente jours établi à l'article L. 321-9 [1er al.] lorsqu'il s'agit d'un licenciement relevant dudit alinéa, soit dans le délai de sept jours établi par l'article L. 321-9 [2e al.] lorsqu'il s'agit des autres cas de licenciement pour cause économique. Ce dernier délai peut être prorogé pour une durée de sept jours au plus ". Le délai court à compter de la date d'envoi de la demande d'autorisation. **A défaut de réception d'une décision dans l'un ou l'autre délai, l'autorisation demandée est réputée acquise. Le cachet apposé par l'administration des postes et télécommunications fait foi de la date d'envoi de la demande ; »**

Article L2193-7

Le soumissionnaire ou le titulaire du marché est tenu de communiquer le contrat de sous-traitance à l'acheteur lorsque celui-ci en fait la demande.

Paragraphe 2 - Déclaration de sous-traitance après la notification du marché public

Article R2193-3

Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient après la notification du marché, le titulaire remet à l'acheteur contre récépissé ou lui adresse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, un acte spécial de sous-traitance contenant les renseignements mentionnés à l'article R. 2193-1.

Le titulaire établit en outre qu'aucune cession ni aucun nantissement de créances résultant du marché ne font obstacle au paiement direct du sous-traitant, en produisant, lorsque les dispositions du chapitre Ier du présent titre s'appliquent, soit l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité du marché qui lui a été délivré, soit une attestation ou une mainlevée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances.

Article R2193-4

L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement sont constatés par la signature de l'acte spécial de sous-traitance. Le silence de l'acheteur gardé pendant vingt-et-un jours à compter de la réception des documents mentionnés à l'article R. 2193-3 vaut également acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

Sous-section 2 - Modalités de modification de l'exemplaire unique et du certificat de cessibilité en cas de prestations confiées à un sous-traitant admis au paiement direct

Article R2193-5

Lorsque le titulaire envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct, postérieurement à la notification du marché, l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui a été indiqué dans le marché ou l'acte spécial et que les dispositions du chapitre Ier du présent titre s'appliquent, il demande à l'acheteur, sans préjudice des dispositions relatives à l'acceptation du sous-traitant de la sous-section 1 de la présente section, la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité prévus à l'article R. 2191-46.

Article R2193-6

Lorsque l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité a été remis en vue d'une cession ou d'un nantissement de créances et ne peut être restitué, le titulaire justifie soit que la cession ou le nantissement de créances concernant le marché 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.

Article R2193-7

L'acheteur ne peut pas accepter un sous-traitant ni agréer ses conditions de paiement si l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité n'a pas été modifié ou si la justification mentionnée à l'article R. 2193-6 ne lui a pas été remise.

Le silence de l'acheteur gardé pendant vingt-et-un jours à compter de la réception des documents mentionnés au premier alinéa et à l'article R. 2193-3 vaut acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

Article R2193-8

Toute modification en cours d'exécution du marché dans la répartition des prestations entre le titulaire et les sous-traitants payés directement ou entre les sous-traitants eux-mêmes nécessite la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité ou, le cas échéant, la production d'une attestation ou d'une mainlevée du ou des cessionnaires.

Article L2193-8

Lorsque le montant des prestations sous-traitées semble anormalement bas, l'acheteur exige que le soumissionnaire ou le titulaire du marché lui fournisse des précisions et justifications sur le montant de ces prestations.

Article L2193-9

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

Article R2193-9

Lorsque le montant de la sous-traitance apparaît anormalement bas, l'acheteur met en œuvre les dispositions des articles R. 2152-3 à R. 2152-5.

Acheteur

CAA Marseille, 12 juin 2006, n°03MA02139, SARL Stand Azur

« Considérant, d'une part, que, lors de sa réunion susmentionnée du 30 septembre 1998, la commission d'appel d'offres a pris note de l'observation des services techniques de la ville qualifiant la proposition de la société Main Assistance Service d'anormalement basse et d'offre de « dumping » ; qu'il résulte de l'instruction, notamment des tableaux d'analyse des offres, que le montant de 219.180,20 F HT de cette offre la moins-disante doit effectivement être regardée comme anormalement basse par rapport aux propositions des quatre autres sociétés candidates ; que l'origine du caractère anormalement bas de l'offre de la société Main Assistance Service s'explique moins par les différences entre prix unitaire des chaises à livrer et installer la première année, que par les différences de coûts induits par leur entretien, nettoyage et remplacement ; qu'à cet égard, la prévision par la société Main Assistance Service de 40 chaises à remplacer annuellement doit être regardée comme anormalement basse ; »

Considérant, d'autre part, que face à une telle offre anormalement basse, la commission d'appel d'offres a demandé, en application de l'article 297 bis précité, des explications complémentaires sur la qualité technique des sièges à livrer et installer, dont il a été dit que le prix unitaire n'était pas anormalement bas, mais n'a pas vérifié de façon suffisamment sérieuse la composition et la qualité de l'offre en ce qui concernait l'entretien, le nettoyage et le remplacement desdits sièges, notamment le nombre prévisionnel de sièges à remplacer ; qu'elle s'est contentée, à ce titre, d'une télécopie de la société Main Assistance Service mentionnant son engagement, irréaliste sur une période de 5 ans, de remplacer au même prix l'ensemble des chaises cassées ou disparues, même pour un nombre annuel supérieur à 40, alors que les estimations annuelles des quatre autres candidates atteignaient les montants de 200, 300, 300 et 450 ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la commission d'appel d'offres doit être regardé comme ayant entaché sa décision du 14 octobre 1998 d'une erreur manifeste d'appréciation ; qu'il s'ensuit que la société SARL STAND AZUR est fondée à demander à la Cour d'annuler le jugement attaqué du Tribunal administratif de Nice en tant qu'il a écarté ses conclusions à fin d'annulation de la décision susmentionnée du 14 octobre 1998 ; qu'il y a lieu pour la Cour, par l'effet dévolutif de l'appel, d'annuler ladite décision querrellée du 14 octobre 1998 ; »

Rejet de l'offre

Article 69, 3 à 5, DIRECTIVE 2014/24/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE

Sous-section 3 - Offres anormalement basses des sous-traitants

« 3. Le pouvoir adjudicateur évalue les informations fournies en consultant le soumissionnaire. Il **ne peut rejeter l'offre que si les éléments de preuve fournis n'expliquent pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés, compte tenu des éléments visés au paragraphe 2.**

Les pouvoirs adjudicateurs **rejetent l'offre** s'ils établissent que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations applicables visées à l'article 18, paragraphe 2.

4. Le pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire **ne peut rejeter cette offre** pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission.

Les États membres mettent à la disposition des autres États membres, à leur demande, au titre de la coopération administrative, toute information dont ils disposent, telles que les dispositions législatives ou réglementaires, les conventions collectives d'application générale ou les normes techniques nationales, relative aux preuves et documents produits en rapport avec les éléments énumérés au paragraphe 2 ».

CE, 29 octobre 2013, n° 371233, Département du Gard

« **L'exigence de motivation de la décision rejetant une offre comme anormalement basse, posée par l'article 55 cité ci-dessus, a, notamment, pour objet de permettre à l'auteur de cette offre de contester utilement le rejet qui lui a été opposé devant le juge du référé précontractuel saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;** que, par suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence ; que, toutefois, un tel manquement n'est plus constitué si les motifs de cette décision ont été communiqués au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction ; que, par suite, en se fondant sur la circonstance que le rejet de l'offre de l'agence d'architecture Chamard Fraudet n'était pas motivé, sans rechercher si les motifs de cette décision n'avaient pas été communiqués en cours d'instance par le département du Gard, le juge des référés du tribunal administratif de Nîmes a également commis une erreur de droit »

Section 2 - Paiement du sous-traitant

Article L2193-10

Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été **accepté et dont les conditions de paiement** ont été agréées par l'acheteur est payé pour la part du marché dont il assure l'exécution :

1° Dans les conditions prévues à la présente section lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire qui peut évoluer en fonction des variations des circonstances économiques ;

2° Dans les conditions prévues au titre III de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance lorsque le montant du contrat de sous-traitance est inférieur au seuil fixé par voie réglementaire mentionné au 1° du présent article.

En ce qui concerne les marchés de travaux, de services et de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation passés par le ministère de la défense, un seuil différent peut être fixé par voie réglementaire.

Acceptation et agrégation des conditions de paiement

CAA Paris, 23 novembre 2004, n°00PA01809, SA Charles Delau

« Considérant qu'en application des dispositions susmentionnées de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, **le paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, pour la part du marché dont il assure l'exécution, est subordonné à la double condition que, sur demande de l'entrepreneur principal, le sous-traitant ait été accepté par le**

maître de l'ouvrage et que les conditions de paiement du contrat de sous-traitance aient été agréées par le maître de l'ouvrage ; »

CAA Paris, 13 juin 2006, n°03PA04079, SARL ASCENSEURS du SUD

« Considérant que, d'une part, en application des dispositions combinées des articles 3 et 6 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, le paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, pour la part du marché dont il assure l'exécution, est subordonné à la double condition que, sur la demande de l'entrepreneur principal, le sous-traitant ait été accepté par le maître de l'ouvrage et que les conditions de paiement du contrat de sous-traitance aient été agréées par le maître de l'ouvrage ; que, d'autre part, en application de l'article 186 du code des marchés publics, applicable aux marchés des collectivités locales et à leur établissements publics en vertu de l'article 336 du même code, les modalités de règlement d'un sous-traitant ayant été accepté par le maître d'ouvrage, sont constatées par le marché, un avenant ou un acte spécial signé des deux parties ; Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'entreprise Ballestrero a sous-traité à la SARL ASCENSEURS du SUD la réalisation de deux ascenseurs du marché passé avec l'Office public départemental d'habitations à loyer modéré de Seine-et-Marne, pour la construction de 32 logements dans la commune de Vaires-sur-Marne ; que, cependant, la seule production par ladite société, de relevés bancaires et de mandats émis par l'Office et de courriers qui lui ont été adressés par ce dernier, **n'atteste ni de l'acceptation par le maître d'ouvrage du paiement direct de cette société sous-traitante pour le lot ascenseurs, ni d'une demande de l'entreprise titulaire de ce lot, au maître d'ouvrage tendant à l'acceptation de ce paiement direct, ni, a fortiori, de l'agrément par le maître d'ouvrage des conditions de paiement du sous-traitant ; qu'ainsi, à défaut pour la société ASCENSEURS du SUD de satisfaire aux deux conditions posées par les dispositions susmentionnées de la loi du 31 décembre 1975, cette société ne pouvait prétendre au paiement direct, par l'Office public départemental d'habitations à loyer modéré de Seine-et-Marne, du solde des travaux qu'elle avait exécutés en application du contrat de sous-traitance passé avec l'entreprise Ballestrero ; »**

Sous-section 1 - Paiement direct du sous-traitant

Article L2193-11

Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'acheteur est **payé directement** par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution.

Toute **renonciation** au paiement direct est réputée non écrite.

Paiement direct

CE, 27 janvier 2017, n°397311, Société Dervaux

« 3. Considérant qu'il résulte des dispositions combinées de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 et de l'article 114 du code des marchés publics qu'**en l'absence de modification des stipulations du contrat de sous-traitance relatives au volume des prestations du marché dont le sous-traitant assure l'exécution ou à leur montant, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal ne peuvent, par un acte spécial modificatif, réduire le droit au paiement direct du sous-traitant dans le but de tenir compte des conditions dans lesquelles les prestations sous-traitées ont été exécutées** ; qu'ainsi, en jugeant que le droit au paiement direct de la société Dervaux était celui qui résultait de l'acte spécial tel qu'il avait été modifié par le Port autonome de Marseille et la société Gardiol, quand bien même cette modification était intervenue alors que les stipulations du contrat de sous-traitance étaient demeurées identiques, la cour administrative d'appel de Marseille a entaché son arrêt d'erreur de droit ; que, par suite, la société Baudin Châteauneuf Dervaux est fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, à en demander l'annulation ».

QE, Sénat, n° 20084, 14/04/2016, M. Jean-Claude Carle

« La rémunération du sous-traitant par le titulaire du marché est-elle possible ? sans que cela ne puisse constituer une quelconque renonciation au droit au **paiement direct du sous-traitant** qui pourra continuer à être exercé, il apparaît possible de prévoir, dans la **déclaration**

de sous-traitance ou l'acte spécial, que la rémunération du sous-traitant par le titulaire du marché libère la dette du pouvoir adjudicateur à due concurrence. L'entrepreneur principal devra alors fournir au maître d'ouvrage les justificatifs nécessaires permettant d'attester le paiement, total ou partiel, des prestations réalisées par le sous-traitant ».

CE, 23 mai 2011, n°338780, Société Lamy et société Pitance

« Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution ; qu'aux termes de l'article 7 de la même loi : **toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite.**

Considérant que, s'il résulte de ces dispositions que **le sous-traitant agréé dispose d'un droit au paiement direct par le maître d'ouvrage, celles-ci ne font pas obstacle à ce que le paiement de ce sous-traitant soit directement effectué par le titulaire du marché, éteignant ainsi à due concurrence la créance du sous-traitant sur le maître d'ouvrage** ; qu'ainsi, en jugeant qu'il n'appartenait qu'au maître d'ouvrage de payer les travaux supplémentaires exécutés par la société sous-traitante et en en déduisant l'absence de lien direct entre le préjudice subi par le titulaire du marché et la faute imputée au maître d'oeuvre, la cour administrative d'appel de Lyon a commis une erreur de droit ; qu'il suit de là que, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen du pourvoi, son arrêt doit être annulé ».

CAA Nantes, 16 mars 1994, n° 91NT00689, SA Barillec

« **Le paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, pour la part du marché dont il assure l'exécution, est subordonné à la double condition que, sur la demande de l'entrepreneur principal, le sous-traitant ait été "accepté" par le maître de l'ouvrage et que les conditions de paiement du contrat de sous-traitance aient été "agréées" par ce dernier** ; qu'il résulte de l'instruction que la société Entreprise Littoral Nord, qui avait conclu avec l'Office public d'habitations à loyer modéré du Pas-de-Calais un marché relatif à la construction de logements, de locaux commerciaux et de bureaux à Arras a sous-traité l'exécution des travaux de fondation à la société Franki Fondations France ; **que si le maître de l'ouvrage avait, sur demande de la société Entreprise Littoral Nord, accepté ce sous-traitant, il n'avait pas agréé les conditions de paiement, qui ne lui avaient pas été soumises ; que la société Franki Fondations France, qui ne remplissait pas l'une des deux conditions fixées par les dispositions susrappelées de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, ne pouvait donc prétendre au paiement direct par l'Office public d'habitations à loyer modéré du Pas-de-Calais des travaux qu'elle avait exécutés dans les conditions sus-rappelées** »

CE, 2 juin 1989, n° 65631, Ville Boissy-Saint-Léger

« Le paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, pour la part du marché dont il assure l'exécution, est subordonné à la **double** condition que, sur la demande de l'entrepreneur principal, **le sous-traitant ait été "accepté" par le maître de l'ouvrage et que les conditions de paiement du contrat de sous-traitance aient été "agréées" par le maître de l'ouvrage** ».

Exécution

CAA Bordeaux, 31 oct. 2013, n° 12BX00098, SAS JBI

« Considérant en deuxième lieu, que **le centre hospitalier universitaire de Poitiers ne saurait imputer sur les sommes dues au sous-traitant le coût des réparations des malfaçons constatées dans l'exécution des travaux**, dès lors que seul le titulaire du marché est contractuellement tenu à l'égard du maître de l'ouvrage de la bonne exécution de l'ensemble des travaux, et notamment de ceux exécutés par son sous-traitant ; qu'il en résulte que **le centre hospitalier universitaire de Poitiers n'était pas en droit de réduire le solde demandé par la société JBI d'un montant de 12 734 euros représentant le coût des reprises des dégradations et salissures qui auraient été constatées dans l'exécution des travaux sous-traités à cette société**, alors même que cette retenue lui était demandée par le titulaire du marché dans une lettre du 13 février 2009, postérieure au délai de quinze jours dont il disposait pour adresser un refus motivé à la demande de paiement de son sous-traitant ».

CAA Douai, 3 avril 2014, n°12DA01302, SA Les Compagnons paveurs

« Considérant que **le sous-traitant bénéficiaire du paiement direct des prestations sous-traitées a également droit au paiement direct pour les travaux supplémentaires qu'il a exécutés et qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage** ainsi que pour les dépenses résultant pour lui de sujétions imprévues qui ont bouleversé l'économie générale du marché, dans les mêmes conditions que pour les travaux dont la sous-traitance a été expressément mentionnée dans le marché ou dans l'acte spécial signé par l'entrepreneur principal et par le maître de l'ouvrage ».

Renonciation

CE, 3 novembre 1989, n°54778, SA Jean Michel

« Les termes duquel "Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite", ne font pas obstacle à ce que le paiement effectué par le titulaire du marché, au sous-traitant agréé, éteigne à due concurrence la créance du sous-traitant sur le maître de l'ouvrage ».

Article L2193-12

Le paiement direct est obligatoire même si le titulaire du marché est en état de liquidation judiciaire, de redressement judiciaire ou de procédure de sauvegarde.

Article R2193-10

Le seuil prévu à l'article L. 2193-10 à partir duquel un sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées est payé directement par l'acheteur est fixé à 600 euros toutes taxes comprises.

En ce qui concerne les marchés de services, de travaux ou de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comportant des prestations de service, passés par les services de la défense, notamment des marchés de réalisation de prototypes, de fabrication, d'assemblage, d'essais, de réparations ou de maintien en condition et de prestations intellectuelles, ce seuil est fixé à 10 % du montant total du marché.

Article R2193-11

Le sous-traitant admis au paiement direct adresse sa **demande de paiement** au titulaire du marché, par tout moyen permettant d'en assurer la réception et d'en déterminer la date, ou la dépose auprès du titulaire contre récépissé.

Demande de paiement

CE, 23 octobre 2017, n°410235, Société Colas Ile de France Normandie

« Il résulte de la combinaison de ces dispositions que, **pour obtenir le paiement direct par le maître d'ouvrage de tout ou partie des prestations qu'il a exécutées dans le cadre de son contrat de sous-traitance, le sous-traitant régulièrement agréé doit adresser en temps utile sa demande de paiement direct à l'entrepreneur principal, titulaire du marché, et au maître d'ouvrage** ; qu'une demande adressée avant l'établissement du décompte général et définitif du marché doit être regardée comme effectuée en temps utile ».

Article R2193-12

Le titulaire dispose d'un **délai de quinze jours** à compter de la date de réception ou du récépissé mentionnés à l'article R. 2193-11 pour donner son accord ou notifier un refus, d'une part, au sous-traitant et, d'autre part, à l'acheteur.

Titulaire

CE, 23 mai 2011, n°338780, Société Lamy et Société Pitance

« Considérant que, s'il résulte de ces dispositions que **le sous-traitant agréé dispose d'un droit au paiement direct par le maître d'ouvrage, celles-ci ne font pas obstacle à ce que le paiement de ce sous-traitant soit directement effectué par le titulaire du marché, éteignant ainsi à due concurrence la créance du sous-traitant sur le maître d'ouvrage** ; qu'ainsi, en jugeant qu'il n'appartenait qu'au maître d'ouvrage de payer les travaux supplémentaires exécutés par la société sous-traitante et en en déduisant l'absence de lien direct entre le préjudice subi par le titulaire du marché et la faute imputée au maître d'œuvre, la cour administrative d'appel de Lyon a commis une erreur de droit ; qu'il suit de là que, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen du pourvoi, son arrêt doit être annulé ».

Délai de quinze jours

CE, 19 avril 2017, n°396174, Société Angles et Fils

« Il résulte de la combinaison de ces dispositions que, **pour obtenir le paiement direct par le maître d'ouvrage de tout ou partie des prestations qu'il a exécutées dans le cadre de son contrat de sous-traitance, le sous-traitant régulièrement agréé doit adresser sa demande de paiement direct à l'entrepreneur principal, titulaire du marché ; qu'il appartient ensuite au titulaire du marché de donner son accord à la demande de paiement direct ou de signifier son refus dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette demande ; que le titulaire du marché est réputé avoir accepté cette demande s'il garde le silence pendant plus de quinze jours à compter de sa réception** ; qu'à l'issue de cette procédure, le maître d'ouvrage procède au paiement direct du sous-traitant régulièrement agréé si le titulaire du marché a donné son accord ou s'il est réputé avoir accepté la demande de paiement direct ; que cette procédure a pour objet de permettre au titulaire du marché d'exercer un contrôle sur les pièces transmises par le sous-traitant et de s'opposer, le cas échéant, au paiement direct ; que sa méconnaissance par le sous-traitant fait ainsi obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir, auprès du maître d'ouvrage, d'un droit à ce paiement ; »

« 4. Considérant que la cour administrative d'appel de Marseille, ainsi qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué, a estimé que le sous-traitant régulièrement agréé, **quand bien même il n'aurait pas respecté cette procédure, ne saurait pour autant être définitivement privé du bénéfice du paiement direct que dans la seule hypothèse où le maître d'ouvrage, faute d'avoir été saisi par le sous-traitant en temps utile d'une demande de paiement, aurait été amené à payer les prestations en cause à l'entreprise principale** ; qu'en statuant ainsi, alors que, comme il a été dit au point 3, **le bénéfice du paiement direct est subordonné au respect de la procédure prévue par les dispositions de l'article 8 de la loi du 31 décembre 1975 et de l'article 116 du code des marchés publics** et que, faute d'avoir respecté une telle procédure, un sous-traitant ne peut utilement se prévaloir d'un droit au paiement direct, la cour a commis une erreur de droit ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, le département de l'Hérault est fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il fait droit partiellement aux conclusions d'appel de la société Angles et Fils ; »

Article R2193-13

Passé le délai mentionné à l'article R. 2193-12, le titulaire du marché est réputé avoir accepté celles des pièces justificatives ou des parties de pièces justificatives qu'il n'a pas expressément acceptées ou refusées.

Article R2193-14

Lorsque le sous-traitant a obtenu la preuve ou le récépissé attestant que le titulaire a bien reçu la demande de paiement dans les conditions fixées à l'article R. 2193-11 ou qu'il dispose de l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou n'a pas été réclamé par le titulaire, le sous-traitant adresse sa demande de paiement à l'acheteur accompagnée de cette preuve, du récépissé ou de l'avis postal.
L'acheteur adresse sans délai au titulaire une copie des factures produites par le sous-traitant.

Article R2193-15

L'acheteur informe le titulaire des paiements qu'il effectue au sous-traitant.

Acheteur

CE, 27 juin 2017, n°397311, Société Baudin Châteauneuf Dervaux

« **Dans l'hypothèse d'une rémunération directe du sous-traitant par le maître d'ouvrage, ce dernier peut contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant** ; qu'en jugeant que le maître d'ouvrage pouvait, au titre de ce contrôle, s'assurer que la consistance des travaux réalisés par le sous-traitant correspondait à ce qui était prévu par le marché, la cour administrative d'appel de Paris n'a pas commis d'erreur de droit ; qu'elle n'a pas davantage commis d'erreur de droit en jugeant qu'alors même que les travaux réalisés par la société KFS auraient été conformes aux règles de l'art, la commune était fondée à refuser de procéder au paiement direct de la somme sollicitée par cette société, dès lors qu'il ressortait des éléments qu'elle avait souverainement relevés, sans dénaturation, que la consistance des travaux de fondation réalisés par la société KFS ne correspondait pas à ce que prévoyait le marché ; que la société KFS n'est, par suite, pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque ; »

CE, 9 juin 2017, n°396358, Société Keller Fondations Spéciales

« Dans l'hypothèse d'une rémunération directe du sous-traitant par le maître d'ouvrage, ce dernier peut contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant. Au titre de ce contrôle, le maître d'ouvrage s'assure que la consistance des travaux réalisés par le sous-traitant correspond à ce qui est prévu par le marché ».

Article R2193-16

Lorsque le sous-traitant utilise le portail de facturation mentionné à l'article 2 de l'ordonnance n° 2014-697 du 26 juin 2014 relative au développement de la facturation électronique, il y dépose sa demande de paiement sans autre formalité. Le titulaire dispose de quinze jours à compter de ce dépôt pour accepter ou refuser la demande de paiement sur le portail de facturation.

Sous-section 2 - Modalités de paiement

Article L2193-13

Les modalités de paiement du sous-traitant bénéficiant du paiement direct, notamment les pièces justificatives à transmettre au titulaire du marché, les délais et conditions d'acceptation de ce paiement sont définis par voie réglementaire.

Délais

CE, 23 octobre 2017, n°410235, Société Colas Ile de France Normandie

« Il résulte de la combinaison de ces dispositions que, **pour obtenir le paiement direct par le maître d'ouvrage de tout ou partie des prestations qu'il a exécutées dans le cadre de son contrat de sous-traitance, le sous-traitant régulièrement agréé doit adresser en temps utile sa demande de paiement direct à l'entrepreneur principal, titulaire du marché, et au maître d'ouvrage** ; qu'une demande adressée avant l'établissement du décompte général et définitif du marché doit être regardée comme effectuée en temps utile ».

CE, 5 octobre 2007, n°268494, SOVATRA

« Considérant qu'en relevant, pour juger que l'obligation de l'EPAMARNE et de la région d'Île-de-France à l'égard de la société SOVATRA n'apparaît pas comme non sérieusement contestable, qu'a été soulevé en défense le moyen tiré de ce que **la société requérante n'a pas saisi en temps utile de sa demande de paiement direct le maître d'ouvrage délégué** qui a mandaté dans les délais

normaux le solde des marchés à l'entrepreneur principal, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Paris a suffisamment motivé l'ordonnance attaquée ; que le moyen tiré de ce qu'il se serait fondé, pour ne pas reconnaître l'obligation dont elle se prévalait comme non sérieusement contestable, sur la seule circonstance que cette obligation était contestée, manque en fait ; Considérant que le moyen tiré de ce que le juge des référés de la cour administrative d'appel de Paris aurait dénaturé les pièces du dossier qui lui était soumis en estimant que la société requérante n'avait pas réclamé dès le 2 octobre 2001 au titre du paiement direct la somme de 655 111,03 F (99 871, 03 euros) ne peut être qu'écarté dès lors qu'il ne ressort pas de ces mêmes pièces que la lettre du 2 octobre 2001 aurait été accompagnée des documents justificatifs annoncés ; que par suite, le juge des référés de la cour administrative d'appel a pu, sans commettre d'erreur de droit juger que, la société requérante n'ayant pas saisi, « en temps utile », l'EPAMARNE d'une demande de paiement direct et ce dernier n'ayant pas commis de faute en mandatant, dans des délais normaux, le solde à l'entreprise titulaire, l'obligation de l'EPAMARNE et de la région Ile de France dont se prévaut la SOCIETE DE VIABILITE, ASSAINISSEMENT ET TRANSPORTS n'est pas non sérieusement contestable ».

Section 3 - Régime financier

Article L2193-14

Le sous-traitant qui confie à un **autre sous-traitant** l'exécution d'une partie du marché dont il est chargé est tenu de lui délivrer une **caution personnelle et solidaire** ou une délégation de paiement dans les conditions définies à l'article 14 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

Autre sous-traitant

Article 3.6.2 CCAG Travaux (du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux)

« 3.6.2.1. Le « sous-traitant indirect » est le sous-traitant d'un sous-traitant, dénommé « **entrepreneur principal du sous-traitant indirect** ».

DAJ, DC4, Notice explicative, Déclaration de sous-traitance

« **Sous-traitant de second rang : L'obligation d'acceptation des sous-traitants et d'agrément de leurs conditions de paiement s'applique à tous les sous-traitants, quel que soit leur rang ou leur place dans la « chaîne » de soustraitance.** En application de l'article 2 de la loi du 31 décembre 1975, **il appartient ainsi au sous-traitant de 1er rang, qui fait appel à un sous-traitant, de faire accepter et agréer les conditions de paiement de ce sous-traitant, dit de second rang, par l'acheteur.** Le sous-traitant de 1er rang ne peut confier à son propre sous-traitant la totalité des prestations dont il a la charge. En l'absence de disposition spécifique, les conditions dans lesquelles il est procédé à l'acceptation d'un sous-traitant de second rang et à l'agrément de ses conditions de paiement doivent être fixées dans les documents contractuels, plus précisément dans le cahier des charges. À cet effet, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut s'inspirer des dispositions des décrets n° 2016-360 ou n° 2016-361. Le formulaire DC4 peut être utilisé pour la déclaration d'un sous-traitant de 2nd rang, sous réserve de son adaptation par le sous-traitant de 1er rang. Les documents contractuels peuvent imposer la signature de cet acte spécial au stade de sa présentation. Dans ce cas, la déclaration de sous-traitance devra être signée par le soustraitant de 1er rang et par le sous-traitant de 2nd rang avant transmission à l'acheteur. Le titulaire du marché public demeure seul responsable de l'ensemble des prestations exécutées au titre du contrat, par lui-même et par les sous-traitants. Avant de transmettre la déclaration de sous-traitance à l'acheteur, le sous-traitant de 1er rang est donc tenu d'obtenir l'accord du titulaire, et doit pouvoir justifier de cette autorisation auprès de l'acheteur. De même, le titulaire du marché public doit être tenu informé de l'acceptation et de l'agrément des conditions de paiement de tout nouveau sous-traitant d'un de ses sous-traitants. Le contrat de sous-traitance, qui régit les relations entre l'entrepreneur principal, titulaire du marché, et chacun de ses sous-traitants, n'a pas à être modifié du fait de l'intervention d'un sous-traitant de rang inférieur ».

Caution personnelle et solidaire – Délégation de paiement

INSTRUCTION N° 12-012-M0 du 30 mai 2012 NOR : BUD Z 12 00030 J - Texte publié au Bulletin Officiel de la Comptabilité Publique du mois de juin 2012 - MARCHÉS PUBLICS - SOUS-TRAITANCE

« Seul, le **sous-traitant de premier rang peut bénéficier du paiement direct, les sous-traitants de second rang et de rang ultérieur ne pouvant s'en prévaloir.** Cela étant, afin de garantir leur paiement, le **sous-traitant de premier rang doit obligatoirement faire bénéficier les sous-traitants de second rang soit d'une caution personnelle et solidaire, soit d'une délégation de paiement dans les termes de l'article 1275 du Code civil** ; de même, le paiement des sous-traitants de rang supérieur à 2 est garanti par le donneur d'ordre via une caution personnelle et solidaire ou une délégation de paiement (cf. articles 6 et 14 de la loi de 1975 modifiée) ».

Article 1336 Code civil

« La délégation est une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur. Le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire ».

Sous-section 1 - Avances

Article R2193-17

Lorsque les dispositions des sections 1 à 3 du chapitre 1er du présent titre s'appliquent au marché, elles s'appliquent aux sous-traitants sous réserve des dispositions particulières de la présente sous-section.

Article R2193-18

Lorsqu'une partie du marché est sous-traitée, **l'avance** versée au titulaire est calculée sur la base du montant du marché diminué le cas échéant du montant des prestations confiées aux sous-traitants et donnant lieu à paiement direct.

Avance

Fiche Technique – DAJ – Les avances, p.1

« L'avance est le **versement d'une partie du montant d'un marché public au titulaire de ce marché avant tout commencement d'exécution de ses prestations.** Elle constitue, à la différence de l'acompte, une dérogation à la règle du « service fait » 2. L'avance **facilite l'exécution des marchés publics et assure un égal accès à ces marchés à toutes les entreprises**, qu'elles disposent ou ne disposent pas d'une trésorerie suffisante pour débiter l'exécution des prestations. Le recours à ce préfinancement, annoncé dès la phase de publicité, améliore les conditions de la mise en concurrence et doit créer une économie pour l'acheteur public ; les titulaires ne seront en effet pas contraints de préfinancer leur marché et ne répercuteront pas cette charge dans le prix de leur offre ».

Article R2193-19

Dès lors que le titulaire remplit les conditions pour bénéficier d'une avance, une avance est versée, sur leur demande, aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct. Pour le calcul du montant de cette avance, les limites fixées aux articles R. 2191-3 à R. 2191-10 sont appréciées par référence au montant des prestations confiées au sous-traitant tel qu'il figure dans le marché ou dans l'acte spécial mentionné à l'article R. 2193-3.

Conditions

DAJ Fiche Technique – Les avances, p.1

« Le versement d'une avance est de droit pour le titulaire d'un marché « ordinaire » dont le montant initial est supérieur à 50 000 euros HT5 et dont le délai d'exécution s'étend au-delà de deux mois. Il en va de même du titulaire d'un marché à tranches dès lors, que le montant initial de la tranche ferme ou de la tranche affermie est supérieur à 50 000 euros HT et que le délai d'exécution de la tranche en question est supérieur à deux mois. Ces deux conditions sont cumulatives. Des spécificités existent pour les marchés à bons de commande et les marchés reconductibles :

Pour les marchés à bons de commande :

- les marchés conclus pour un montant minimum supérieur à 50 000 euros HT ouvrent droit à une avance versée, en une seule fois, en pourcentage de ce montant minimum ;
- les marchés conclus sans minimum ni maximum, ou sans minimum mais avec un maximum, ou dont les montants sont fixés en quantité, ouvrent droit au versement d'une avance pour chaque bon de commande dont le montant est supérieur à 50 000 euros HT et d'une durée d'exécution dépassant les deux mois.

Pour les marchés reconductibles :

- pour la période initiale : l'avance est de droit si le montant correspondant à la période initiale est supérieur à 50 000 euros HT et si le délai d'exécution de cette période est supérieur à deux mois ;
- pour chaque reconduction, l'avance est de droit si le montant correspondant à la reconduction concernée est supérieur à 50 000 euros HT et si le délai d'exécution de cette période de reconduction est supérieur à deux mois ».

DAJ Fiche technique – Les avances, p.6

« L'avance, ainsi que ses éléments constitutifs, doivent être **prévus par les documents contractuels**. Il est conseillé de faire mention de l'avance et de ses éléments constitutifs, dès l'avis d'appel à la concurrence (dans la rubrique « Informations complémentaires»), afin de garantir une parfaite information des candidats potentiels. Un simple renvoi aux articles applicables est, à ce stade, une information suffisante. **L'acheteur doit être d'autant plus attentif aux clauses relatives à l'avance et à ses éléments constitutifs que les décrets du 25 mars 2016 s'opposent à ce qu'elles puissent être modifiées en cours d'exécution (article 110 III du décret n° 2016-360 et article 97 III du décret n° 2016-361)**. Le montant de l'avance ne peut être affecté par une clause de variation des prix (article 110 II du décret n° 2016-360 et article 97 II du décret n° 2016-361). Par conséquent, l'acheteur doit, dès l'élaboration des documents contractuels, prévoir la possibilité de verser une avance au titulaire, ainsi que ses modalités de calcul et de remboursement. De plus, dès le stade de la rédaction des pièces du marché public, l'acheteur doit évaluer au plus près le coût de ses besoins afin d'adapter les avances aux caractéristiques du marché en cause. Un taux trop faible aurait pour conséquence de priver l'avance de son rôle de préfinancement et de compliquer l'exécution du marché public par le titulaire. Cette évaluation est essentielle concernant les accords-cadres à bons de commande conclus pour un montant minimum supérieur à 50.000 euros HT, car l'assiette de calcul de l'avance est basée sur ce montant minimum estimé par l'acheteur en amont de la consultation ».

Article R2193-20

Le droit du sous-traitant à une avance est ouvert dès la notification du marché ou de l'acte spécial par l'acheteur.

Le remboursement de cette avance s'impute sur les sommes dues au sous-traitant selon les mêmes modalités que celles prévues aux articles R. 2191-11 et R. 2191-12.

Droit du sous-traitant à une avance

DAJ Fiche technique – Les avances p.9

« **Les conditions de l'octroi de droit de l'avance du sous-traitant sont identiques à celles du titulaire**. L'avance du sous-traitant est de droit si le montant total du marché public, et non le seul montant des prestations sous-traitées, est supérieur à 50 000 euros HT et si le délai d'exécution du marché public est supérieur à 2 mois ».

Remboursement de cette avance

DAJ Fiche technique – Les avances, p.8 et 9

« Dans le cas où une avance a été consentie à un sous-traitant, le remboursement s'effectue selon des modalités identiques à celles prévues pour le titulaire du marché public (article 135 II du décret n° 2016-360 et article 124 du décret n° 2016-361) [...] L'avance ne constitue pas un paiement définitif par l'acheteur. L'avance versée s'impute sur les sommes dues au titulaire, selon un rythme et des modalités fixés par le marché public, par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes, de règlement partiel définitif ou de solde (article 111 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 et article 98 du décret n° 2016-361). Si l'acheteur a omis de préciser dans le marché public les modalités de remboursement de l'avance, le remboursement, effectué par précompte sur les sommes dues ultérieurement au titulaire, commence lorsque le montant des prestations exécutées au titre du marché public atteint ou dépasse 65% du montant du marché public. Le remboursement complet de l'avance doit, en tout état de cause, être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80% du montant TTC des prestations qui lui sont confiées au titre du marché public ».

Article R2193-21

Si le titulaire du marché qui a perçu l'avance sous-traite une part du marché en cours d'exécution, il rembourse l'avance correspondant au montant des prestations sous-traitées et donnant lieu à paiement direct à l'acheteur, même dans le cas où le sous-traitant ne souhaite pas bénéficier de l'avance.

Le remboursement par le titulaire s'impute sur les sommes qui lui sont dues par l'acheteur dès la notification de l'acte spécial.

Sous-section 2 - Cession ou nantissement de créances

Article R2193-22

Le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées peut céder ou nantir, à concurrence du montant des prestations qui lui sont réglées directement, tout ou partie de sa créance.

La copie de l'original du marché ou du certificat de cessibilité prévu à l'article R. 2191-46 ou, le cas échéant, de l'acte spécial prévu à l'article R. 2193-4 désignant un sous-traitant admis au paiement direct, est remise à chaque sous-traitant bénéficiant du paiement direct.

Cession ou nantissement

Article 2355 Code civil

« Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs.

Il est conventionnel ou judiciaire.

Le nantissement judiciaire est régi par les dispositions applicables aux procédures civiles d'exécution. Le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre.

Celui qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels ».

Article 2356 Code civil

« A peine de nullité, **le nantissement de créance doit être conclu par écrit. Les créances garanties et les créances nanties sont désignées dans l'acte.**

Si elles sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance ».

Cour de Cassation, 19 décembre 2006, n°05-16395

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'en dehors des cas prévus par la loi, **l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance**, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

INSTRUCTION N° 07-019-B1-M0-M9 du 27 février 2007 NOR : BUD R 07 00019 J Texte publié au Bulletin Officiel de la Comptabilité Publique CESSION ET NANTISSEMENT DE CRÉANCES SUR LES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC p.5

« Tout crédit consenti par un établissement de crédit à une personne morale de droit privé ou de droit public, ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement, par simple remise d'un bordereau, **à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers public ou privé (personne morale ou personne physique)**. En vertu de l'article L.313-23 du Code monétaire et financier, **les cessions et nantissemments de créances sont réalisés par simple remise au cessionnaire d'un bordereau** ("bordereau Dailly") établi par le cédant. Peuvent être cédées ou données en nantissement par la voie du « bordereau Dailly » non seulement les créances liquides et exigibles, mais aussi les créances à terme ainsi que les créances conditionnelles et les créances futures dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés, sous la réserve de leur suffisante identification (cf. Cour de Cassation, Chambre Civile 1 du 20 mars 2001, Société Marana – Pourvoi n° 99-14982) ».

Copie de l'original du marché public ou certificat de cessibilité

INSTRUCTION N° 07-019-B1-M0-M9 du 27 février 2007 NOR : BUD R 07 00019 J Texte publié au Bulletin Officiel de la Comptabilité Publique CESSION ET NANTISSEMENT DE CRÉANCES SUR LES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC p.10 et 11

« Conformément à l'article 106 du Code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur remet au titulaire du marché **une copie de l'original du marché** revêtue de la mention d'exemplaire unique signée par l'autorité contractante ou **un certificat de cessibilité**. Les comptables doivent attirer l'attention des acheteurs publics sur le fait qu'ils doivent veiller à ne délivrer que l'un ou l'autre de ces documents. Tout marché d'un montant égal ou supérieur à 4000 € HT étant passé sous la forme écrite (cf. article 11 du CMP), le pouvoir adjudicateur peut remettre au cocontractant une copie du contrat, ou tout document valant commande (cf. paragraphe 2.2.6. infra : nomenclatures des pièces justificatives de la dépense), comportant la mention d'exemplaire unique et revêtue de la signature du pouvoir adjudicateur. L'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité est destiné à être remis au cessionnaire ou au bénéficiaire de nantissement de créances.

Ainsi, lorsque le marché public ne donne pas lieu à la rédaction d'un écrit, le bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de créances doit transmettre au comptable public le certificat de cessibilité, qui comporte les mentions permettant d'identifier la créance cédée ou nantie. Ce document (exemplaire unique ou certificat de cessibilité) est une pièce justificative indispensable au paiement de la dépense, qu'il s'agisse d'une cession ou d'un nantissement conforme au CMF ou au Code civil. Il importe donc que l'établissement cessionnaire joigne ce document à l'appui de la notification ou la signification de cession ou de nantissement de créances. Si le comptable ne dispose pas de l'exemplaire unique du marché en même temps que de l'ordonnance de paiement ou du mandat, il suspend le paiement et le délai global de paiement. (cf. article 2.II du décret n° 2002-232 du 21 février 2002) ».

Chapitre IV - Modification du marché

Article L2194-1

Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :

- 1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;
- 2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;
- 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
- 4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;
- 5° Les modifications ne sont pas substantielles ;
- 6° Les modifications sont de faible montant.

Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché.

CE, 9 mars 2018, n° 409972, Commune du Mont-Saint-Michel

« Les parties [...] ne peuvent, par simple avenant, apporter des modifications substantielles au contrat en introduisant des conditions qui, **si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu conduire à admettre d'autres candidats ou à retenir une autre offre que celle de l'attributaire** »

Nature globale du marché public

CE, Ass., 26 avril 2018, n° 394398, Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique

« Il ressort des caractéristiques du contrat de concession décrites au point 2 que le fait que la concession porte à la fois sur la construction d'une nouvelle infrastructure et sur l'exploitation de l'aéroport existant constitue un élément essentiel du montage financier retenu. Ces deux objets doivent, dès lors, être regardés comme formant un ensemble unique et indissociable. Dans ces conditions, une modification du contrat de concession initial qui consisterait à retirer du périmètre de la concession l'ensemble des missions relatives à la réalisation de l'aérodrome de Notre-Dame-des-Landes et à confier à la société AGO des missions nouvelles relatives à l'aérodrome de Nantes-Atlantique dont elle assure l'exploitation en vertu du même contrat ne pourrait qu'être regardée, eu égard à son ampleur, comme **changeant la nature globale du contrat initial**. Elle introduirait, en outre, des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de sélection initiale, auraient pu attirer d'autres participants ou permis l'admission de candidats autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ».

CJCE, 19/06/2008, Aff. C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH

« En vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50 lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché (voir, en ce sens, arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France, C-337/98, Rec. p. I-8377, points 44 et 46).

La modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme **substantielle** lorsqu'elle **introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue** »

CE 15 novembre 2017, n° 409728, Commune d'Aix-en-Provence

« Cette modification doit être regardée, **eu égard à son ampleur**, comme **changeant la nature**

globale du contrat initial ; qu'elle introduit, en outre, des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu attirer davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ».

Sous-section 1 - Clauses contractuelles

Article R2194-1

Le marché peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque.

Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

Clauses de réexamen

Fiche DAJ, Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, p.2

« L'acheteur et l'autorité concédante sont donc dans l'obligation d'informer les candidats potentiels dans les documents de la consultation du réexamen éventuel de certaines conditions d'exécution du contrat. Il pourrait ainsi prévoir une éventuelle **modification de sa clause de variation de prix en cas de survenance de certains événements** qui pourraient altérer en cours d'exécution l'équilibre financier de son contrat. Les conditions de sa mise en œuvre et les modalités de modification du prix doivent néanmoins être précisées dans le contrat initial car elles constituent des éléments susceptibles d'influer sur les offres des candidats et par conséquent sur les conditions initiales de mise en concurrence. La clause de réexamen peut également comporter des options dès lors que celles-ci ont été formulées de manière suffisamment claire, précise et univoque dans les pièces contractuelles. Les options recouvrent notamment les tranches optionnelles, les reconductions ou encore les prestations complémentaires ».

[CJUE, 7 septembre 2016, C-549/14, Finn Frogne A/S c/ Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation](#)

« L'article 2 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens que, après l'attribution d'un marché public, **une modification substantielle ne peut pas être apportée à celui-ci sans l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché même lorsque cette modification constitue, objectivement, un mode de règlement transactionnel, emportant des renoncements réciproques de la part des deux parties, en vue de mettre un terme à un litige, dont l'issue est incertaine, né des difficultés auxquelles se heurte l'exécution de ce marché**. Il n'en serait autrement que si les documents dudit marché prévoyaient la faculté d'adapter certaines conditions, même importantes, de celui-ci après son attribution et fixaient les modalités d'application de cette faculté ».

Sous-section 2 - Travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires

Article R2194-2

Le marché peut être modifié lorsque, sous réserve de la limite fixée à l'article R. 2194-3, des travaux, fournitures ou services supplémentaires, quel que soit leur montant, sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, à la condition qu'un changement de titulaire soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial.

Changement de titulaire impossible

Directive 2014/24/UE, 26 février 2014, Article 72

« Les marchés et les accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive dans l'un des cas suivants: [...] b) pour les travaux, services ou fournitures supplémentaires du contractant principal qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, lorsqu'un changement de contractant:

- i. est impossible **pour des raisons économiques ou techniques** telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre de le marché initial ; et
- ii. **présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour le pouvoir adjudicateur.**

Toutefois, toute augmentation de prix ne peut pas être supérieure à 50 % de la valeur du marché initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification ».

CE, Ass., 26 avril 2018, n° 394398, Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique

« Participerait d'une lecture erronée de ce dispositif de transposition toute interprétation consistant à ne pas combiner la condition générale posée par l'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, tenant à l'absence de modification de la nature globale du contrat, avec les dispositions des 2° et 3° de l'article 36 du décret du 1er février 2016 qui prévoient, respectivement, la possibilité pour le concédant, sans nouvelle mise en concurrence, d'introduire des travaux ou services supplémentaires, dès lors qu'un changement de concessionnaire est « impossible pour des raisons économiques ou techniques » et entraîne pour le concédant « une augmentation substantielle des coûts » ou encore la possibilité de modifier le contrat lorsque cette modification est « rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir ».

CE, 23 décembre 2016, N° 397096, M.E

« Si les requérants soutiennent que des clauses prévoyant de nouveaux travaux, notamment pour la réalisation de nouvelles sections d'autoroute, constitueraient des clauses réglementaires, qui méconnaîtraient les dispositions citées au point 4 ci-dessus, un tel moyen doit, en tout état de cause, être écarté, dès lors qu'il ressort des pièces des dossiers, d'une part, que les travaux en cause, dont le montant n'est pas supérieur à 50% du montant des contrats initiaux, ont pour objet soit de répondre aux risques liés à l'accroissement du trafic, soit d'améliorer la sécurité routière, qu'ils répondent ainsi à des besoins d'intérêt général et qu'ils sont devenus nécessaires pour assurer l'exploitation des concessions et, d'autre part, qu'un changement de concessionnaire serait impossible du fait des liens étroits entre les équipements concernés et les biens et services concédés et de nature à entraîner, pour l'Etat, une augmentation substantielle des coûts en raison des indemnités qui seraient dues ».

Article R2194-3

Lorsque le marché est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant de la modification prévue à l'article R. 2194-2 ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification. Ces modifications successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Article R2194-4

Pour le calcul du montant de la modification mentionnée à l'article R. 2194-2, l'acheteur

tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix.

Sous-section 3 - Circonstances imprévues

Article R2194-5

Le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir. Dans ce cas, les dispositions des articles R. 2194-3 et R. 2194-4 sont applicables.

Circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir

CE, Ass., 26 avril 2018, n° 394398, Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique

« Participerait d'une lecture erronée de ce dispositif de transposition toute interprétation consistant à ne pas combiner la condition générale posée par l'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, tenant à l'absence de modification de la nature globale du contrat, avec les dispositions des 2° et 3° de l'article 36 du décret du 1er février 2016 qui prévoient, respectivement, la possibilité pour le concédant, sans nouvelle mise en concurrence, d'introduire des travaux ou services supplémentaires, dès lors qu'un changement de concessionnaire est « impossible pour des raisons économiques ou techniques » et entraîne pour le concédant « une augmentation substantielle des coûts » ou encore la possibilité de modifier le contrat lorsque cette modification est « rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir.

Le Conseil d'Etat estime, en conséquence, que la modification par avenant de la concession afin, notamment, de retirer de son périmètre l'ensemble des missions relatives à la réalisation de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes ne pourrait être retenue qu'en méconnaissance des règles de modification des concessions (CE, 15 novembre 2017, Commune d'Aix-en-Provence, n° 409728, 409799) ».

Fiche DAJ, Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, p.4

« En application du 3° de l'article 139 du décret sur les marchés publics, du 3° de l'article 137 du décret sur les marchés publics de défense ou de sécurité et du 3° de l'article 36 du décret sur les contrats de concession, l'acheteur public ou l'autorité concédante peut modifier son contrat lorsqu'il est confronté à des circonstances imprévues ou imprévisibles. Ce sont des circonstances extérieures qu'un acheteur ou une autorité concédante, bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation du contrat initial, n'aurait pu prévoir, compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature et des caractéristiques du projet particulier, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de l'attribution du marché et la valeur prévisible de celui-ci¹⁴. Cette hypothèse **s'apparente à la notion de sujétions techniques imprévues** évoquée à l'article 20 du code des marchés publics de 2006 qui recouvrait toutes les difficultés matérielles rencontrées en cours d'exécution d'un marché public. [...] le décret n° 2016-360 dispose que **la modification doit être limitée à 50 % du montant du marché initial et ne doit pas altérer la nature globale du contrat**. Par ailleurs, lorsque plusieurs modifications successives sont opérées, le calcul de cette limite s'effectue au regard de chaque modification. A cet égard, il convient de préciser que l'acheteur ne saurait recourir à des modifications successives dans le but de se soustraire aux obligations de publicité et de mise en concurrence telles qu'imposées par les règles relatives à la commande publique ».

CE, 30 juillet 2003, n° 223445, Commune de Lens

« Ne peuvent être regardées comme des sujétions techniques imprévues au sens de ces dispositions, que des **difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché**, présentant un caractère **exceptionnel, imprévisibles** lors de la conclusion du contrat et **dont la cause est extérieure aux parties** »

CE, 22 déc. 1976, n°94998, Depussé

« [...] cons. qu'il résulte de l'instruction qu'en raison de l'instabilité du sol sur lequel ont été édifiés les bâtiments du groupe scolaire, l'entreprise a... a été contrainte d'accomplir des travaux de fondations à une profondeur de 10 mètres ; que ces travaux supplémentaires **excédaient**, compte tenu des conditions d'exécution prévues au devis, **les communes prévisions des parties lors de la passation du marché** ; qu'ainsi et bien que ces travaux n'aient pas préalablement fait l'objet d'un ordre écrit de la ville de Rethel, le sieur a... a droit à une indemnité pour sujétions imprévues [...] »

Sous-section 4 - Substitution d'un nouveau titulaire**Article R2194-6**

Le marché peut être modifié lorsqu'un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché, dans l'un des cas suivants :

- 1° En application d'une clause de réexamen ou d'une option conformément aux dispositions de l'article R. 2194-1 ;
- 2° Dans le cas d'une cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché initial.

En application d'une clause de réexamen**Fiche DAJ, Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, p.5**

« Toutefois, même dans l'hypothèse où le changement de cocontractant est prévu dans le cadre d'une clause de réexamen, la cession peut être regardée comme **irrégulière si ce changement intervient immédiatement après la conclusion du contrat et avant même le début de l'exécution des prestations sans motif légitime**, dans la mesure où l'identité du titulaire est un élément déterminant du contrat ».

Concl. Y. BOT sous CJUE, 27 octobre 2009, Aff.C-91/08, Wall AG/Stadt Frankfurt am Main, pt 153

« Lorsque, dans le cadre d'une procédure de passation d'une concession de services, l'identité du sous-traitant est un élément essentiel sur lequel le pouvoir adjudicateur s'est fondé pour attribuer la concession, l'obligation de transparence requiert des États membres qu'ils organisent une nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque le concessionnaire souhaite procéder à un changement de sous-traitant avant même l'exécution des premières prestations et sans qu'il ait été avancé de raisons légitimes »

Cession à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial**Fiche DAJ, Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, p.5**

« La cession d'un contrat au profit d'un nouveau titulaire est admise dans les cas suivants : lorsqu'elle intervient à la suite d'une **opération de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité**, assurée par un autre opérateur qui remplit les critères de sélection qualitativement établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à se soustraire à l'application de la présente directive ».

Réponse du Ministère de l'intérieur, JO Sénat du 26/01/2017, p. 298

« Les modifications de contrats de délégation de service public sont régies par les articles 55 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et 36 du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatifs aux contrats de concession. L'article 36 du décret prévoit que le contrat de concession peut-être

modifié « lorsqu'un nouveau concessionnaire se substitue à celui auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession dans le cas d'une cession du contrat de concession, à la suite d'opérations de restructuration du concessionnaire initial ». Le changement de statut juridique du titulaire d'un contrat de délégation de service public se traduit par une cession du contrat **vers un nouveau délégataire identifié**. Cette substitution suppose la conclusion d'un avenant au contrat. Le changement de délégataire ne doit toutefois s'accompagner d'aucun autre changement qui serait de nature à affecter de manière substantielle un élément essentiel du contrat. La cession du contrat ne peut de plus être effectuée dans le but de soustraire le contrat de concession aux obligations de publicité et de mise en concurrence ».

Concl. Y. BOT sous CJUE, 27 octobre 2009, Wall AG/Stadt Frankfurt am Main, Aff. C-91/08, pts. 67 à 72.

« En effet, le changement de sous-traitant intervient sans motif légitime, après la conclusion du contrat et avant l'exécution des premières prestations, alors même que le concessionnaire s'est prévalu de la renommée et de l'expertise technique du sous-traitant lors de la remise de son offre. Selon nous, une telle pratique, si elle est admise par le pouvoir adjudicateur, viole l'obligation de transparence et le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires. En agissant ainsi, le pouvoir adjudicateur soustrait l'offre de FES, telle qu'elle a été modifiée, à un examen sérieux et transparent des différentes candidatures, ce qui est susceptible de procurer à l'entreprise un avantage injustifié pour l'obtention du contrat ».

CJCE, 19 juin 2008, Aff. C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH

« Il est également constant que, depuis le transfert des services OTS d'APA à APA-OTS au cours de l'année 2000, le pouvoir adjudicateur effectue les paiements relatifs à ce service directement à APA-OTS et non plus à APA.

Toutefois, **le transfert de l'activité en question présente certaines caractéristiques particulières qui permettent de conclure que de telles modifications, introduites dans une situation telle que celle au principal, ne constituent pas le changement d'un terme essentiel du marché**.

En effet, il ressort du dossier qu'APA-OTS est une **filiale détenue à 100 % par APA**, que cette dernière dispose d'un **pouvoir de direction sur APA-OTS** et qu'**il existe entre ces deux entités un contrat de transfert des pertes et des bénéfices**, assumés par APA. En outre, il ressort du dossier qu'une personne habilitée à représenter APA a assuré le pouvoir adjudicateur que, à la suite du transfert des services OTS, APA était responsable **solidairement avec APA-OTS et que la prestation globale existante resterait inchangée**.

Un tel arrangement représente, en substance, une **réorganisation interne du cocontractant, laquelle ne modifie pas de manière essentielle les termes du marché initial** ».

CE, Section des finances, Avis n°364803, 8 juin 2000

« La cession d'un marché ou d'une délégation de service public doit s'entendre de la **reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat**. Elle ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et, s'agissant de concessions, le prix demandé aux usagers. Lorsque la modification substantielle de l'un de ces éléments implique nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat, ce contrat, même conclu sous forme d'un avenant, doit être soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence préalables ».

Sous-section 5 - Modification non substantielle**Article R2194-7**

Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles. Pour l'application de l'article L. 2194-1, une modification est substantielle, notamment, lorsque au moins une des conditions suivantes est remplie :

1° Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ;
 2° Elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;
 3° Elle modifie considérablement l'objet du marché ;
 4° Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article R. 2194-6.

Modification substantielle

CE, 9 mars 2018, n° 409972, Commune du Mont-Saint-Michel

« Les parties [...] ne peuvent, par simple avenant, apporter des modifications substantielles au contrat en introduisant des conditions qui, **si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu conduire à admettre d'autres candidats ou à retenir une autre offre que celle de l'attributaire** ».

CJCE, 19/06/2008, Aff. C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH

« La modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle **lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue**.

De même, une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle **lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus**. Cette dernière interprétation est confirmée à l'article 11, paragraphe 3, sous e) et f), de la directive 92/50, lequel impose, pour les marchés publics de services ayant pour objet, exclusivement ou majoritairement, des services figurant à l'annexe I A de cette directive, des restrictions quant à la mesure dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à la procédure négociée pour attribuer des services en supplément de ceux faisant l'objet d'un marché initial.

Une modification peut également être considérée comme substantielle **lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial** ».

Modification considérable de l'objet du marché

CJUE, 29 avril 2010, Aff. C-160/08, Commission contre République fédérale d'Allemagne

« Il convient de rappeler qu'une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle et, partant, comme constituant une nouvelle passation de marché, au sens de la directive 92/50 ou de la directive 2004/18, **notamment lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus** »

CE, Section des finances, Avis n°364803, 8 juin 2000

« La cession d'un marché ou d'une délégation de service public doit s'entendre de la reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat. Elle **ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et, s'agissant de concessions, le prix demandé aux usagers**. Lorsque la modification substantielle de l'un de ces éléments implique nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat, ce contrat, même conclu sous forme d'un avenant, doit être soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence préalables »

Sous-section 6 - Modification de faible montant

Article R2194-8

Le marché peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens qui figurent dans l'avis annexé au présent code et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues à l'article R. 2194-7 sont remplies.
 Les dispositions de l'article R. 2194-4 sont applicables au cas de modification prévue au présent article.

Article R2194-9

Lorsque plusieurs modifications successives relevant de l'article R. 2194-8 sont effectuées, l'acheteur prend en compte leur montant cumulé.

Article L2194-2

Lorsque l'acheteur apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif soumis au présent livre, le cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat, conformément aux dispositions du 4° de l'article L. 6.

Section 2 - Avis de modification

Article R2194-10

Dans les cas prévus aux articles R. 2194-2 et R. 2194-5, lorsque le marché a été passé selon une procédure formalisée, l'acheteur publie un avis de modification.
 Cet avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions fixées aux articles R. 2131-19 et R. 2131-20, conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.

Avis de modification

Commission européenne, Règlement d'exécution (UE) 2015/1986 du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés public, Annexe XVII.

Chapitre V - Résiliation du marché

Article L2195-1

Sans préjudice des dispositions de l'article L. 6 et des dispositions législatives spéciales, l'acheteur peut résilier le marché dans les cas prévus au présent chapitre.

Article L2195-2

L'acheteur peut résilier le marché en cas de force majeure.

Force majeure

CE, Ass., 26 avril 2018, n° 394398, Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique

« En vertu des stipulations du II de l'article 74 du cahier des charges annexé à la convention du 20 décembre 2010 : « Aucune partie au contrat de concession n'encourt de responsabilité pour n'avoir pas accompli ou pour avoir accompli avec retard une obligation (...), dans la mesure où un tel manquement ou retard résulte directement d'événements présentant les caractéristiques de la force majeure, c'est-à-dire extérieurs aux parties, imprévisibles et irrésistibles ». En vertu des stipulations du I de l'article 81 du même cahier des charges : « Au cas où, à la suite de la survenance d'un

événement défini au (...) II de l'article 74, le bouleversement de l'équilibre économique de la concession se prolonge ou est de nature à se prolonger nécessairement plus de douze mois, le contrat de concession peut être résilié par arrêté conjoint des ministres chargés de l'aviation civile, de l'économie et du budget » ou, « à la demande du concessionnaire » par le tribunal administratif compétent.

En cas de résiliation pour ce motif, l'Etat est tenu de verser au concessionnaire une indemnité correspondant au préjudice subi, dont le montant net d'impôts et toutes charges déduites est égal à l'intégralité de l'encours des financements privés externes, des fonds propres et quasi-fonds propres apportés par les actionnaires, des coûts ou, le cas échéant, des gains de rupture des instruments de couverture, du montant des frais de résiliation des contrats de financement externes ainsi que de résiliation anticipée des contrats passés avec ses prestataires. Dans une telle hypothèse, aucun manque à gagner n'est pris en compte dans le montant de cette indemnisation. La notion de force majeure, telle que l'a appliquée la jurisprudence du Conseil d'Etat aux contrats administratifs, notamment aux concessions, repose sur le constat d'un bouleversement de l'économie du contrat tel, par son ampleur et sa durée, qu'il peut en justifier la résiliation, ainsi que le prévoient d'ailleurs les stipulations du I de l'article 81 du cahier des charges annexés à la convention citées au point 7. Le Conseil d'Etat observe que le bouleversement économique du contrat liant l'Etat à la société AGO n'est pas contestable. Aucune des étapes du calendrier prévisionnel de mise en service du nouvel aéroport figurant à l'annexe 9 au cahier des charges de la concession n'a été respectée : le concessionnaire n'a pas terminé les études d'avant-projet de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, ni a fortiori entrepris les travaux de construction de l'infrastructure, ni satisfait à ses obligations financières. Toutefois l'application de ces stipulations supposerait, d'une part, que les circonstances invoquées par la partie qui s'en prévaut aient eu directement pour effet de bouleverser l'économie du contrat et, 5/8 5 d'autre part, qu'elles présentent un triple caractère d'extériorité aux parties, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. Or, le Conseil d'Etat estime que, même en acceptant par hypothèse de la regarder comme la cause principale du dérapage **des étapes essentielles de l'exécution de la convention, l'occupation illégale du site de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes par des opposants à ce projet, mise en avant dans la demande d'avis, ne suffirait pas à caractériser un lien direct et ne remplirait pas cette triple condition.** La circonstance qui a fait durablement obstacle à la bonne exécution du contrat tient moins à l'occupation des terrains d'emprise du projet, situation qui se rencontre dans le déroulement d'autres projets, qu'à sa pérennisation en raison de diverses décisions du Gouvernement de mettre un terme à l'opération d'évacuation par les forces de l'ordre commencée au mois de septembre 2012, puis de **s'abstenir de recourir par la suite à nouveau à la force publique pour procéder à des expulsions**, au profit de démarches de dialogue puis de consultation locale du public. **Le rôle ainsi joué par l'Etat, qui en tant qu'autorité concédante est également partie à la convention, ferait obstacle à ce que soient regardées comme remplies les conditions d'extériorité aux parties et d'irrésistibilité, à supposer même que puisse être retenue l'imprévisibilité de cette situation.** A la lumière des analyses précédentes, la circonstance que la société concessionnaire se soit abstenue d'invoquer une situation de force majeure serait, en tout état de cause, dénuée d'incidence, dès lors que les conditions de cette invocation ne sont pas réunies et que ces conditions sont appréciées objectivement sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le concessionnaire et le concédant ».

CE, 14 juin 2000, n° 184722, Commune de Staffelfelden

« Au cas où des circonstances imprévisibles ont pour effet de bouleverser le contrat et où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre le concessionnaire, comme d'ailleurs le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu.

La pollution qui a frappé le site de captage d'eau des sources d'I. avait un caractère irrésistible et a constitué, en raison de son ampleur qui en interdit l'exploitation pendant une période qui pourrait atteindre deux siècles, un événement imprévisible au moment où a été conclu le contrat d'approvisionnement en eau de la commune. Contrairement à ce que soutient celle-ci, l'économie du

contrat qui liait la société S. à la commune a, à la suite de cet événement, été bouleversé, non seulement pendant la période courant du 4 février 1988 au 13 juillet 1989, au cours de laquelle la société a dû acquérir de l'eau distribuée par la ville de M. un prix trois fois supérieur à celui payé par la commune en application des stipulations contractuelles, mais également postérieurement à cette date du 13 juillet 1989 à partir de laquelle a été mis en service le captage de la forêt de la H., le prix payé par la société étant en moyenne supérieur d'environ deux fois à celui payé par la commune. Dans ces conditions, compte tenu du refus de la commune de réviser la tarification de l'eau qui est distribuée sur son territoire, la poursuite par la société de l'exécution du contrat se heurtait à un obstacle insurmontable ».

CE, 13 juillet 1968, n°73161, Serfati

« cons. qu'en vertu d'une convention conclue le 26 novembre 1957 entre le département de la Seine et la société franco-africaine des bois, aux droits de laquelle se trouve la société "établissements Serfati", le département a autorisé cette société à occuper un terrain situé dans l'emprise du port de Gennevilliers et faisant partie du domaine public ; que cette convention stipulait qu'elle était passée pour 25 ans ; qu'elle imposait à la société l'obligation d'établir les installations nécessaires à la création d'un dépôt de bois d'industrie et prévoyait que les constructions édifiées sur ce terrain et les améliorations qui y seraient apportées resteraient sans indemnité la propriété du département en fin d'occupation normale ou en cas de résiliation anticipée ; qu'enfin la société s'engageait à effectuer un trafic annuel minimum, la résiliation pouvant être prononcée si la moyenne annuelle du trafic total était, pendant trois années calendaires, inférieure à un certain tonnage ».

« cons., d'autre part, que la circonstance que les événements d'Algérie auraient perturbé l'activité de la société requérante ne saurait en tout état de cause constituer un cas de force majeure de nature à exonérer ladite société du respect de ses obligations contractuelles, alors que ces événements ne pouvaient être regardés comme imprévisibles à la date de la passation du contrat ».

CE, 9 décembre 1932, n° 89655, Compagnie des tramways de Cherbourg

« Considérant que, au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat, il appartient au concédant de prendre les mesures nécessaires pour que le concessionnaire puisse assurer la marche du service public dont il a la charge, et notamment de lui fournir une aide financière pour pourvoir aux dépenses extracontractuelles afférentes à la période d'imprévision, mais que cette obligation ne peut lui incomber que si le bouleversement du contrat présente un caractère temporaire ; que, au contraire, dans le cas où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais des contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable ; que, dans cette hypothèse, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire ».

Article L2195-3

Lorsque le marché est un contrat administratif, l'acheteur peut le résilier :

1° En cas de **faute d'une gravité suffisante** du cocontractant ;

2° **Pour un motif d'intérêt général**, conformément aux dispositions du 5° de l'article L. 6.

Faute d'une gravité suffisante

CE, 30 novembre 2018, n°416628, Groupement d'intérêt économique (GIE) Groupement périphérique des huissiers de justice

« Marché public relatif à l'intervention des huissiers de justice en vue du recouvrement amiable des créances, amendes, condamnations pécuniaires et produits locaux. Chèques établis au profit d'un

groupement d'intérêt économique, attributaire de certains des lots du marché, en méconnaissance de l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 et de l'arrêté du 4 août 2006 pris pour son application. Avis de poursuites correspondant à ces paiements établis par une société d'huissiers membre du GIE et mentionnant expressément que le paiement par chèque doit se faire à l'ordre de cette même société d'huissiers, seul le talon à joindre à ce paiement portant les coordonnées du GIE.... „C'est par une appréciation souveraine, exempte de dénaturation, que la cour administrative d'appel a estimé que le nombre et le montant des chèques irréguliers étaient faibles et qu'aucune intention frauduleuse de la part du GIE attributaire des marchés n'était établie. En jugeant que ces irrégularités n'étaient pas constitutives d'inexécutions d'obligations contractuelles qui, par leur gravité, compromettraient manifestement l'intérêt général et justifieraient qu'il soit mis fin à l'exécution de ces contrats, la cour n'a entaché son arrêt d'aucune erreur de droit et n'a pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ».

Résilier pour un motif d'intérêt général

CE, 26 mars 2018, n° 401060, Société Balineau

« Lorsque le juge est saisi d'une demande d'indemnisation du manque à gagner résultant de la résiliation unilatérale d'un marché public pour motif d'intérêt général, il lui appartient, pour apprécier l'existence d'un préjudice et en évaluer le montant, de tenir compte du bénéfice que le requérant a, le cas échéant, tiré de la réalisation, en qualité de titulaire ou de sous-traitant d'un nouveau marché passé par le pouvoir adjudicateur, de tout ou partie des prestations qui lui avaient été confiées par le marché résilié.

Dans l'hypothèse où, à la date à laquelle le juge statue sur le litige relatif à la résiliation, il résulte de l'ensemble des circonstances particulières de l'espèce que, alors même qu'il n'a pas exécuté de telles prestations dans les conditions mentionnées ci-dessus ou que leur exécution n'est pas en cours, **le titulaire du marché résilié est susceptible d'être chargé, dans un délai raisonnable, de tout ou partie de ces prestations à l'occasion d'un nouveau marché, il appartient au juge de surseoir à statuer sur l'existence et l'évaluation du préjudice né de la résiliation ».**

CE, 27 février 2015, n°357028, Commune de Béziers

« Une **convention conclue entre deux personnes publiques relative à l'organisation du service public ou aux modalités de réalisation en commun d'un projet d'intérêt général ne peut faire l'objet d'une résiliation unilatérale que si un motif d'intérêt général le justifie**, notamment en cas de bouleversement de l'équilibre de la convention ou de disparition de sa cause. En revanche, la seule apparition, au cours de l'exécution de la convention, d'un déséquilibre dans les relations entre les parties n'est pas de nature à justifier une telle résiliation ».

CE, 7 mai 2013, n°365043, Société auxiliaire de parcs de la région parisienne

« Eu égard à l'impératif d'ordre public imposant de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation, **la nécessité de mettre fin à une convention dépassant la durée prévue par la loi d'une délégation de service public constitue un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation unilatérale par la personne publique**, sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge ».

CE, 19 décembre 2012, n° 350341, Société AB Trans

« Considérant, toutefois, que si les principes généraux applicables aux contrats administratifs permettent aux personnes publiques, sans qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle ne le prévoient, de résilier un contrat pour un motif d'intérêt général, sous réserve de l'indemnisation du préjudice éventuellement subi par le cocontractant, ces mêmes principes ne s'opposent pas à ce que **des stipulations contractuelles écartent, comme en l'espèce, tout droit à indemnisation en cas de résiliation du contrat par la personne publique ».**

CAA Douai, 29 novembre 2011, n° 10DA00608, Fouré Lagadec Aviation

« Considérant, d'autre part, que la **volonté d'assurer une meilleure exploitation du domaine public**, notamment en percevant des redevances auprès d'occupants du domaine public bénéficiant antérieurement de sous-locations non autorisées, fait partie des motifs d'intérêt général pouvant justifier qu'il soit mis fin à un contrat d'occupation du domaine public avant son terme ».

CE, 4 mai 2011, n° 334280, Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes

« En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, l'autorité concédante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier un contrat de concession, sous réserve des droits à indemnité du concessionnaire. L'étendue et les modalités de cette indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le concessionnaire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé ; que ce principe, découlant de l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités, ne s'appliquant pas aux personnes privées, **rien ne s'oppose à ce que des stipulations prévoient une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi par le cocontractant privé de l'administration ».**

CE, 19 janvier 2011, n°323924, Commune de Limoges

« Considérant qu'ainsi qu'il a été dit, il était loisible à la COMMUNE DE LIMOGES d'adopter un nouveau mode de gestion de l'activité d'hôtellerie et de restauration jusqu'alors exercée dans le cadre de la convention d'occupation du domaine public conclue avec la société Albatros ; que **l'intention de la commune de soumettre le futur exploitant de l'activité d'hôtellerie et de restauration à des obligations de service public tenant notamment aux horaires et jours d'ouverture de l'établissement constituait un motif d'intérêt général suffisant pour décider la résiliation la convention d'occupation du domaine public conclue avec la société Albatros » ;**

CE, 21 décembre 2007, Région Limousin et autres

« Considérant que les régions requérantes ont signé le 21 février 2001 un protocole d'accord avec l'Etat, puis, le 13 novembre 2001, avec l'Etat, la Société nationale des chemins de fer français (SNCF) et Réseau ferré de France (RFF), une convention-cadre dont l'objet est le financement et la réalisation de la modernisation de la liaison ferrée Paris-Orléans-Limoges-Toulouse et de la mise en service de six rames de TGV rendues pendulaires ; qu'elles ont signé le même jour avec les mêmes partenaires une convention relative au financement et à la réalisation de l'étude d'avant-projet détaillé ; qu'elles ont enfin signé avec l'Etat le 12 septembre 2002 une convention relative au financement du contrôle externe ; que si le protocole d'accord du 21 février 2001, qui ne fixe qu'un objectif et prévoit sa concrétisation par des conventions ultérieures, constitue une simple déclaration commune d'intention sans portée juridique, les trois conventions signées les 13 novembre 2001 et 12 septembre 2002 présentent en revanche le caractère de contrats susceptibles de mettre en jeu la responsabilité contractuelle de l'Etat ».

« Considérant que **si l'Etat a pu mettre fin unilatéralement à ses engagements contractuels pour un motif d'intérêt général, eu égard notamment au coût élevé et à la faible rentabilité socio-économique du projet de liaison par rames pendulaires, ses co-contractants sont toutefois en droit d'obtenir réparation du préjudice résultant de la résiliation unilatérale de ces contrats particuliers par l'Etat, même en l'absence de toute faute de ce dernier, dès lors qu'aucune stipulation contractuelle n'y fait obstacle ».**

CE, 8 juillet 2005, n°259615, JEDJIGA

« Considérant qu'aucune disposition du décret du 15 février 1988 pris par l'application de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale ne distingue, entre les vacataires et les contractuels, quant à la possibilité qu'a l'administration de résilier à tout moment le contrat d'un agent non titulaire pour un motif d'intérêt général ; que, dès lors, tant le moyen tiré de l'erreur de qualification juridique qu'aurait commise la cour en jugeant que Mme X était une vacataire et non une contractuelle, que celui, tiré de ce que la cour aurait dénaturé les termes de l'arrêté du 4 juillet 1991 pour reconnaître à l'intéressée la qualité de vacataire, sont inopérants et doivent, par suite, être écartés ;

Considérant qu'en jugeant, par un arrêt suffisamment motivé et exempt de dénaturation, que **l'intérêt du service reposant sur des motifs budgétaires et scientifiques pouvait justifier qu'il soit mis fin, avant le terme de six ans, aux fonctions de Mme X, la cour n'a pas omis de répondre au moyen tiré de ce que la requérante bénéficiait d'un contrat à durée déterminée de six ans et non d'un régime de vacances** ».

CE, 31 juillet 1996, n°126594, Société des téléphériques du Mont Blanc

« Il appartient à l'autorité concédante, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire, de mettre fin avant son terme à un contrat de concession, dès lors qu'il existe des motifs d'intérêt général justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service soit abandonnée ou établie sur des bases nouvelles. Elle peut user de cette faculté alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle, n'en a organisé l'exercice. La cession de 74 % des actions de la société titulaire d'une concession de remontées mécaniques attribuée par une commune à une société d'économie mixte contrôlée par une commune limitrophe autorisait la commune concédante, à cause des risques de conflits d'intérêt qu'elle entraînait, à regarder son **co-contractant comme ne présentant plus les garanties au vu desquelles la concession lui avait été attribuée, et, pour ce motif d'intérêt général, à prononcer la résiliation de cette concession** ».

CE, 2 février 1987, n° 81131 n°82432 n°82437 et n°82443, Société TV6

« S'il appartient à l'autorité concédante, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire, de mettre fin avant son terme, à un contrat de concession, **elle ne peut ainsi rompre unilatéralement ses engagements que pour des motifs d'intérêt général** justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service concédé doit être abandonnée ou établie sur des bases nouvelles ».

CE, 6 mai 1985, n° 41589 41699, Association Eurolat

« [...] l'une de ces **clauses interdisait la résiliation du bail** avant le remboursement complet du prêt accordé par le Crédit foncier de France, sauf accord de cet établissement bancaire, auquel devait être consentie par l'Association une hypothèque sur les immeubles qu'elle devait construire, et alors même que ledit établissement aurait refusé de se substituer pour la gestion du service à l'exploitant défaillant ; que ces **clauses, incompatibles** avec les principes de la domanialité publique **comme avec les nécessités du fonctionnement d'un service public, doivent être regardées comme nulles** ».

CE, 22 janvier 1965, n° 59122, Sté des établissements Michel Aubrun

« le concédant n'est, en cas de résiliation unilatérale d'un marché pour des **motifs d'ordre technique**, tenu à aucune réparation à l'égard d'un sous-traitant travaillant avec le co-contractant en vertu d'un sous-traité que le concédant n'a pas approuvé, la circonstance que le co-contractant ait confié au sous-contractant l'exécution d'une partie des travaux ne saurait le priver de la faculté de réclamer au concédant une indemnité de résiliation comprenant la totalité du préjudice subi par lui du fait de l'interruption de ces travaux, c'est-à-dire couvrant le remboursement pour l'ensemble des travaux y compris ceux qui ont été sous-traités, des frais effectivement engagés et des gains que le

co-contractant pouvait normalement escompter de la réalisation de ces travaux, dans la limite des sommes qui lui auraient été dues si il n'avait pas sous-traité une partie des travaux ».

CE, 23 mai 1962, n° 41178, Ministre des Finances et des Affaires économiques c. Société financière d'exploitations industrielles

« Considérant qu'en l'absence de toute faute de sa part, l'entrepreneur a **droit à la réparation intégrale du préjudice** résultant pour lui de la résiliation anticipée du contrat, y compris la **totalité du manque à gagner, compte tenu du montant des travaux garantis par ledit contrat et non exécutés** ; que ce manque à gagner doit être apprécié au moment de la résiliation selon les prix en vigueur à cette date ».

Article L2195-4

Lorsque le titulaire est, au cours de l'exécution du marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionné aux articles L. 2141-1 à L. 2141-11, il informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation.

L'acheteur peut alors résilier le marché pour ce motif.

Toutefois, l'acheteur ne peut prononcer la résiliation du marché lorsque l'opérateur économique fait l'objet d'une **procédure de redressement judiciaire** instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce, à condition que celui-ci l'ait informé sans délai de son changement de situation.

Procédure de redressement judiciaire**Article L. 631-1 du code de commerce**

« Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements.

La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30 ».

Instruction ministérielle n° 12-005-MO du 26 janvier 2012

« Lorsqu'une entreprise titulaire d'un contrat fait l'objet d'une mesure de redressement judiciaire, la personne publique doit adresser une mise en demeure à l'administrateur, qui dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer sur la poursuite du marché en cours (article L. 622-13 du Code de commerce). Si l'administrateur judiciaire se prononce pour la continuation du contrat, la personne publique ne peut, sans commettre de faute, procéder à sa résiliation de manière unilatérale sauf motif d'intérêt général caractérisé ».

CE, 24 octobre 1990, n° 87327, Régie immobilière de la Ville de Paris

« Considérant que par un jugement du 2 mai 1985, le tribunal de commerce de Poitiers a prononcé le règlement judiciaire de la Société des Etablissements Serge et Roger Louis ; que si l'article 44-3 du cahier des clauses administratives générales applicable au marché en cause stipule qu'"en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de l'entrepreneur, la résiliation est prononcée, sauf si dans le mois qui suit la décision de justice intervenue, le syndic décide de poursuivre l'exécution du marché. La résiliation, si elle est prononcée, prend effet à la date de la décision du syndic de renoncer à poursuivre l'exécution du marché ou de l'expiration du délai d'un mois ci-dessus", la fixation de ce délai d'un mois est illégale comme n'étant pas prévue par les dispositions de la loi du 13 juillet 1967 ; que par une lettre du 27 mai 1983, le syndic au règlement judiciaire de la Société Louis a fait connaître à la Régie immobilière de la ville de Paris son intention de poursuivre l'exécution du marché ; qu'ainsi et alors même qu'il aurait simultanément demandé l'ouverture de discussions sur la fixation d'un nouveau prix pour les travaux déjà exécutés, le syndic ne peut être regardé comme ayant renoncé à poursuivre l'exécution du marché ; que, par suite, et sans qu'il soit

besoin de statuer sur le caractère solidaire ou conjoint de groupement des Sociétés Louis et Ziller Technik, la résiliation du marché de la Sociétés Louis et la mise en régie aux frais de Ziller Technik étaient irrégulières et ne sauraient ouvrir droit à une indemnisation au profit de la Régie immobilière de la ville de Paris ni au titre du marché de substitution passé avec la société Baudin-châteauneuf ni au titre d'un prétendu préjudice ; »

CE, 20 juillet 1988, Sté industrielle nantaise des techniques appliquées du bâtiment

« Considérant qu'aux termes de l'article 38 de la loi susvisée du 13 juillet 1967 : "le syndic conserve en cas de règlement judiciaire la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours" ; Considérant que, par un jugement du 1er février 1979, le tribunal de commerce de Nantes a prononcé le règlement judiciaire de la société INDUSTRIELLE NANTAISE DES TECHNIQUES APPLIQUEES DU BATIMENT (S.I.N.T.A.B.) ; que si l'article 47-3 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés de travaux publics dispose qu'"en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, la résiliation est prononcée, sauf si dans le mois qui suit la décision de justice intervenue, le syndic décide de poursuivre l'exécution du marché", la fixation de ce délai d'un mois est illégal comme n'étant pas prévue par les dispositions de la loi du 13 juillet 1967 ; que si, par une lettre du 16 mai 1979, l'office d'H.L.M. de la ville d'Angers a demandé au syndic de la société INDUSTRIELLE NANTAISE DES TECHNIQUES APPLIQUEES DU BATIMENT (S.I.N.T.A.B.) de lui faire connaître s'il était en mesure d'exécuter les travaux de plâtrerie qui avaient été attribués à la société par le marché passé pour la construction de 161 logements et qui avaient fait l'objet de l'ordre de service du 10 décembre 1978, il résulte de l'instruction que le 19 juin 1979, date à laquelle l'office a averti le syndic de la résiliation sans indemnité du marché, le syndic de la société n'avait pas répondu à la lettre du 16 mai 1979 ; que, dans ces conditions, l'office était en droit, à cette date, de prendre la mesure contestée ; qu'ainsi la société INDUSTRIELLE NANTAISE DES TECHNIQUES APPLIQUEES DU BATIMENT (S.I.N.T.A.B.) et son syndic, Me Collet, ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nantes a rejeté leur demande d'indemnité ».

Article L2195-5

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

Manquement grave aux obligations prévues par le droit de l'Union européenne en matière de contrats de concession

Article 44 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession

« Les États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices aient la possibilité, dans les conditions déterminées par le droit national applicable, de résilier une concession en cours lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

- une modification de la concession a eu lieu, laquelle aurait requis une nouvelle procédure d'attribution de concession conformément à l'article 43 ;
- le contractant se trouvait, lors de l'attribution du contrat, dans une des situations visées à l'article 38, paragraphe 4, et aurait dès lors dû être exclu de la procédure d'attribution de concession ;
- la Cour de justice de l'Union européenne estime, dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qu'un État membre a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des traités parce qu'un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice appartenant à cet État membre a attribué la concession en question sans respecter les obligations qui lui incombent en vertu des traités et de la présente directive ».

Article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

« Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne ».

Article L2195-6

L'acheteur peut résilier le marché lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues au chapitre IV du présent titre.

Modification

Article 44 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession

« Les États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices aient la possibilité, dans les conditions déterminées par le droit national applicable, de résilier une concession en cours lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

- une modification de la concession a eu lieu, laquelle aurait requis une nouvelle procédure d'attribution de concession conformément à l'article 43 ».

CE, 15 nov. 2017, n°409728, 409799, Commune d'Aix-en-Provence et SEMEPA

« Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, par une convention conclue le 9 juin 2016, la commune d'Aix-en-Provence et la SEMEPA ont entendu résilier la convention relative à la concession de la gestion du service public du stationnement payant sur voirie et de l'exploitation de sept parcs de stationnement publics du 29 décembre 1986 en tant qu'elle concerne l'exploitation des ouvrages hors voirie Bellegarde, Cardeurs, Carnot, Méjanès, Mignet, Pasteur et Signoret ainsi que la convention de délégation de service public du 24 octobre 2003 conclue pour l'exploitation du parc de La Rotonde.

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la convention conclue le 29 décembre 1986 entre la commune d'Aix-en-Provence et la SEMEPA, qui avait pour objet de concéder la gestion du service public du stationnement hors voirie et du service public du stationnement sur voirie, constituait, du fait notamment des conditions de son équilibre financier, un ensemble unique ; **que , alors même que la commune d'Aix-en-Provence et la SEMEPA ont déclaré procéder à la " résiliation partielle " de cette convention, la convention du 9 juin 2016 avait pour objet la modification du contrat de concession initial ; que cette modification doit être regardée, eu égard à son ampleur, comme changeant la nature globale du contrat initial** ; qu'elle introduit, en outre, des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu attirer davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ; que, par suite, le moyen soulevé par le préfet tiré de ce que cette modification de la convention conclue le 29 décembre 1986 est intervenue en méconnaissance des règles de modification des contrats de concession est de nature à créer un doute sérieux sur sa validité ».

Chapitre VI - Informations relatives à l'achat

Section 1 - Obligation de conservation des documents

Article L2196-1

Les acheteurs conservent les documents relatifs à l'exécution des marchés, dans des conditions fixées par voie réglementaire.

Section 2 - Mise à disposition des données essentielles

Article L2196-2

Dans des conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire, l'acheteur rend accessibles sous un format ouvert et librement réutilisable les données essentielles du marché, hormis celles dont la divulgation méconnaîtrait les dispositions de l'article L. 2132-1 ou serait

contraire à l'ordre public.

Article R2196-1

L'acheteur offre, sur son profil d'acheteur, un accès libre, direct et complet aux données essentielles des marchés répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure à 40 000 euros hors taxes.

Ces données essentielles portent sur :

1° La procédure de passation du marché ;

2° Le contenu du contrat ;

3° L'exécution du marché, notamment, lorsqu'il y a lieu, sur sa modification.

Un arrêté du ministre chargé de l'économie qui figure en annexe au présent code fixe la liste de ces données essentielles ainsi que les modalités de leur publication.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux marchés conclus en application de l'article R. 2122-8 dont la valeur est égale ou supérieure à 25 000 euros hors taxes. Toutefois, pour ces mêmes marchés, l'acheteur peut satisfaire à cette obligation d'information en publiant au cours du premier trimestre de chaque année, sur le support de son choix, la liste de ces marchés conclus l'année précédente. Cette liste mentionne l'objet, le montant hors taxes et la date de conclusion du marché ainsi que le nom de l'attributaire et son code postal s'il est établi en France, ou le pays de son principal établissement, s'il n'est pas établi en France.

Section 3 - Recensement économique

Article L2196-3

Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices communiquent, chaque année, les données contribuant au recensement économique de l'achat public, dans des conditions prévues par voie réglementaire.

Ces données ont trait à la passation des marchés, à leur notification ou à leur exécution.

Sous-section 1 - Observatoire économique de la commande publique

Article R2196-2

Un observatoire économique de la commande publique placé auprès du ministre chargé de l'économie rassemble et analyse les données relatives aux aspects économiques et techniques de la commande publique.

Il constitue une instance de concertation et d'échanges d'informations avec les opérateurs économiques, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et contribue à la diffusion des bonnes pratiques.

Article R2196-3

La composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement de l'observatoire économique de la commande publique sont fixées par un arrêté figurant en annexe du présent code.

Article R2196-4

L'observatoire économique de la commande publique effectue chaque année, sur la base des informations transmises par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, un recensement économique des contrats de la commande publique dans des conditions fixées par un arrêté figurant en annexe du présent code.

A cet effet, il fait notamment appel, en tant que de besoin, aux services de l'Etat compétents en matière d'enquêtes statistiques et peut utiliser les données présentes dans les systèmes d'informations comptables publics.

Sous-section 2 - Modalités du recensement économique

Article D2196-5

Le recensement économique a pour objet d'assurer le recueil et l'exploitation de données statistiques relatives à la passation, à la notification et à l'exécution des marchés passés en application des dispositions du présent code.

Article D2196-6

La liste des données communiquées à l'observatoire économique de la commande publique, qui peuvent concerner la passation et l'exécution du marché, ainsi que les modalités de leur communication sont fixées par arrêté figurant en annexe du présent code.

Article D2196-7

Pour permettre à l'observatoire économique de la commande publique de constituer et d'exploiter une base de données regroupant l'ensemble des opérations de commande publique, chacun des contrats recensés est identifié au moyen d'un numéro d'identifiant unique dont la composition est définie par un arrêté figurant en annexe du présent code.

Section 4 - Contrôle du coût de revient des marchés de l'Etat et de ses établissements publics

Article L2196-4

Les obligations prévues par la présente section sont applicables aux marchés conclus par l'Etat ou ses établissements publics pour lesquels la spécialité des techniques, le petit nombre de candidats possédant la compétence requise, des motifs de secret ou des raisons d'urgence impérieuse ou de crise ne permettent pas de faire appel à la concurrence ou de la faire jouer efficacement.

Elles sont également applicables aux marchés dont les prestations sont complexes et d'une durée supérieure à cinq ans.

Article L2196-5

Les soumissionnaires à un marché, mentionné à l'article L. 2196-4 et négocié sans publicité ni mise en concurrence préalable par l'Etat ou ses établissements publics, fournissent à l'acheteur, si celui-ci en fait la demande, tous renseignements sur les éléments techniques et comptables de l'estimation du coût de revient des prestations qui font l'objet du marché.

Les titulaires des marchés mentionnés à l'article L. 2196-4 fournissent à l'acheteur, si celui-ci en fait la demande, tous renseignements sur les éléments techniques et comptables du coût de revient des prestations qui font l'objet du marché.

Article L2196-6

Les titulaires ainsi que, dans des conditions fixées par voie réglementaire, les entreprises qui leur sont liées et leurs sous-traitants, ont l'obligation de permettre et de faciliter la vérification éventuelle sur pièces ou sur place de l'exactitude des renseignements mentionnés à l'article L. 2196-5 par les agents de l'administration.

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

Article R2196-8

Si le titulaire ne fournit pas à l'acheteur, dans le délai imparti par celui-ci, les renseignements sur les éléments techniques et comptables du coût de revient des prestations qui font l'objet du marché ou fournit des renseignements inexacts, l'acheteur peut, après mise en demeure restée sans effet, décider la suspension des paiements à intervenir dans la limite du dixième du montant du marché lorsque le manquement est le fait

du titulaire ou retenir un montant équivalent. Après nouvelle mise en demeure infructueuse, l'acheteur peut décider de transformer cette retenue en retenue définitive, sans préjudice de la résiliation éventuelle du marché aux torts du titulaire.
Lorsqu'une estimation du coût de revient est effectuée avant la notification du marché, l'acheteur indique dans les documents de la consultation et dans le marché les sanctions applicables en cas de manquement à l'obligation figurant au premier alinéa de l'article L. 2196-5.

Article R2196-9

Sont soumis aux obligations prévues par la présente section les entreprises liées au titulaire ainsi que les sous-traitants et fournisseurs intervenant dans l'exécution du marché, lorsque ces derniers réalisent individuellement, sauf stipulation contraire du marché, une part supérieure à 10% du montant du marché et d'un montant supérieur à 10 millions d'euros hors taxes.

Article R2196-10

La décision d'exercer un contrôle de coût de revient est prise par l'autorité qui a signé le marché soumis au contrôle ou, lorsque l'estimation du coût de revient est effectuée avant la notification de ce marché, par l'autorité en charge de sa passation.

Article R2196-11

Les agents ou les catégories d'agents des services de l'Etat habilités à exercer les vérifications sur pièces ou sur place sont désignés par arrêté du ministre dont ils dépendent.

Les agents des établissements publics appelés à effectuer ces vérifications sont habilités nommément par arrêté du ministre de tutelle.

Ils peuvent être mis à la disposition de tout département ministériel pour effectuer des vérifications au profit de celui-ci.

Article R2196-12

Tous les fonctionnaires ou agents qui ont connaissance à un titre quelconque des renseignements recueillis au sujet des entreprises en application de la présente section sont astreints au secret professionnel ainsi que, le cas échéant, aux règles relatives à la protection du secret en matière de défense.

Les renseignements recueillis ne peuvent être utilisés à des fins autres que le contrôle du coût de revient du marché soumis au contrôle ou de tout autre marché analogue.

Chapitre VII - Règlement alternatif des différends

[CJUE, 7 septembre 2016, C-549/14, Finn Frogne A/S c/ Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation.](#)

« L'article 2 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens que, après l'attribution d'un marché public, une modification substantielle ne peut pas être apportée à celui-ci sans l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché même lorsque cette modification constitue, objectivement, un mode de règlement transactionnel, emportant des renoncements réciproques de la part des deux parties, en vue de mettre un terme à un litige, dont l'issue est incertaine, né des difficultés auxquelles se heurte l'exécution de ce marché. Il n'en serait autrement que si les documents dudit marché prévoyaient la faculté d'adapter certaines conditions, même importantes, de celui-ci après son attribution et fixaient les modalités d'application de cette faculté ».

Section 1 - Conciliation et médiation

Sous-section 1 - Dispositions générales

Article L2197-1

Les parties à un contrat administratif peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur, dans les conditions fixées par les chapitres Ier et II du titre II du livre IV du code des relations entre le public et l'administration.

Article L2197-2

Les parties à un contrat de droit privé peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur, dans les conditions fixées par les dispositions du chapitre Ier du titre VI du livre Ier et du chapitre II du titre Ier du livre V du code de procédure civile.

Sous-section 2 - Comités consultatifs de règlement amiable des différends

Article L2197-3

La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable des différends suspend le cours des différentes prescriptions, quelle que soit la nature du contrat.

Article R2197-1

En cas de différend concernant l'exécution des marchés, les acheteurs et les titulaires peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends relatifs aux marchés.

Les comités consultatifs de règlement amiable des différends, qui peuvent être national ou locaux, ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue de proposer une solution amiable et équitable aux différends relatifs à l'exécution des marchés.

Paragraphe 1 - Compétences des comités consultatifs de règlement amiable des différends

Article R2197-2

Un comité national est placé auprès du ministre chargé de l'économie.

Il connaît des différends relatifs aux marchés passés par :

1° Les services centraux de l'Etat ;

2° Les services et organismes à compétence nationale lorsque les marchés en cause couvrent des besoins excédant la circonscription d'un seul comité local mentionné à l'article R. 2197-3.

Article R2197-3

Les comités locaux sont constitués au niveau régional, interrégional ou interdépartemental par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.

Cet arrêté fixe leur circonscription et désigne le représentant de l'Etat dans la région chargé d'arrêter les listes des représentants et organisations professionnelles mentionnées aux 2° et 3° de l'article R. 2197-7.

Article R2197-4

Les comités locaux connaissent des différends relatifs aux marchés passés par :

1° Les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics ;

2° Les services déconcentrés de l'Etat ;

3° Les services et organismes à compétence nationale lorsque les marchés en cause couvrent des besoins limités à la circonscription de compétence du comité local ;

4° Les autres acheteurs mentionnés aux articles L. 1211-1 et L. 1212-1, à l'exception de ceux mentionnés à l'article R. 2197-2.

Article R2197-5

Lorsqu'un comité local est saisi d'un différend relatif à un marché couvrant des besoins excédant sa circonscription de compétence, son président transmet sans délai la saisine au président du comité national qui attribue l'examen de l'affaire à un comité local, si cet examen ne relève pas de la compétence du comité national.

Paragraphe 2 - Composition des comités consultatifs de règlement amiable des différends**Article R2197-6**

Le comité national comprend six membres ayant voix délibérative :

- 1° Un membre du Conseil d'Etat ou un magistrat de la Cour des comptes, en activité ou honoraire, ayant au moins le grade de conseiller d'Etat ou de conseiller maître, président ;
- 2° Un membre du Conseil d'Etat ou un magistrat de la Cour des comptes, en activité ou honoraire, ayant au moins le grade de maître des requêtes ou de conseiller référendaire, vice-président ;
- 3° Deux représentants de l'Etat, en activité ou en retraite, exerçant ou ayant exercé dans le département ministériel intéressé par l'affaire soumise au comité ;
- 4° Deux personnalités compétentes exerçant ou ayant exercé des fonctions dans le même secteur d'activité que le titulaire du marché.

Un représentant de la direction générale des finances publiques peut assister aux séances avec voix consultative.

Article R2197-7

Chaque comité local comprend six membres ayant voix délibérative :

- 1° Un président et un vice-président, choisis parmi les membres en activité ou honoraires des juridictions administratives ou des juridictions financières ;
- 2° Deux représentants de l'Etat, en activité ou en retraite, dont l'un au moins exerçant ou ayant exercé dans le département ministériel intéressé par l'affaire soumise au comité ;
- 3° Deux personnalités compétentes exerçant ou ayant exercé des fonctions dans le même secteur d'activité que le titulaire du marché.

Pour l'examen des différends relatifs aux marchés des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics, les deux agents de l'Etat prévus au 2° ci-dessus sont remplacés par deux membres ayant la qualité d'élu ou d'agent des collectivités, groupements ou établissements publics.

Le comptable public assignataire des paiements relatifs au marché litigieux ou son représentant peut assister aux séances avec voix consultative.

Paragraphe 3 - Nomination des membres des comités consultatifs de règlement amiable des différends**Article R2197-8**

Le président et le vice-président du comité national ainsi que les présidents et vice-présidents des comités locaux sont nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie sur proposition, selon le cas, du vice-président du Conseil d'Etat ou du premier président de la Cour des comptes.

Leur mandat est limité à trois ans. Il est renouvelable.

Article R2197-9

Les représentants de l'Etat mentionnés au 3° de l'article R. 2197-6 et au 2° de l'article R. 2197-7 et les représentants des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics n'ayant pas la qualité d'élu ont un mandat limité à trois ans et renouvelable.

Le mandat des représentants des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de

leurs établissements publics ayant la qualité d'élu est limité à la durée de leurs fonctions électives.

Article R2197-10

Les représentants de l'Etat mentionnés au 3° de l'article R. 2197-6 et au 2° de l'article R. 2197-7 sont choisis, à l'occasion de chaque affaire, par le président, sur des listes nominatives établies dans les conditions ci-après :

- 1° Les listes des représentants de l'Etat sont arrêtées, pour le comité national, par le ministre chargé de l'économie, sur proposition du ministre compétent ;
- 2° Les listes des représentants de l'Etat sont arrêtées, pour les comités locaux, par le préfet désigné par l'arrêté mentionné à l'article R. 2197-3, avec l'accord de l'autorité hiérarchique dont, le cas échéant, ils dépendent.

Article R2197-11

Les listes des représentants des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics, habilités à siéger dans les comités locaux, sont arrêtées par le préfet désigné par l'arrêté mentionné à l'article R. 2197-3, sur proposition des autorités dont ils dépendent.

Article R2197-12

Les listes des organisations professionnelles les plus représentatives appelées à désigner, sur demande des présidents des comités, deux personnalités compétentes pour y siéger en application du 4° de l'article R. 2197-6 et du 3° de l'article R. 2197-7 sont arrêtées :

- 1° Pour le comité national, par le ministre chargé de l'économie ;
- 2° Pour les comités locaux, par le préfet désigné par l'arrêté mentionné à l'article R. 2197-3.

Paragraphe 4 - Animation, coordination et secrétariat des comités consultatifs de règlement amiable des différends**Article D2197-13**

La direction des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie assure le soutien et le secrétariat du comité national ainsi que l'animation et la coordination des secrétariats des comités locaux.

Le préfet désigné par l'arrêté mentionné à l'article R. 2197-3 désigne le service de l'Etat chargé du secrétariat du comité local.

Paragraphe 5 - Dispositions financières relatives aux comités consultatifs de règlement amiable des différends**Article D2197-14**

Les membres des comités ainsi que les rapporteurs sont indemnisés de leurs frais de déplacement et de séjour, dans les conditions prévues par la réglementation applicable aux personnels civils de l'Etat. N'ouvrent droit à indemnisation que les missions effectuées à la demande du président ou avec son autorisation.

Les rapporteurs, les présidents et les vice-présidents des comités perçoivent des indemnités dans des conditions fixées par le décret n° 92-239 du 11 mars 1992 relatif aux indemnités susceptibles d'être allouées aux présidents, aux vice-présidents et aux rapporteurs du comité consultatif national et des comités consultatifs régionaux ou interrégionaux de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés.

Ces indemnités sont prises en charge par le ministère chargé de l'économie.

Paragraphe 6 - Saisine des comités consultatifs de règlement amiable des différends

Article D2197-15

Le comité peut être saisi par l'acheteur ou par le titulaire du marché. La saisine est faite par une note détaillée exposant les motifs du différend et, le cas échéant, la nature et le montant des réclamations formulées. Cette note est accompagnée des pièces contractuelles du marché et de toutes correspondances relatives au différend. Elle est adressée au comité par lettre recommandée avec demande d'avis de réception postal ou déposée contre récépissé au secrétariat du comité. Les communications et les échanges d'information avec le comité peuvent être réalisés par voie électronique.

Article R2197-16

La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable des différends interrompt les délais de recours contentieux pour les marchés qui sont des contrats administratifs jusqu'à la notification de la décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité.

Article D2197-17

Lorsqu'il apparaît manifeste qu'une demande ne relève de la compétence d'aucun comité ou qu'elle est irrecevable sans qu'une régularisation soit possible, le président peut la rejeter par décision motivée. Il peut également donner acte des désistements ou constater qu'il n'y a pas lieu pour le comité de rendre un avis.

Paragraphe 7 - Modalités de fonctionnement des comités consultatifs de règlement amiable des différends

Article D2197-18

Les rapporteurs de chaque comité sont placés sous l'autorité de son président, qui en arrête la liste parmi les magistrats de l'ordre administratif ou parmi les fonctionnaires, en activité ou en retraite, avec l'accord des intéressés et, le cas échéant, des autorités dont ils relèvent.

Le président attribue les affaires aux rapporteurs qu'il désigne. Il fixe le délai de présentation du rapport et du projet d'avis dans le respect du délai prescrit à l'article D. 2197-21 et le nombre de vacations attribuées au rapporteur pour le traitement de l'affaire.

Le rapporteur instruit l'affaire et établit un rapport et un projet d'avis. Il a accès à tous documents administratifs utiles pour le règlement du différend et questionne oralement ou par écrit les représentants des parties. Il peut les convoquer. Dans le cas où le traitement de l'affaire l'exige, le président autorise le rapporteur à se déplacer.

Article D2197-19

Les membres des comités de règlement amiable des différends et le rapporteur désigné ne doivent pas avoir eu à connaître antérieurement de l'affaire qui leur est soumise.

Article D2197-20

Le comité siège à huis clos.

Le rapporteur présente oralement son rapport.

Le comité entend le titulaire du marché et le représentant de l'acheteur, qui peuvent être assistés par toute personne de leur choix ainsi que toute personne dont le président juge l'audition utile.

Le comité ne délibère valablement que lorsque sont présents à sa séance au moins trois de ses membres ayant voix délibérative, dont le président ou le vice-président et un représentant de chacune des catégories mentionnées, selon le cas, aux 3° et 4° de l'article R. 2197-6 ou aux 2° et 3° de l'article R. 2197-7. Les questions sont résolues à la majorité des voix. En cas de partage égal des voix, celle du président de la séance est

prépondérante.

Le délibéré est secret.

Le rapporteur y participe avec voix consultative.

Le secrétaire du comité ou son suppléant assiste aux séances et en dresse le procès-verbal.

Paragraphe 8 - Notification des avis des comités consultatifs de règlement amiable des différends

Article D2197-21

Le comité notifie son avis, dans le délai de six mois à compter de sa saisine. Ce délai peut être, lorsque que des difficultés particulières d'instruction du dossier le justifient, prolongé par périodes d'un mois dans la limite d'une durée de trois mois.

L'avis est notifié à l'acheteur ainsi qu'au titulaire du marché. Il est transmis, pour information, au ministre chargé de l'économie et, dans le cas des marchés des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics, au préfet du département ou de la région du ressort de l'acheteur.

Article D2197-22

La décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité est notifiée au titulaire du marché et au secrétaire du comité consultatif de règlement amiable des différends. Elle est transmise, pour information, au ministre chargé de l'économie.

Sous-section 3 - Le médiateur des entreprises

Article L2197-4

La saisine du médiateur des entreprises suspend le cours des différentes prescriptions dans les conditions prévues par l'article L. 213-6 du code de justice administrative ou, pour les marchés de droit privé, dans les conditions prévues par le code civil.

Article R2197-23

En cas de différend concernant l'exécution des marchés, les acheteurs et les titulaires peuvent recourir au médiateur des entreprises.

Le médiateur des entreprises agit comme tierce partie, sans pouvoir décisionnel, afin d'aider les parties, qui en ont exprimé la volonté, à trouver une solution mutuellement acceptable à leur différend.

Article R2197-24

La saisine du médiateur des entreprises interrompt les délais de recours contentieux pour les marchés qui sont des contrats administratifs.

Section 2 - Transaction

Article L2197-5

Les parties peuvent recourir à une transaction ainsi que le prévoit l'article 2044 du code civil.

Section 3 - Arbitrage

Sous-section 1 - Recours à l'arbitrage par les acheteurs de droit public

Article L2197-6

Par dérogation aux dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du code civil, le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant les personnes publiques à leurs cocontractants dans l'exécution des marchés publics est possible pour les litiges relatifs à l'exécution financière des

marchés publics de travaux et de fournitures de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux ainsi que dans les autres cas où la loi le permet.

Article R2197-25

Pour l'Etat, le recours à l'arbitrage dans les cas mentionnés à l'article L. 2197-6 est autorisé par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie.

Sous-section 2 - Recours à l'arbitrage par les acheteurs de droit privé

Article L2197-7

Le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant des personnes privées dans l'exécution des marchés est possible dans les conditions définies par le livre IV du code de procédure civile.

Livre II - DISPOSITIONS PROPRES AUX MARCHÉS DE PARTENARIAT

Article L2200-1

Sous réserve des dispositions du livre V de la présente partie relative aux autres marchés publics, les marchés de partenariat définis à l'article L. 1112-1 sont régis par les dispositions du livre Ier, à l'exception des dispositions de la sous-section 4 de la section unique du chapitre Ier du titre VII relatives aux caractéristiques des marchés globaux, des dispositions de la section 2 du chapitre III du titre Ier relatives à l'allotissement, des dispositions des sections 1 à 3 du chapitre Ier du titre IX relatives aux avances, aux acomptes et au régime des paiements ainsi qu'aux dispositions du chapitre III du titre IX relatives à la sous-traitance.

Titre Ier - PRÉPARATION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT

Chapitre Ier - Conditions de recours au marché de partenariat

Section 1 - Acheteurs autorisés

Article L2211-1

Tout acheteur est autorisé à conclure un marché de partenariat, à l'exception des acheteurs mentionnés au second alinéa.

Au sens du présent livre, les acheteurs non autorisés sont les organismes, autres que l'Etat, relevant de la catégorie des administrations publiques centrales dont la liste est établie par l'arrêté mentionné au I de l'article 12 de la loi du 28 décembre 2010 de programmation des finances publiques pour les années 2011 à 2014, ainsi que les établissements publics de santé et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique.

Article 12 de la loi du 28 décembre 2010

« Nonobstant toute disposition contraire des textes qui leur sont applicables, ne peuvent contracter auprès d'un établissement de crédit ou d'une société de financement un emprunt dont le terme est supérieur à douze mois, ni émettre un titre de créance dont le terme excède cette durée les organismes français relevant de la catégorie des administrations publiques centrales, au sens du règlement relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux en vigueur, autres que l'Etat, la Caisse d'amortissement de la dette sociale, la Caisse de la dette publique, le fonds de garantie des dépôts et de résolution et la Société de prises de participation de l'Etat. Un arrêté du ministre chargé du budget établit la liste des organismes auxquels s'applique cette interdiction.

Pour tout organisme nouvellement entrant dans la liste mentionnée au premier alinéa, l'interdiction s'applique un an après la publication de l'arrêté modifiant ladite liste ».

Arrêté du 6 septembre 2012 modifiant l'arrêté du 28 septembre 2011 fixant la liste des organismes divers d'administration centrale ayant interdiction de contracter auprès d'un établissement de crédit un emprunt dont le terme est supérieur à douze mois ou d'émettre un titre de créance dont le terme excède cette durée

Article L2211-2

Un marché de partenariat peut être conclu pour la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'une autre personne morale de droit public ou privé en vue de l'exercice de ses missions. Dans ce cas, une convention est signée entre l'acheteur qui conclut le marché de partenariat et l'organisme pour les besoins duquel le marché de partenariat est conclu.

Article L2211-3

L'Etat peut conclure un marché de partenariat pour le compte d'un acheteur non autorisé, sous réserve que :

- 1° Le ministère de tutelle ait procédé à l'instruction du projet ;
- 2° L'opération soit soutenable au regard de ses conséquences sur les finances publiques et sur la

situation financière de la personne publique.

Article L2211-4

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

Section 2 - Seuils

Article L2211-5

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

Article R2211-1

Les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si sa valeur est supérieure à un seuil fixé à :

1° 2 millions d'euros hors taxes lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des biens immatériels, des systèmes d'information ou des équipements autres que des ouvrages ainsi que lorsque le contrat comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique et prévoit que la rémunération du titulaire tient compte de l'atteinte de ces objectifs ;

2° 5 millions d'euros hors taxes lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur :
a) Des ouvrages d'infrastructure de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie, des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement ;

b) Des ouvrages de bâtiment lorsque la mission confiée au titulaire ne comprend aucun des éléments mentionnés aux 2° et 3° de L. 1112-1 ;

3° 10 millions d'euros hors taxes lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des prestations ou des ouvrages autres que ceux mentionnés aux 1° et 2° du présent article.

Article R2211-2

La valeur du marché de partenariat prise en compte pour l'application du seuil mentionné à l'article R. 2211-1 est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence à la publication. Cette valeur comprend :

- 1° La rémunération du titulaire versée par l'acheteur ;
- 2° Le cas échéant, les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine ;
- 3° Le cas échéant, les éventuels concours publics.

Section 3 - Bilan plus favorable

Article L2211-6

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

Les modalités d'établissement de ce bilan sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

CAA Marseille, 30 sept. 2019, n° 19MA01715, Ville de Marseille

« En l'état de l'instruction, aucun des moyens invoqués par la ville de Marseille ne paraît, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier l'annulation ou la réformation du jugement attaqué [TA Marseille, 3e chambre, 12 Février 2019 - n° 1709848] ».

TA Marseille, 3e chambre, 12 Février 2019 - n° 1709848

« **La délibération par laquelle l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale se prononce sur le choix d'une catégorie contractuelle, tel le marché de partenariat, n'est ni un acte préparatoire ni un acte détachable du contrat mais un acte autonome susceptible de faire l'objet d'un recours** pour excès de pouvoir dès lors qu'il appartient à la personne publique de démontrer à ce stade que les conditions de recours au marché de partenariat sont réunies et que le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable que celui des autres montages contractuels possibles.

Le conseil national et le conseil régional de l'ordre des architectes justifient d'un intérêt à demander l'annulation de la délibération attaquée, dès lors que la passation du contrat de partenariat auquel la ville décide de recourir par cette délibération, d'un coût global de 670 842 986 euros, est de nature à affecter les droits conférés aux architectes qu'ils défendent lorsque leur intervention est requise en application de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977.

Au terme de l'analyse comparative des coûts portant sur les deux montages - en maîtrise d'ouvrage publique et en marché de partenariat - et avant prise en compte des risques, l'évaluation préalable fait apparaître que **le marché de partenariat présente un coût global plus élevé, de l'ordre de 8,9 %, que celui de la maîtrise d'ouvrage publique. Si selon l'évaluation préalable, le coût du marché de partenariat, après valorisation des risques et après prise en compte supplémentaire de la valorisation des bénéfices socio-économiques du projet, devient inférieur de 8,6 % par rapport à la maîtrise d'ouvrage publique dont le coût global, après valorisation des risques, augmente de 18,3 %, la ville de Marseille n'apporte pas de justifications suffisantes quant aux paramètres qu'elle a retenus dans l'identification de ces risques, qui doivent être propres au projet en cause et qui ne peuvent être la simple reprise des documents publiés par Fin Infra (service de la direction générale du Trésor à compétence nationale chargé en particulier de l'évaluation des marchés de partenariat et plus largement des différents modes de réalisation) dans le guide d'utilisation du modèle financier d'évaluation préalable.** La ville de Marseille ne démontre pas ainsi que le recours à un marché de partenariat pour mener à bien son projet « écoles » présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Dans ces conditions, la délibération du conseil municipal approuvant le choix de recourir à un accord-cadre de partenariat permettant de conclure six marchés subséquents est annulée ».

Article R2211-3

Pour établir le bilan prévu à l'article L. 2211-6, l'acheteur tient compte de ses capacités à conduire le projet, des caractéristiques, du coût et de la complexité de celui-ci, des objectifs poursuivis ainsi que, le cas échéant, des exigences du service public ou de la mission d'intérêt général dont il est chargé.

Article R2211-4

Pour démontrer que le bilan mentionné à l'article R. 2211-3 est plus favorable que celui des autres modes de réalisation de ce projet envisageables, l'acheteur procède à une appréciation globale des avantages et des inconvénients du recours à un marché de partenariat, compte tenu notamment :

- 1° De l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage du projet au titulaire de ce marché ;
- 2° Du périmètre des missions susceptibles d'être confiées au titulaire ;
- 3° Des modalités de partage de risques entre l'acheteur et le titulaire ;
- 4° Du coût global du projet compte tenu notamment de la structure de financement

envisagée.

Chapitre II - Instruction du projet**Section 1 - Evaluation du mode de réalisation du projet****Article L2212-1**

Avant de décider de recourir à un marché de partenariat, l'acheteur procède à une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte une analyse en coût complet ainsi que tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation du projet.

Article R2212-1

L'instruction du projet inclut l'évaluation du mode de réalisation du projet et l'étude de soutenabilité budgétaire.

Article L2212-2

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

Article R2212-2

L'évaluation du mode de réalisation du projet et l'étude de soutenabilité budgétaire sont actualisées à tout moment de la procédure de passation en cas de circonstances nouvelles susceptibles de modifier substantiellement son économie générale.

Article R2212-3

Lorsque le marché de partenariat est passé sous la forme d'un accord-cadre, l'évaluation du mode de réalisation du projet et l'étude de soutenabilité budgétaire sont réalisées avant le lancement de la procédure de passation de l'accord-cadre.

Section 2 - Etude de soutenabilité budgétaire**Article L2212-3**

Avant de décider de recourir à un marché de partenariat, l'acheteur réalise une étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits.

Article L2212-4

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

Article R2212-4

L'évaluation du mode de réalisation du projet mentionnée à l'article L. 2212-1 comporte :

- 1° Une présentation générale ;
- 2° Une analyse comparative en valeur actualisée des différentes options de montages contractuels et institutionnels de la commande publique envisageables pour mettre en œuvre le projet ;
- 3° Une présentation des principaux risques du projet comprenant les risques financiers et la répartition des risques entre l'acheteur et le titulaire et, le cas échéant, une valorisation financière de ces risques ;
- 4° Une analyse de la compatibilité du projet avec les orientations de la politique immobilière de l'acheteur lorsque le marché de partenariat emporte occupation du domaine public ou privé.

Article R2212-5

La présentation générale mentionnée à l'article R. 2212-4 comporte notamment :

- 1° L'objet du projet, son historique, son contexte, ses enjeux et les caractéristiques de son équilibre économique ;
- 2° Les compétences de l'acheteur, son statut et ses capacités financières.

Article R2212-6

L'analyse comparative en valeur actualisée des différentes options de montages contractuels et institutionnels de la commande publique envisageables mentionnée à l'article R. 2212-4 comprend :

- 1° Une description d'ensemble, incluant notamment le périmètre, les procédures et le calendrier pour chacune des phases de réalisation du projet, ainsi que la durée totale du contrat ;
- 2° Une estimation en coût complet des différentes options comprenant notamment les coûts de programmation, de conception, de réalisation, de financement et de fonctionnement pour l'acheteur et pour le titulaire avec leur évolution dans le temps jusqu'à la fin de vie ainsi que, le cas échéant, des recettes résultant du projet et le traitement comptable et fiscal retenu.

Article R2212-7

L'organisme expert, placé auprès du ministre chargé de l'économie, rend un avis sur l'évaluation du mode de réalisation du projet dans un délai de six semaines suivant sa saisine.

A défaut, son avis est réputé favorable.

Article R2212-8

Les modalités d'organisation et de fonctionnement de l'organisme expert mentionné à l'article R. 2212-7 sont précisées par le décret n° 2016-522 du 27 avril 2016 relatif à la mission d'appui au financement des infrastructures.

Section 3 - Etude de soutenabilité budgétaire**Article R2212-9**

L'étude de soutenabilité budgétaire prend en compte tous les aspects financiers du projet de marché de partenariat.

Celle-ci inclut notamment :

- 1° Le coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle ;
- 2° L'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur et son effet sur sa situation financière ;
- 3° L'impact du contrat sur l'évolution des dépenses obligatoires de l'acheteur, ses conséquences sur son endettement et ses engagements hors bilan ;
- 4° Une analyse des coûts résultant d'une rupture anticipée du contrat.

Article R2212-10

Le ministre chargé du budget, auquel l'évaluation du mode de réalisation du projet est communiquée, émet un avis motivé sur l'étude de soutenabilité budgétaire.

Il se prononce dans un délai de six semaines suivant sa saisine.

A défaut, son avis est réputé favorable.

Section 4 - Instruction des projets pour le compte des acheteurs non autorisés**Article R2212-11**

Les projets de marchés de partenariat conclus pour le compte des acheteurs non autorisés sont instruits par le ministre de tutelle.

Article R2212-12

Au sens du présent livre, le ministre de tutelle est :

- 1° Le ou les ministres exerçant la tutelle en application des textes législatifs ou réglementaires en vigueur ;
 - 2° Pour les groupements d'intérêt public, le ou les ministres ayant approuvé la convention constitutive ;
 - 3° Pour les associations et les fondations, le ou les ministres représentés au sein de leurs organes décisionnels ;
 - 4° Pour les établissements publics de santé et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique, le ministre chargé de la santé.
- Pour les autorités administratives indépendantes, les autorités publiques indépendantes et les organismes non mentionnés aux 1° à 4°, est assimilé au ministre de tutelle au sens du présent livre, le ou les ministres compétents dans les domaines dans lesquels ces autorités et organismes exercent leurs missions.

Article R2212-13

Pour procéder à l'instruction du projet, le ou les ministres de tutelle peuvent faire appel aux services d'un autre ministre, à un groupement d'intérêt public ou à un établissement public, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires déterminant les compétences ou les attributions de ceux-ci.

Les acheteurs peuvent être consultés pour les besoins de cette instruction.

Chapitre III - Contenu du marché de partenariat**Article L2213-1**

Le marché de partenariat comprend les missions principales obligatoires mentionnées au premier alinéa de L. 1112-1 et, le cas échéant, tout ou partie des missions complémentaires mentionnées du 1° au 3° du même article.

Il fixe également les conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre l'acheteur et le titulaire.

Section 1 - Durée du marché de partenariat**Article L2213-2**

La durée du marché de partenariat est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues.

Section 2 - Conditions d'exécution du marché de partenariat**Article L2213-3**

Lorsque l'acheteur confie tout ou partie de la conception des ouvrages au titulaire, les conditions d'exécution du marché doivent comprendre l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation.

Lorsque l'acheteur ne confie au titulaire qu'une partie de la conception de l'ouvrage, il peut lui-même, par dérogation à l'obligation prévue à l'article L. 2431-3, faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'il assume.

Article R2213-5

La part minimale que le titulaire s'engage à confier, directement ou indirectement, à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans mentionnés à l'article R. 2151-13 est

fixée à 10 % du montant prévisionnel du marché de partenariat hors coût de financement, sauf lorsque la structure économique du secteur concerné ne le permet pas.

Section 3 - Financement du projet et rémunération du titulaire

Sous-section 1 - Financement des investissements

Paragraphe 1 - Dispositions générales

Article L2213-4

Une personne publique peut concourir au financement des investissements.

Article L2213-5

Les marchés de partenariat peuvent donner lieu à des subventions et autres participations financières. Les modalités et l'échéancier de versement de ces subventions et autres participations financières peuvent être adaptés à la durée du contrat.

Paragraphe 2 - Dispositions applicables à la constitution d'une société dédiée à la réalisation du projet

Article L2213-6

Le concours de l'Etat, des collectivités territoriales ou d'autres organismes publics au financement des investissements peut prendre la forme d'une participation minoritaire au capital du titulaire lorsque celui-ci est constitué en société dédiée à la réalisation du projet. Dans ce cas, les statuts de cette société de projet précisent la répartition des risques entre les actionnaires ainsi que les mesures prises afin de prévenir les conflits d'intérêt.

Article L2213-7

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

Sous-section 2 - Rémunération du titulaire

Article L2213-8

La rémunération du titulaire fait l'objet d'un paiement par l'acheteur à compter de l'achèvement des missions principales obligatoires mentionnées au premier alinéa de l'article L. 1112-1 et pendant toute la durée du contrat.

Cette rémunération est liée à des objectifs de performance assignés au titulaire pour chaque phase du contrat.

Article L2213-9

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

Article R2213-1

Pour le calcul de la rémunération du titulaire, le marché de partenariat précise les conditions dans lesquelles sont pris en compte et identifiés :

- 1° Les coûts d'investissement, notamment les coûts d'étude et de conception, les coûts de construction, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires ;
- 2° Les coûts de fonctionnement, notamment les coûts d'entretien, de maintenance et de renouvellement des ouvrages et des équipements ;
- 3° Les coûts de financement ;

4° Le cas échéant, les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine.

Article R2213-2

Le marché de partenariat prévoit les motifs et les modalités de variation de la rémunération ainsi que les modalités de paiement du titulaire pendant toute sa durée.

Article R2213-3

Le marché de partenariat peut prévoir les conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par l'acheteur au titulaire et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation.

Article R2213-4

Le marché de partenariat prévoit les modalités d'ajustement de la rémunération du titulaire en cas de modification des conditions de financement non prévue dans le plan de financement initialement retenu dans le contrat.

Section 4 - Dispositions relatives à l'occupation domaniale par le titulaire du marché de partenariat

Sous-section 1 - Autorisation d'occupation du domaine public

Article L2213-10

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

Sous-section 2 - Mise à disposition de l'acheteur des ouvrages, équipements ou biens immatériels

Article L2213-11

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

Sous-section 3 - Acquisition des installations édifiées dans le cadre du contrat

Article L2213-12

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

Sous-section 4 - Propriété des ouvrages, équipements ou biens immatériels en fin de contrat

Article L2213-13

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

Section 5 - Part d'exécution du contrat réservée aux PME

Article L2213-14

Le marché de partenariat prévoit la part minimale de l'exécution du contrat que le titulaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans. Cette part minimale est établie dans des conditions fixées par voie réglementaire.

Titre II - PASSATION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT

Chapitre Ier - Autorisations préalables à l'engagement de la procédure

Section 1 - Dispositions applicables à l'Etat, ses établissements publics et aux acheteurs non autorisés

Article L2221-1

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

Ces dispositions sont applicables aux marchés de partenariat conclus par l'Etat pour le compte des acheteurs non autorisés à conclure leurs propres marchés de partenariat.

Article R2221-1

Pour les projets de l'Etat, les ministres chargés du budget et de l'économie autorisent le lancement de la procédure de passation du marché de partenariat.

Leur accord est réputé acquis à défaut de réponse expresse dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de l'évaluation du mode de réalisation du projet et de l'étude de soutenabilité budgétaire ainsi que des avis mentionnés aux articles R. 2212-7 et R. 2212-10, ou, lorsqu'ils sont tacites, à compter de la date à laquelle ceux-ci sont réputés acquis.

Article R2221-2

Pour les projets des établissements publics de l'Etat, l'évaluation et l'étude préalables et les avis mentionnés aux articles R. 2212-7 et R. 2212-10 sont présentés à l'organe délibérant, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat.

Article R2221-3

Pour les projets des acheteurs non autorisés, l'autorisation préalable au lancement de la procédure de passation est donnée par les ministres chargés du budget et de l'économie.

Section 2 - Dispositions applicables aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux

Article L2221-2

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

Section 3 - Dispositions applicables aux autres acheteurs

Article L2221-3

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

Chapitre II - Présentation des documents de la consultation, des offres et critères d'attribution

Section 1 - Caractère ajustable des modalités de financement

Article L2222-1

L'acheteur peut prévoir que les modalités de financement indiquées dans l'offre finale présentent un caractère ajustable.

Ces ajustements ne peuvent avoir pour effet de remettre en cause les conditions de mise en concurrence en exonérant l'acheteur de l'obligation de respecter le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ni de permettre au titulaire pressenti de bouleverser l'économie de son offre.

L'ajustement de l'offre ne porte que sur la composante financière du coût global du contrat et est seulement fondé sur la variation des modalités de financement à l'exclusion de tout autre élément.

Article R2222-1

Lorsque l'acheteur prévoit que les modalités de financement du projet peuvent présenter un caractère ajustable, il le mentionne dans les documents de la consultation.

Article L2222-2

Le soumissionnaire auquel il est envisagé d'attribuer le marché de partenariat présente le financement définitif dans un délai fixé par l'acheteur. A défaut, le marché de partenariat ne peut lui être attribué et le soumissionnaire dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne peut être sollicité pour présenter le financement définitif de son offre dans le même délai.

Section 2 - Contenu de l'offre du soumissionnaire en cas de conception d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels

Article L2222-3

Lorsque le marché de partenariat confie au titulaire tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels, les offres comportent, pour les bâtiments, un projet architectural.

Article R2222-2

Lorsque l'acheteur décide de mettre en œuvre les dispositions de l'article L. 2213-6, l'avis d'appel à la concurrence, ou à défaut, les documents de la consultation mentionnent que le concours de l'Etat, des collectivités territoriales ou d'autres personnes publiques au financement des investissements prend la forme d'une participation minoritaire au capital du titulaire et précise les principales caractéristiques de la société de projet à constituer.

Article R2222-3

Lorsque l'acheteur décide de mettre en œuvre les dispositions de l'article L. 2213-6, les offres sont accompagnées du projet de statut de cette société.

Section 3 - Critères d'attribution

Article L2222-4

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

Article L2222-5

Lorsque le marché de partenariat confie au titulaire tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels, l'acheteur tient compte, parmi les critères d'attribution du marché, de la qualité globale des ouvrages, équipements ou biens immatériels.

Chapitre III - Achèvement de la procédure

Section 1 - Accord préalable à la signature

Sous-section 1 - Dispositions applicables à l'Etat, ses établissements publics et aux acheteurs

non autorisés**Article L2223-1**

Les autorités administratives compétentes autorisent la signature des marchés de partenariat de l'Etat et de ses établissements publics, dans des conditions fixées par voie réglementaire. Ces dispositions sont applicables aux marchés de partenariat conclus par l'Etat pour le compte des acheteurs non autorisés.

Article R2223-1

Un marché de partenariat ne peut être signé par l'Etat qu'après accord des ministres chargés du budget et de l'économie. Leur accord est réputé acquis à défaut de réponse expresse dans un délai d'un mois à compter de la réception du projet de marché de partenariat.

Article R2223-2

Un marché de partenariat ne peut être signé pour un établissement public de l'Etat qu'après accord des ministres chargés du budget, de l'économie et du ministre de tutelle. L'accord de chacun des ministres est réputé acquis à défaut de réponse dans un délai d'un mois à compter de la réception du projet de marché de partenariat.

Article R2223-3

Lorsque la procédure de passation d'un marché de partenariat a été lancée pour le compte d'un acheteur non autorisé, ce marché ne peut être signé qu'après accord exprès des ministres chargés du budget et de l'économie.

Sous-section 2 - Dispositions applicables aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux**Article L2223-2**

L'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou l'organe délibérant de l'établissement public local autorise la signature du marché de partenariat par l'organe exécutif.

Article R2223-4

Préalablement à l'autorisation de signature du marché de partenariat, la collectivité territoriale ou l'établissement public local concerné peut solliciter l'avis de l'organisme expert mentionné à l'article R. 2212-7 sur le projet de marché de partenariat.

Lorsqu'il est saisi, l'organisme expert émet un avis dans un délai de six semaines. A défaut, l'avis est réputé rendu.

Dans le cadre de cette saisine, l'organisme expert peut solliciter l'avis des services du ministre chargé du budget sur la soutenabilité budgétaire du marché de partenariat.

Sous-section 3 - Dispositions applicables aux autres acheteurs**Article L2223-3**

L'organe décisionnel des autres acheteurs autorise la signature du marché de partenariat.

Section 2 - Transmission à l'organisme expert**Article L2223-4**

Une fois signés, les marchés de partenariat et leurs annexes sont communiqués à l'organisme expert mentionné à l'article L. 2212-2.

Les informations et documents communiqués ne sont utilisés qu'à des fins de recensement et d'analyse économique.

Article R2223-5

Le ou les ministres de tutelle signent les marchés de partenariat pour le compte des acheteurs non autorisés.

A compter de la signature du marché de partenariat, ces acheteurs assument la totalité des droits et obligations qui y sont attachés.

Titre III - EXECUTION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT**Chapitre Ier - Acquisition des biens et cession de contrats****Article L2231-1**

Sur décision de l'acheteur, le titulaire du marché de partenariat peut être chargé d'acquérir les biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par voie d'expropriation. Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par l'acheteur pouvant concourir à l'exécution de sa mission.

Chapitre II - Exécution financière**Section 1 - Règles applicables au titulaire du marché de partenariat****Sous-section 1 - Avances et acomptes****Article L2232-1**

Par dérogation aux dispositions de l'article L. 2213-8, les marchés de partenariat peuvent donner lieu à des versements à titre d'avances et d'acomptes.

Article R2232-1

En application de l'article L. 2232-7, le délai de paiement applicable aux prestations exécutées par des petites et moyennes entreprises ou des artisans au sens de l'article R. 2151-13 est celui qui s'impose à l'acheteur en application de la section 2 du chapitre II du titre IX du livre Ier de la présente partie.

Sous-section 2 - Cessions de créance, crédits-bails et hypothèques**Article L2232-2**

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

Article L2232-3

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

Article L2232-4

Les ouvrages sur lesquels le titulaire dispose de droits réels ou dont il est propriétaire ne peuvent être hypothéqués qu'en vue de garantir des emprunts contractés pour financer la réalisation des obligations qu'il tient du marché de partenariat.

Le contrat constituant l'hypothèque doit, à peine de nullité, être approuvé par l'acheteur et, le cas échéant, par la personne propriétaire du domaine.

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

Sous-section 3 - Encaissement des paiements des usagers

Article L2232-5

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

Section 2 - Règles applicables aux relations entre le titulaire et ses fournisseurs

Article L2232-6

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

Article L2232-7

Par dérogation aux dispositions de l'article L. 441-6 du code de commerce, les prestations mentionnées à l'article L. 2213-14 sont payées par le titulaire du marché de partenariat, dans des délais fixés par voie réglementaire.

Chapitre III - Valorisation domaniale par le titulaire du marché de partenariat

Article L2233-1

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

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

L'accord de l'acheteur doit être expressément formulé pour chacune des autorisations ou des baux mentionnés aux 1° et 2° du présent article.

Article L2233-2

Lorsque le marché de partenariat est conclu par l'acheteur pour la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'une autre personne morale de droit public ou privé pour l'exercice de ses missions ou lorsque l'opération est réalisée sur le domaine d'une autre personne morale de droit public ou privé, le titulaire peut être autorisé à valoriser une partie du domaine, après accord du propriétaire du domaine.

Article L2233-3

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

Chapitre IV - Suivi et contrôle de l'exécution du marché de partenariat

Section 1 - Rapport annuel du titulaire

Article L2234-1

Le titulaire du marché de partenariat établit un rapport annuel permettant d'en suivre l'exécution. Ce rapport est adressé, chaque année, à l'acheteur dans les quarante-cinq jours suivant la date anniversaire de la signature du contrat.

Article R2234-1

Le rapport annuel mentionné à l'article L. 2234-1 est établi par le titulaire et doit permettre

la comparaison entre l'année qu'il retrace et les précédentes. Il comprend notamment :

- 1° Des données économiques et comptables ;
- 2° Le suivi de plusieurs indicateurs.

Article R2234-2

Les données économiques et comptables mentionnées à l'article R. 2234-1 comprennent :

- 1° Le compte annuel de résultat de l'exploitation de l'opération objet du marché de partenariat, rappelant les données présentées l'année précédente au même titre et présentant les données utilisées pour les révisions et indexations contractuelles et les justifications des prestations extérieures facturées à l'exploitation ;
- 2° Une présentation des méthodes et des éléments de calcul économique retenus pour la détermination des produits et charges imputés au compte de résultat de l'exploitation avec, le cas échéant, la mention des changements, exceptionnels et motivés, intervenus au cours de l'exercice dans ces méthodes et éléments de calcul ;
- 3° Un état des variations du patrimoine immobilier intervenues dans le cadre du marché et le tableau d'amortissement de ce patrimoine ;
- 4° Un compte rendu de la situation des autres biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation de l'ouvrage, de l'équipement ou du bien immatériel objet du marché, mise en comparaison le cas échéant avec les tableaux relatifs à l'amortissement et au renouvellement de ces biens et immobilisations ;
- 5° Un état des autres dépenses de renouvellement réalisées dans l'année ;
- 6° Les engagements à incidences financières liés au marché et nécessaires à la continuité du service public ;
- 7° Les ratios annuels de rentabilité économique et de rentabilité interne du projet ainsi que la répartition entre le coût des fonds propres et le coût de la dette afférents au financement des biens et activités objets du marché.

Article R2234-3

Les indicateurs mentionnés à l'article R. 2234-1 comprennent les indicateurs correspondant :

- 1° Aux objectifs de performance prévus à l'article L. 2213-8 ;
- 2° A la part d'exécution du marché confiée à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans en application de l'article L. 2213-14 ;
- 3° Au suivi des recettes annexes perçues par le titulaire en application de l'article L. 2213-9 ;
- 4° Aux pénalités demandées et à celles acquittées par le titulaire.

Article R2234-4

Les pièces justificatives des données mentionnées à la présente section sont transmises à l'acheteur à sa demande.

Section 2 - Contrôle de l'exécution du marché de partenariat par l'acheteur

Article L2234-2

L'acheteur exerce un contrôle sur l'exécution du marché de partenariat. Ce contrôle intervient, au minimum, en cours et à la fin de chacune des phases d'exécution des missions prévues par le contrat et donne lieu à un compte rendu.

Article R2234-5

En phase de construction, le contrôle mentionné à l'article L. 2234-2 porte notamment sur

la qualité des ouvrages construits et leur conformité au programme fonctionnel prévu dans le contrat, sur les coûts et délais définitifs de l'ouvrage construit et du plan de financement retenu.

Article R2234-6

En phase d'exploitation des ouvrages ou du service public, le contrôle mentionné à l'article L. 2234-2 porte notamment sur la qualité, le respect des objectifs de performance et le niveau de coût des prestations de service offertes par le titulaire.

Article R2234-7

En fin de contrat, le contrôle mentionné à l'article L. 2234-2 porte notamment sur les coûts définitifs du projet en construction et en exploitation, la qualité de l'exécution des prestations de service prévues dans le contrat, le respect des objectifs de performance ainsi que l'évaluation de l'état de l'ouvrage en fin de contrat et de sa valeur patrimoniale.

Article R2234-8

L'acheteur peut demander au titulaire tout document utile au contrôle de l'exécution du marché de partenariat dans le respect de l'article L. 2132-1.

Article L2234-3

Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, le rapport annuel établi par le titulaire mentionné à l'article L. 2234-1 et les comptes rendus des contrôles menés par l'acheteur mentionnés à l'article L. 2234-2 sont transmis à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant et font l'objet d'un débat.

Chapitre V - Indemnisation en cas d'annulation ou de résiliation du marché de partenariat

Article L2235-1

En cas d'annulation ou de résiliation du contrat par le juge, faisant suite au recours d'un tiers, le titulaire du marché de partenariat peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'acheteur.

Article L2235-2

Parmi les dépenses mentionnées à l'article L. 2235-1 figurent, s'il y a lieu, les frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat, y compris, le cas échéant, les coûts pour le titulaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat. La prise en compte des frais liés au financement est subordonnée à la mention, dans les annexes au marché de partenariat, des principales caractéristiques des financements à mettre en place pour les besoins de l'exécution du marché.

Article L2235-3

Lorsque une clause du marché de partenariat fixe les modalités d'indemnisation du titulaire en cas d'annulation ou de résiliation du contrat par le juge, elle est réputée divisible des autres stipulations du contrat.

Chapitre VI - Recours à l'arbitrage

Article L2236-1

Les parties peuvent recourir à l'arbitrage pour le règlement des litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat, avec application de la loi française.

Article R2236-1

Pour l'Etat, le recours à l'arbitrage mentionné à l'article L. 2236-1 est autorisé par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie.

Livre III - DISPOSITIONS APPLICABLES AUX MARCHÉS DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ

Article L2300-1

Sous réserve des dispositions de l'article L. 2500-1, les marchés de défense ou de sécurité définis à l'article L. 1113-1 sont régis par les dispositions du présent livre.

Article R2300-1

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

Des dispositions particulières peuvent être prises par voie réglementaire pour la passation et l'exécution des marchés publics passés par les services placés sous l'autorité du ministre de la défense dans les situations définies aux articles L. 1111-2 et L. 2141-1 à L. 2141-4 du code de la défense.

Titre Ier - PRÉPARATION DU MARCHÉ

Chapitre Ier - Définition du besoin

Section 1 - Aide à la définition du besoin

Article L2311-1

Les dispositions du chapitre Ier du titre Ier du livre Ier s'appliquent.

Article R2311-1

Les dispositions des articles R. 2111-1 et R. 2111-2 s'appliquent.

Section 2 - Formalisation du besoin par des spécifications techniques

Sous-section 1 - Contenu des spécifications techniques

Article R2311-2

Les dispositions des articles R. 2111-4 et R. 2111-5 s'appliquent.

Article R2311-3

Chaque fois que cela est possible, les spécifications techniques sont établies de manière à prendre en compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou des critères de fonctionnalité pour tous les utilisateurs.

Sous-section 2 - Formulation des spécifications techniques

Article R2311-4

Les dispositions des articles R. 2111-7 et R. 2111-8 s'appliquent.

Article R2311-5

Les spécifications techniques sont choisies par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats.

Les normes ou documents sont accompagnés de la mention « ou équivalent » et choisis dans l'ordre de préférence suivant :

- 1° Les normes civiles nationales transposant des normes européennes ;
- 2° Les agréments techniques européens ;
- 3° Les spécifications techniques civiles communes ;
- 4° Les normes civiles nationales transposant des normes internationales ;
- 5° Les autres normes civiles internationales ;
- 6° Les autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation, ou, en leur absence, les normes civiles nationales, les agréments techniques

nationaux ou les spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et d'utilisation des fournitures ;

7° Les spécifications techniques civiles définies par les entreprises et largement reconnues par elles ;

8° Les « normes défense » nationales et spécifications relatives aux équipements militaires qui sont similaires à ces normes.

Les règles européennes relatives à la nature et au contenu des spécifications techniques sont publiées au Journal officiel de la République française.

Article R2311-6

Les dispositions des articles R. 2111-10 et R. 2111-11 s'appliquent.

Article R2311-7

La formulation des spécifications techniques ne doit faire obstacle ni au respect de règles techniques nationales obligatoires, y compris celles relatives à la sécurité des produits, ni à la satisfaction d'exigences techniques destinées à garantir l'interopérabilité requise par des accords internationaux de normalisation dont la France est signataire.

Section 3 - Utilisation d'écolabels

Article R2311-8

Lorsque les performances ou les exigences fonctionnelles comportent des caractéristiques environnementales, celles-ci peuvent être définies par référence à tout ou partie d'un écolabel pour autant :

- 1° Que cet écolabel soit approprié pour définir les caractéristiques des fournitures ou des prestations faisant l'objet du marché ;
- 2° Que les mentions figurant dans l'écolabel aient été établies sur la base d'une information scientifique ;
- 3° Que l'écolabel soit établi par une procédure ouverte et transparente ;
- 4° Que l'écolabel et ses spécifications détaillées soient accessibles à toute personne intéressée.

Article R2311-9

L'acheteur peut indiquer, dans les documents de la consultation, que les produits ou services ayant obtenu un écolabel sont présumés satisfaire aux caractéristiques environnementales mentionnées dans les spécifications techniques mais est tenu d'accepter tout moyen de preuve approprié.

Chapitre II - Contenu du marché

Section 1 - Règles générales

Article L2312-1

Les dispositions du chapitre II du titre Ier du livre Ier s'appliquent.

Article L2312-2

Pour l'application du premier alinéa de l'article L. 2112-3, le cycle de vie de l'équipement s'entend comme l'ensemble des états successifs qu'il peut connaître, y compris la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait, le démantèlement et l'élimination.

Article R2312-1

Les dispositions de l'article R. 2112-1 s'appliquent.

Article R2312-2

Les clauses d'un marché de défense ou de sécurité peuvent être déterminées par référence à des documents généraux.

Article R2312-3

Les dispositions de l'article R. 2112-3 s'appliquent.

Article R2312-4

Les conditions d'exécution particulières d'un marché de défense ou de sécurité peuvent, notamment, comporter :

- 1° Des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social ;
- 2° Des exigences relatives à la sécurité d'approvisionnement ;
- 3° Des exigences relatives aux sous-contrats prévues au chapitre III du titre IX ;
- 4° Des exigences relatives à la sécurité des informations ;
- 5° Des exigences relatives à la localisation sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne ou des parties à l'Espace économique européen du lieu d'exécution de tout ou partie des prestations ou des moyens utilisés pour exécuter tout ou partie du marché, maintenir ou moderniser les produits acquis.

Section 2 - Durée

Article R2312-5

Les dispositions de l'article R. 2112-4 s'appliquent.

Section 3 - Prix

Article R2312-6

Les dispositions de l'article R. 2112-5 s'appliquent.

Sous-section 1 - Forme des prix

Article R2312-7

Les dispositions de l'article R. 2112-6 s'appliquent.

Sous-section 2 - Prix définitifs

Article R2312-8

L'acheteur conclut, sous réserve des dispositions de la sous-section 3, un marché à prix définitif.

Article R2312-9

Les dispositions de l'article R. 2112-8 s'appliquent.

Article R2312-10

Les dispositions des articles R. 2112-9 à R. 2112-12 s'appliquent.

Article R2312-11

Un prix révisable est un prix qui peut être modifié, dans des conditions fixées au présent

article, pour tenir compte des variations économiques.

Lorsque le prix est révisable, les clauses du marché fixent la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre. Les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées :

- 1° Soit en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation ;
- 2° Soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation. Dans ce cas, la formule de révision ne prend en compte que les différents éléments du coût de la prestation et inclut un terme fixe ;
- 3° Soit en combinant les modalités mentionnées aux 1° et 2°.

Article R2312-12

Les marchés de défense ou de sécurité d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent pour leur réalisation le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement et substantiellement affecté par les fluctuations de cours mondiaux comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, conformément aux dispositions de l'article R. 2312-11.

Toutefois, les marchés de fourniture de gaz ou d'électricité peuvent être conclus à prix ferme conformément aux usages de la profession.

Sous-section 3 - Prix provisoires

Article R2312-13

Les acheteurs ne peuvent conclure un marché de défense ou de sécurité à prix provisoires que dans les cas suivants :

- 1° Lorsque, pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse ou résultant d'une situation d'urgence de crise, 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 sont fixés au vu des résultats, non encore connus, d'une enquête de coût de revient portant sur les premières tranches, conclues à prix définitifs ;
- 4° Lorsque les prix définitifs de prestations comparables ayant fait l'objet de marchés antérieurs sont remis en cause par le candidat pressenti ou par l'acheteur, sous réserve que ce dernier ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs ;
- 5° Lorsque les prestations font l'objet d'un partenariat d'innovation ou font appel principalement à des technologies innovantes ou évolutives ne permettant pas de conclure le marché à prix définitif ;
- 6° Lorsque les résultats de la mise en concurrence d'une partie du marché que le titulaire a prévu de confier à un sous-contractant ne sont pas encore connus au moment de la conclusion du marché.

Article R2312-14

Les dispositions des articles R. 2112-16 et R. 2112-18 s'appliquent.

Chapitre III - Organisation de l'achat

Article L2313-1

Pour organiser son achat, l'acheteur peut :

1° Procéder à une mutualisation de ses besoins avec d'autres acheteurs, dans les conditions prévues à la section 1 ;
 2° Procéder à l'allotissement des prestations objet du marché, dans les conditions prévues à la section 2. Il peut également décider de passer un marché global dans les conditions prévues au chapitre Ier du titre VII ;
 3° Réserver des marchés à certains opérateurs économiques, dans les conditions prévues à la section 3.

Section 1 - Mutualisation de l'achat

Article L2313-2

Une centrale d'achat est un acheteur ou un organisme public de l'Union européenne qui a pour objet d'exercer l'une des activités d'achat centralisées suivantes :
 1° L'acquisition de fournitures ou de services de défense ou de sécurité destinés à des acheteurs ;
 2° La passation de marchés de défense ou de sécurité destinés à des acheteurs.

Article L2313-3

L'acheteur qui recourt à une centrale d'achat est considéré comme ayant respecté ses obligations de publicité et de mise en concurrence, pour autant que cette centrale d'achat respecte les dispositions du présent livre ou les objectifs de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, et que les marchés attribués puissent faire l'objet de recours efficaces.

Article L2313-4

Les dispositions des articles L. 2113-6 à L. 2113-8 relatives aux groupements de commande, ainsi que les dispositions de l'article L. 2113-9 relatives aux entités communes transnationales s'appliquent.

Section 2 - Allotissement

Article L2313-5

Les marchés de défense ou de sécurité peuvent être passés en lots séparés. L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots.
 Il peut limiter le nombre de lots pour lesquels un même opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique.

Article R2313-1

L'acheteur qui décide d'allotir un marché de défense ou de sécurité indique, s'il y a lieu, les règles d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire dans les documents de la consultation.

Section 3 - Marchés à tranches

Article R2313-2

Les dispositions des articles R. 2113-4 à R. 2113-6 s'appliquent.

Section 4 - Réserve

Article L2313-6

Les dispositions de l'article L. 2113-12 s'appliquent.

Article R2313-3

Lorsque l'acheteur réserve un marché ou des lots d'un marché aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés, l'avis d'appel à la concurrence renvoie à l'article L. 2113-12.
 La proportion minimale mentionnée à ce même article est fixée à 50 %.

Titre II - CHOIX DE LA PROCÉDURE DE PASSATION

Article L2320-1

Les marchés de défense ou de sécurité sont passés, selon leur montant, leur objet ou les circonstances de leur conclusion :
 1° Soit sans publicité ni mise en concurrence préalables, dans les conditions prévues au chapitre II ;
 2° Soit selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues au chapitre III ;
 3° Soit selon une procédure formalisée, dans les conditions prévues au chapitre IV.

Chapitre Ier - Calcul de la valeur estimée du besoin

Section 1 - Dispositions générales

Article R2321-1

L'acheteur procède au calcul de la valeur estimée du besoin sur la base du montant total hors taxes du ou des marchés envisagés.
 Il tient compte des options, des reconductions ainsi que de l'ensemble des lots, et le cas échéant, des primes ou des paiements prévus au profit des candidats ou soumissionnaires.

Article R2321-2

Les dispositions des articles R. 2121-2 et R. 2121-3 s'appliquent.

Article R2321-3

L'acheteur ne peut se soustraire à l'application du présent livre en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée du besoin autres que celles qui y sont prévues.

Section 2 - Prise en compte de la nature des prestations

Article R2321-4

Les dispositions des articles R. 2121-5 à R. 2121-7 s'appliquent.

Section 3 - Dispositions propres aux accords-cadres et aux partenariats d'innovation

Article R2321-5

Pour les accords-cadres mentionnés à l'article L. 2325-1, la valeur estimée du besoin est déterminée en prenant en compte la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés à passer ou des bons de commande à émettre pendant la durée totale de l'accord-cadre.
 Lorsque l'accord-cadre ne fixe pas de maximum, sa valeur estimée est réputée excéder les seuils de procédure formalisée.

Article R2321-6

Les dispositions de l'article R. 2121-9 s'appliquent.

Chapitre II - Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables

Article L2322-1

L'acheteur peut passer un marché de défense ou de sécurité sans publicité ni mise en concurrence préalable dans les cas fixés par voie réglementaire lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée, le respect d'une telle procédure est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur.

Article R2322-1

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque, soit seules des offres irrégulières définies à l'article L. 2152-2, soit seules des offres inacceptables définies à l'article L. 2152-3 ont été présentées. Les conditions initiales du marché ne peuvent alors être substantiellement modifiées et l'acheteur ne doit faire participer à la négociation que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation.

Article R2322-2

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables définies à l'article R. 2344-4, soit seules des offres inappropriées définies à l'article L. 2152-4, ont été présentées. Les conditions initiales du marché ne peuvent alors être substantiellement modifiées.

Pour les marchés dont la valeur estimée du besoin est supérieure aux seuils de procédure formalisée, un rapport est communiqué à la Commission européenne si celle-ci le demande.

Article R2322-3

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais minimaux d'urgence prévus aux articles R. 2361-2 et R. 2361-6 dans la procédure d'appel d'offres restreint ou à l'article R. 2361-8 dans la procédure avec négociation, parce qu'il est conclu pour faire face à une urgence résultant d'une crise en France ou à l'étranger, notamment avec des opérateurs ayant mis en place ou maintenu, en exécution d'un autre marché, les capacités nécessaires pour faire face à une éventuelle augmentation des besoins.

Au sens du présent livre, une crise est un conflit armé ou une guerre ou toute situation dans laquelle ont été causés, ou bien sont imminents, des dommages dépassant clairement ceux de la vie courante et, qui compromettent substantiellement la vie et la santé de la population ou qui ont des effets substantiels sur la valeur des biens ou qui nécessitent des mesures concernant l'approvisionnement de la population en produits de première nécessité.

Lorsque l'urgence résultant d'une crise est incompatible avec la préparation des documents de la consultation, la passation du marché fait au moins l'objet d'un échange de lettres.

Article R2322-4

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais minimaux d'urgence prévus aux articles R. 2361-2 et R. 2361-6 dans la procédure d'appel d'offres restreint ou à l'article R. 2361-8 dans la procédure avec négociation, et dont l'objet est strictement limité aux mesures nécessaires pour faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles et extérieures, notamment les catastrophes technologiques ou naturelles.

Lorsque l'urgence impérieuse est incompatible avec la préparation des documents de la consultation, la passation du marché fait au moins l'objet d'un échange de lettres.

Article R2322-5

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé, pour des raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité, ou pour des raisons techniques comme, par exemple, des exigences spécifiques d'interopérabilité ou de sécurité qui doivent être satisfaites pour garantir le fonctionnement des forces armées ou de sécurité, ou la stricte impossibilité technique, pour un candidat autre que l'opérateur économique retenu, de réaliser les objectifs requis, ou la nécessité de recourir à un savoir-faire, un outillage ou des moyens spécifiques dont ne dispose qu'un seul opérateur, notamment en cas de modification ou de mise en conformité rétroactive d'un équipement particulièrement complexe.

Article R2322-6

L'acheteur peut passer sans publicité ni mise en concurrence préalables un marché de services de recherche et développement pour lequel l'acheteur acquiert la propriété exclusive des résultats et finance entièrement la prestation.

Article R2322-7

L'acheteur peut passer sans publicité ni mise en concurrence préalables un marché qui concerne des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche et de développement à l'exception de la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement.

Article R2322-8

L'acheteur peut passer sans publicité ni mise en concurrence préalables un marché pour les achats complémentaires de fournitures qui sont exécutés par le titulaire du marché et qui sont destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de titulaire obligerait à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées.

La durée de ces marchés complémentaires de fournitures, périodes de reconduction comprises, ne peut dépasser cinq ans sauf dans des circonstances exceptionnelles déterminées en tenant compte de la durée de vie prévue des objets, installations ou systèmes livrés, ainsi que des difficultés techniques que peut occasionner un changement de titulaire.

Article R2322-9

L'acheteur peut passer sans publicité ni mise en concurrence préalables un marché qui a pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées en bourse.

Article R2322-10

L'acheteur peut passer sans publicité ni mise en concurrence préalables un marché pour l'achat de fournitures dans des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un opérateur économique en cessation définitive d'activité, soit, sous réserve de l'article L. 2141-3, auprès d'un opérateur économique soumis à l'une des procédures prévues par le livre VI du code de commerce, à l'exception de celles mentionnées au titre Ier, ou une procédure de même nature prévue par une législation d'un autre Etat.

Article R2322-11

L'acheteur peut passer sans publicité ni mise en concurrence préalables des marchés de services ou de travaux complémentaires qui consistent 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 des travaux tels qu'ils sont décrits dans le marché initial, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a exécuté ce service ou réalisé ces travaux lorsque :

- 1° Soit ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour l'acheteur ;
- 2° Soit ces services ou travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement.

Le montant cumulé de ces marchés complémentaires de services ou de travaux ne peut dépasser 50 % du montant du marché initial.

Article R2322-12

L'acheteur peut passer sans publicité ni mise en concurrence préalables des marchés ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédemment passé après mise en concurrence. Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux travaux ou services.

La durée pendant laquelle les marchés de services ou de travaux similaires peuvent être conclus ne peut dépasser cinq ans à compter de la notification du marché initial, sauf dans des circonstances exceptionnelles déterminées en tenant compte de la durée de vie prévue des objets, installations ou systèmes livrés, ainsi que des difficultés techniques que peut occasionner un changement de titulaire.

Article R2322-13

L'acheteur peut passer sans publicité ni mise en concurrence préalables un marché lié à la fourniture de services de transport maritime et aérien pour les forces armées ou les forces de sécurité d'un Etat membre, qui sont ou vont être déployées à l'étranger, lorsque l'acheteur doit obtenir ces services d'opérateurs économiques qui garantissent la validité de leur offre uniquement pour des périodes très brèves de sorte que les délais applicables aux procédures formalisées ne peuvent être respectés.

Article R2322-14

Les dispositions de l'article R. 2122-8 s'appliquent.

Chapitre III - Marchés passés selon une procédure adaptée

Section 1 - Conditions de recours à une procédure adaptée

Article L2323-1

Les dispositions de l'article L. 2123-1 s'appliquent.

Article R2323-1

L'acheteur peut recourir à une procédure adaptée pour passer :

- 1° Un marché de défense ou de sécurité dont la valeur estimée hors taxes du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code ;
- 2° Un lot d'un marché de défense ou de sécurité alloti dont le montant total est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée et qui remplit les deux conditions suivantes :
 - a) La valeur estimée de chaque lot concerné est inférieure à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services ou à 1 million d'euros hors taxes pour des travaux ;
 - b) Le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les

lots.

Article R2323-2

Quelle que soit la valeur estimée du besoin, sont passés selon une procédure adaptée les marchés de défense ou de sécurité ayant pour objet des services autres que ceux mentionnés ci-dessous :

- 1° Services d'entretien et de réparation ;
- 2° Services liés à l'aide militaire aux pays étrangers ;
- 3° Services de défense, services de défense militaires et services de défense civils ;
- 4° Services d'enquête et de sécurité ;
- 5° Services de transports terrestres ;
- 6° Services de transports aériens : transports de voyageurs et de marchandises, à l'exclusion des transports de courrier ;
- 7° Transports de courrier par transport terrestre et par air ;
- 8° Services de transports ferroviaires ;
- 9° Services de transport par eau ;
- 10° Services annexes et auxiliaires des transports ;
- 11° Services de télécommunications ;
- 12° Services financiers : services d'assurances ;
- 13° Services informatiques et services connexes ;
- 14° Services de recherche et de développement et tests d'évaluation, à l'exclusion des services de recherche et de développement exclus du champ d'application du présent livre en application de l'article L. 2515-1 ;
- 15° Services comptables, d'audit et de tenue de livres ;
- 16° Services de conseil en gestion, à l'exclusion des services d'arbitrage et de conciliation, et services connexes ;
- 17° Services d'architecture, services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie, services d'aménagement urbain et d'ingénierie paysagère, services connexes de consultations scientifiques et techniques, services d'essais et d'analyses techniques ;
- 18° Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés ;
- 19° Services de voirie et d'enlèvement des ordures : services d'assainissement et services analogues ;
- 20° Services de simulation et de formation dans les domaines de la défense et de la sécurité.

Article R2323-3

Lorsqu'un marché a pour objet à la fois des prestations de services mentionnées à l'article R. 2323-2 et des prestations de services qui n'y sont pas mentionnées, il est passé conformément aux règles qui s'appliquent à celle de ces deux catégories de prestations de services dont la valeur estimée est la plus élevée.

Section 2 - Règles applicables

Article R2323-4

Les dispositions des articles R. 2123-4 à R. 2123-6 s'appliquent.

Chapitre IV - Marchés passés selon une procédure formalisée

Article L2324-1

Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe au présent code, l'acheteur passe le marché de défense ou de sécurité selon l'une des procédures formalisées définies par le présent chapitre, dans les conditions et selon les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

Article R2324-1

L'acheteur passe son marché selon l'une des procédures formalisées prévues au présent chapitre lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code, sous réserve des dispositions du chapitre II et de la section 1 du chapitre III.

Section 1 - Appel d'offres restreint**Article L2324-2**

Lorsque l'acheteur choisit de recourir à l'appel d'offres défini à l'article L. 2124-2, cet appel d'offres est restreint.

Article R2324-2

En cas de passation du marché de défense ou de sécurité selon la procédure de l'appel d'offres mentionnée à l'article L. 2124-2, cet appel d'offres est restreint. Seuls les candidats sélectionnés par l'acheteur sont ainsi autorisés à soumissionner.

Section 2 - Procédure avec négociation**Article L2324-3**

Les dispositions de l'article L. 2124-3 s'appliquent.

Article R2324-3

Lorsque l'acheteur recourt, pour la passation d'un marché de défense ou de sécurité, à la procédure avec négociation, il ne négocie les conditions du marché qu'avec le ou les opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations

Section 3 - Dialogue compétitif**Article L2324-4**

Les dispositions de l'article L. 2124-4 s'appliquent.

Article R2324-4

L'acheteur peut, pour la passation d'un marché de défense ou de sécurité, recourir à la procédure du dialogue compétitif mentionnée à l'article L. 2124-4, lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie :

- 1° L'acheteur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;
- 2° L'acheteur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

Chapitre V - Techniques d'achat**Article L2325-1**

Pour passer un marché de défense ou de sécurité, l'acheteur peut, dans le respect des règles applicables aux procédures définies au présent titre, recourir à des techniques d'achat pour procéder à la présélection d'opérateurs économiques susceptibles de satisfaire son besoin ou permettre la présentation des offres ou leur sélection, selon des modalités particulières.

Les techniques d'achat sont les suivantes :

- 1° L'accord-cadre, qui permet de présélectionner un ou plusieurs opérateurs économiques en vue de conclure un contrat établissant tout ou partie des règles relatives aux commandes à passer au cours

d'une période donnée. La durée des accords-cadres ne peut dépasser sept ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, déterminés en tenant compte de la durée de vie prévue des objets, installations ou systèmes livrés, ainsi que des difficultés techniques que peut occasionner un changement de fournisseur. Le dépassement de cette durée peut notamment être justifié par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure ;

2° Le catalogue électronique, qui permet la présentation d'offres ou d'un de leurs éléments de manière électronique et sous forme structurée ;

3° Les enchères électroniques, qui ont pour but de sélectionner par voie électronique, pour un marché de fournitures d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée, des offres en permettant aux candidats de réviser leurs prix à la baisse ou de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leurs offres.

Titre III - ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE DE PASSATION**Chapitre Ier - Publicité préalable****Article L2331-1**

Les dispositions de l'article L. 2131-1 s'appliquent.

Section 1 - Support de publicité**Sous-section 1 - Avis de préinformation****Article R2331-1**

Les acheteurs peuvent faire connaître leur intention de passer un marché de défense ou de sécurité par le biais de la publication d'un avis de préinformation.

Cet avis est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés.

Article R2331-2

L'avis de préinformation peut être :

- 1° Soit adressé pour publication à l'Office des publications de l'Union européenne ;
- 2° Soit publié par l'acheteur sur son profil d'acheteur mentionné à l'article R. 2332-3. L'acheteur envoie alors à l'Office des publications de l'Union européenne un avis annonçant cette publication. La date de cet envoi est mentionnée sur l'avis de préinformation publié sur le profil d'acheteur.

L'avis de préinformation est adressé pour publication à l'Office des publications de l'Union européenne ou publié sur le profil d'acheteur le plus rapidement possible après la décision de réaliser le projet pour lequel l'acheteur envisage de passer des marchés.

Article R2331-3

Pour les marchés de fournitures ou de services, l'avis de préinformation indique la valeur totale estimée du besoin, pour chacune des catégories de produits ou de services homogènes que l'acheteur envisage de passer au cours des douze mois suivant la publication de cet avis.

Article R2331-4

Pour les marchés de travaux, l'avis de préinformation indique les caractéristiques essentielles des marchés que l'acheteur entend passer.

Sous-section 2 - Avis de marché**Paragraphe 1 - Avis de marché pour les marchés passés selon une procédure adaptée en raison de leur montant**

Article R2331-5

Les dispositions des articles R. 2131-12 et R. 2131-13 s'appliquent.

Article R2331-6

L'avis mentionné au 2° de l'article R. 2131-12 est établi conformément au modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.

Paragraphe 2 - Avis de marché pour les marchés passés selon une procédure adaptée en raison de leur objet

Article R2331-7

Pour les marchés de services soumis à la section 2 du chapitre III du titre II, l'acheteur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des services en cause.

Paragraphe 3 - Avis de marché pour les marchés passés selon une procédure formalisée

Article R2331-8

Les dispositions des articles R. 2131-16 et R. 2131-17 s'appliquent.

Paragraphe 4 - Publicité supplémentaire de l'avis de marché

Article R2331-9

L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal dans les conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe au présent code.
La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal à condition qu'elle indique les références de cet avis.

Section 2 - Publication

Article R2331-10

Les dispositions de l'article R. 2131-19 s'appliquent.

Article R2331-11

Les publications au niveau national ne peuvent être effectuées avant l'envoi à l'Office des publications de l'Union européenne de la demande de publication au Journal officiel de l'Union européenne.
Ces publications ne peuvent fournir plus de renseignements que ceux envoyés à l'Office des publications de l'Union européenne. Elles mentionnent la date de cet envoi.

Chapitre II - Communication et échanges d'informations

Section 1 - Confidentialité

Article L2332-1

L'acheteur ne peut communiquer, sous réserve des droits acquis par contrat, les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, notamment du montant total ou du prix détaillé des offres en cours de consultation.

Toutefois, l'acheteur peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines

informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées. L'acheteur peut imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'ils communiquent dans le cadre de la procédure de passation d'un marché.

Section 2 - Dématérialisation des communications et échanges d'informations

Article L2332-2

Les communications et les échanges d'informations peuvent être réalisés par voie électronique.

Sous-section 1 - Mise à disposition des documents de la consultation

Article R2332-1

Les dispositions de l'article R. 2132-1 s'appliquent.

Article R2332-2

Les documents de la consultation sont remis gratuitement aux opérateurs économiques qui en font la demande. Toutefois, l'acheteur peut décider que ces documents lui sont remis contre paiement des frais de reproduction. Le montant et les modalités de paiement de ces frais figurent dans les documents de la consultation.

Article R2332-3

Lorsque l'acheteur décide d'autoriser ou imposer la transmission des candidatures ou des offres par voie électronique conformément aux dispositions de l'article R. 2332-11, les documents de la consultation sont publiés sur un profil d'acheteur.
Lorsque les spécifications techniques sont fondées sur des documents gratuitement disponibles par des moyens électroniques, l'indication de la référence de ces documents est considérée comme suffisante.
L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont accessibles est indiquée dans l'avis.

Article R2332-4

Pour autant que les opérateurs économiques les aient demandés en temps utile, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sont envoyés au plus tard :

- 1° En cas d'appel d'offres restreint, quatre jours avant la date limite fixée pour la réception des offres ;
- 2° En cas de procédure avec négociation, six jours avant la date limite fixée pour la réception des offres. Toutefois, en cas de délais réduits du fait de l'urgence, ce délai est de quatre jours ;
- 3° En cas de dialogue compétitif, six jours avant la date limite fixée pour la réception des offres finales.

Article R2332-5

Les dispositions de l'article R. 2132-3 s'appliquent.

Sous-section 2 - Support des communications et échanges d'informations

Article R2332-6

Les moyens de transmission des documents et des informations qui sont choisis par l'acheteur sont accessibles, sans discrimination, à tous les opérateurs économiques et ne peuvent avoir pour effet de restreindre l'accès des candidats et soumissionnaires à la procédure d'attribution.

Article R2332-7

Les transmissions, les échanges et le stockage d'informations sont effectués de manière à assurer l'intégrité des données, la confidentialité des candidatures et des offres et à garantir que l'acheteur ne prend connaissance du contenu des candidatures et des offres qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci.

Article R2332-8

Lorsque la consultation implique la communication d'informations ou de supports classifiés ou protégés dans l'intérêt de la sécurité nationale, l'avis d'appel à la concurrence précise les exigences assurant la protection de ces informations ou supports et l'obligation pour les candidats et soumissionnaires de veiller à ce que les sous-contractants respectent ces exigences.

L'arrêté du Premier ministre mentionné à l'article R. 2300-1 détermine la nature de ces exigences.

Article R2332-9

Dans toutes les procédures de passation des marchés, les communications et échanges d'informations effectués en application du présent livre peuvent être effectués par des moyens de communication électronique ou par la production de supports physiques électroniques, selon les dispositions prévues à la présente sous-section.

Un moyen de communication électronique est un équipement électronique de traitement, y compris la compression numérique, et de stockage de données diffusées, acheminées et reçues par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.

Article R2332-10

Les outils et les dispositifs de communication et d'échanges d'information par voie électronique répondent à des exigences minimales mentionnées dans un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe au présent code.

Article R2332-11

L'acheteur peut autoriser ou imposer la transmission des candidatures ou des offres par voie électronique.

Le mode de transmission des candidatures ou des offres est indiqué dans l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation.

Pour chaque étape de la procédure, les candidats et soumissionnaires appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils transmettent à l'acheteur.

Article R2332-12

Dans les cas où la transmission électronique est une faculté donnée aux candidats ou soumissionnaires et dans ceux où elle est obligatoire, l'acheteur assure la confidentialité et la sécurité des transactions, selon des modalités figurant dans un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.

Dans le cas des marchés passés selon une procédure adaptée, ces modalités tiennent compte des caractéristiques du marché, notamment de la nature et du montant des travaux, fournitures ou services en cause.

Article R2332-13

Les frais d'accès au réseau informatique sont à la charge de chaque candidat ou soumissionnaire.

Article R2332-14

Les dispositions de l'article R. 2132-11 s'appliquent.

Article R2332-15

Dans le cadre des marchés passés par un groupement de commandes, le coordonnateur désigné par le groupement assume les obligations mises à la charge de l'acheteur mentionnées aux articles R. 2332-9 à R. 2332-14.

Article R2332-16

Dans le cas de candidatures d'un groupement d'opérateurs économiques, le mandataire assure la sécurité et l'authenticité des informations transmises au nom des membres du groupement.

Article R2332-17

L'acheteur peut, si nécessaire, exiger l'utilisation d'outils et de dispositifs qui ne sont pas communément disponibles, tels que des outils de modélisation électronique des données du bâtiment ou des outils similaires.

Dans ces cas, l'acheteur offre d'autres moyens d'accès appropriés au sens de l'article R. 2332-18, jusqu'à ce que ces outils et dispositifs soient devenus communément disponibles aux opérateurs économiques.

Article R2332-18

L'acheteur est réputé offrir d'autres moyens d'accès appropriés dans tous les cas suivants :

1° Lorsqu'il offre gratuitement un accès sans restriction, complet et direct par moyen électronique aux outils et dispositifs mentionnés au premier alinéa de l'article R. 2332-17 à partir de la date de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, à compter du lancement de la consultation. Le texte de l'avis précise l'adresse internet à laquelle ces outils et dispositifs sont accessibles ;

2° Lorsqu'il veille à ce que les opérateurs économiques n'ayant pas accès à ces outils et dispositifs ni la possibilité de se les procurer dans les délais requis, à condition que l'absence d'accès ne soit pas imputable à l'opérateur économique concerné, participent gratuitement à la procédure de passation des marchés en utilisant des jetons provisoires mis gratuitement à disposition en ligne ;

3° Lorsqu'il assure la disponibilité d'une autre voie de présentation électronique des offres.

Titre IV - PHASE DE CANDIDATURE**Chapitre Ier - Motifs d'exclusions de la procédure de passation****Section 1 - Exclusions de plein droit****Article L2341-1**

Sont exclues de la procédure de passation des marchés de défense ou de sécurité les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

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

Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente par une

décision de justice définitive, l'exclusion de la procédure de passation des marchés au titre du présent article s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation.

Article L2341-2

Les dispositions des articles L. 2141-2 à L. 2141-5 s'appliquent.

Article L2341-3

Sont exclues des marchés de défense ou de sécurité :

1° Les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 226-13, 222-52 à 222-59 et 413-10 à 413-12 du code pénal, aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense et à l'article L. 317-8 du code de la sécurité intérieure. L'exclusion de la procédure de passation des marchés s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la décision du juge sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente ;

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

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

Article L2341-4

Les acheteurs peuvent autoriser un opérateur économique qui est dans un cas d'exclusion prévu à la présente section à participer à un marché pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

Section 2 - Exclusions à l'appréciation de l'acheteur

Article L2341-5

Les dispositions des articles L. 2141-7 à L. 2141-11 s'appliquent.

Section 3 - Changement de situation des opérateurs économiques au regard des motifs d'exclusion

Article L2341-6

Lorsqu'un opérateur économique est, au cours de la procédure de passation d'un marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux sections 1 et 2, il informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation.

Dans cette hypothèse, l'acheteur exclut le candidat ou le soumissionnaire de la procédure de passation du marché pour ce motif.

Section 4 - Groupements d'opérateurs économiques et sous-traitants

Article L2341-7

Les dispositions des articles L. 2141-13 et L. 2141-14 s'appliquent.

Chapitre II - Conditions de participation

Article L2342-1

Les dispositions de l'article L. 2142-1 s'appliquent.

Article L2342-2

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

Section 1 - Dispositions générales

Sous-section 1 - Conditions générales

Article R2342-1

Les conditions de participation à la procédure de passation relatives aux capacités du candidat, mentionnées à l'article L. 2142-1, ainsi que les moyens de preuve acceptables, sont indiqués par l'acheteur dans l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation.

Article R2342-2

Les dispositions des articles R. 2142-2 à R. 2142-4 s'appliquent.

Article R2342-3

Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité.

Sous-section 2 - Conditions relatives à l'aptitude à exercer une activité professionnelle

Article R2342-4

Les dispositions de l'article R. 2142-5 s'appliquent.

Sous-section 3 - Conditions relatives aux capacités économiques et financières

Article R2342-5

Les dispositions des articles R. 2142-6, R. 2142-11 et R. 2142-12 s'appliquent.

Sous-section 4 - Conditions relatives aux capacités techniques et professionnelles

Article R2342-6

Les dispositions des articles R. 2142-13 et R. 2142-14 s'appliquent.

Sous-section 5 - Conditions de participation des opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen

Article R2342-7

L'acheteur indique dans l'avis d'appel à la concurrence si la procédure de passation est ouverte aux opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen.

Article R2342-8

Lorsque l'acheteur décide d'ouvrir la procédure de passation aux opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen, il indique, dans l'avis d'appel à la concurrence, les critères d'accessibilité sur le fondement desquels

l'autorisation de participer à la procédure peut être accordée.

Ces critères sont établis notamment au regard des impératifs de sécurité d'information et d'approvisionnement, de la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'Etat, de l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense européenne, des objectifs de développement durable, de l'obtention d'avantages mutuels et des exigences de réciprocité.

Section 2 - Réduction du nombre de candidats

Article R2342-9

L'acheteur peut limiter le nombre de candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue dans les conditions définies à la présente section.

Article R2342-10

L'acheteur qui entend limiter le nombre de candidats indique, dans l'avis d'appel à la concurrence, les critères objectifs et non-discriminatoires qu'il prévoit d'appliquer, le nombre minimum de candidats qu'il prévoit d'inviter, qui ne peut être inférieur à trois, et, le cas échéant, leur nombre maximum.

Article R2342-11

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection et aux niveaux minimaux de capacité est inférieur au nombre minimal, l'acheteur peut poursuivre la procédure avec ces candidats.

Section 3 - Groupements d'opérateurs économiques

Article R2342-12

Les dispositions des articles R. 2142-19 à R. 2142-25 s'appliquent.

Article R2342-13

Sans préjudice des dispositions de l'article L. 2141-14, l'acheteur peut prévoir, dans les documents de la consultation, la possibilité de modifier la composition des groupements et d'en constituer de nouveaux entre la remise des candidatures et la remise des offres initiales ou, le cas échéant, lorsque les circonstances liées à la complexité des spécifications techniques le justifient, jusqu'au terme de la négociation ou du dialogue.

A défaut d'une telle indication, les groupements ne peuvent être constitués ou modifiés après la date de remise des candidatures. Tous les membres du groupement doivent avoir été autorisés à présenter une offre ou à y participer et le groupement nouvellement constitué doit respecter les exigences de l'acheteur relatives aux capacités des candidats.

Article R2342-14

La composition du groupement peut être modifiée jusqu'à la date de signature du marché public, en cas d'opération de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion ou d'acquisition, ou si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait. Le groupement peut demander à l'acheteur l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation en proposant, le cas échéant, à l'acceptation de l'acheteur, un ou plusieurs nouveaux membres du groupement, sous-contractants ou entreprises liées. L'acheteur se prononce sur cette demande après examen de la capacité de l'ensemble des membres du groupement ainsi transformé et, le cas échéant, des sous-contractants ou entreprises liées présentés à son acceptation, au regard des conditions de participation qu'il a définies.

Article R2342-15

Les dispositions de l'article R. 2142-27 s'appliquent.

Chapitre III - Contenu des candidatures

Section 1 - Présentation des candidatures

Sous-section 1 - Délai de réception des candidatures

Article R2343-1

L'acheteur fixe les délais de réception des candidatures en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature.

En procédure formalisée, les délais de réception des candidatures ne peuvent être inférieurs aux délais minimaux propres à chaque procédure fixée au chapitre Ier du titre VI.

Article R2343-2

Les dispositions de l'article R. 2143-2 s'appliquent.

Sous-section 2 - Eléments à produire par le candidat

Article R2343-3

Le candidat produit à l'appui de sa candidature :

1° Une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés par les dispositions législatives des sections 1 et 2 du chapitre Ier et notamment qu'il satisfait aux obligations concernant l'emploi des travailleurs handicapés définies aux articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du code du travail ;

2° Les documents et renseignements demandés par l'acheteur aux fins de vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles du candidat conformément aux dispositions des articles R. 2142-5, R. 2142-6 et R. 2142-11 à R. 2142-14 ;

3° Tous les renseignements ou documents justifiant de sa nationalité et, le cas échéant, les renseignements demandés par l'acheteur en application de l'article R. 2343-6.

Article R2343-4

Lorsqu'un marché de défense ou de sécurité, au titre de sa passation ou de son exécution, nécessite ou comporte des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale, l'acheteur exige la production de la ou des habilitations nécessaires.

Article R2343-5

Lorsque l'acheteur exige des candidats qu'ils soient habilités, il peut accorder aux candidats qui ne sont pas habilités au moment du dépôt de leur candidature un délai supplémentaire pour obtenir cette habilitation. Ce délai est indiqué dans l'avis d'appel à la concurrence. A l'expiration de ce délai, seuls les candidats habilités sont autorisés à poursuivre la procédure.

Article R2343-6

Lorsque l'acheteur décide d'autoriser les opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen à participer à la procédure de passation du marché dans les conditions prévues à la sous-section 5 de la section 1 du chapitre II, le candidat n'ayant pas la qualité d'opérateur économique issu d'un Etat membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen produit à l'appui de sa candidature tous documents, renseignements ou justificatifs permettant d'évaluer s'il répond aux critères d'accessibilité à la procédure indiqués dans l'avis d'appel à concurrence.

Section 2 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve

Sous-section 1 - Dispositions générales

Article R2343-7

Les dispositions de l'article R. 2143-5 s'appliquent.

Sous-section 2 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve de l'absence de motifs d'exclusion

Article R2343-8

L'acheteur accepte comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'exclusion mentionné à l'article L. 2341-1, aux 1° et 3° de l'article L. 2141-4 ainsi qu'au 1° de l'article L. 2341-3, la production soit d'une attestation sur l'honneur, soit d'un extrait de casier judiciaire.

Le candidat établi à l'étranger produit un extrait du registre pertinent ou, à défaut, un document équivalent délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente du pays d'origine ou d'établissement de l'opérateur économique, attestant de l'absence de cas d'exclusion.

Article R2343-9

Les dispositions des articles R. 2143-7 à R. 2143-9 s'appliquent.

Article R2343-10

Lorsque les autorités compétentes du pays d'origine ou d'établissement du candidat ne délivrent pas les documents justificatifs et moyens de preuve mentionnés aux articles R. 2143-7 à R. 2143-9 et à l'article R. 2343-8, ou lorsque ceux-ci ne mentionnent pas tous les motifs d'exclusion de la procédure de passation, ils peuvent être remplacés par une déclaration sous serment ou, dans les pays où un tel serment n'est pas prévu, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant l'autorité judiciaire ou administrative compétente, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays d'origine ou d'établissement du candidat.

Sous-section 3 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve relatifs aux conditions de participation

Article R2343-11

Pour vérifier que les candidats satisfont aux conditions de participation à la procédure, l'acheteur peut notamment exiger la production des renseignements et documents dont la liste figure dans un arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et de la défense figurant en annexe du présent code.

Article R2343-12

Les dispositions de l'article R. 2143-12 s'appliquent.

Article R2343-13

Lorsque la passation d'un marché de défense ou de sécurité nécessite la détention de données protégées, l'acheteur exige des candidats qu'ils produisent les éléments justifiant de leur capacité à traiter, stocker et transmettre ces données au niveau de protection nécessaire. L'acheteur peut demander à l'autorité nationale de sécurité de l'Etat du candidat ou à l'autorité de sécurité désignée de cet Etat de vérifier, dans un délai que l'acheteur fixe, la conformité des locaux et installations susceptibles d'être utilisés, les

procédures industrielles et administratives qui seront suivies, les modalités de gestion de l'information ou la situation du personnel susceptible d'être employé pour l'exécution du marché public, sans préjudice pour ces autorités de la possibilité de procéder à d'autres enquêtes et d'en tenir compte. Les habilitations de sécurité de l'Etat du candidat sont reconnues dans la limite des accords de sécurité existants, sans préjudice de la possibilité de faire procéder à une enquête par l'autorité nationale de sécurité de défense et d'en tenir compte.

Sous-section 4 - Accès des acheteurs aux documents justificatifs et moyens de preuve

Article R2343-14

Les documents de la consultation peuvent prévoir que les candidats ne seront pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve que l'acheteur peut obtenir directement par le biais d'un système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel ou d'un espace de stockage numérique, à condition que figurent dans le dossier de candidature toutes les informations nécessaires à la consultation de ce système ou de cet espace et que l'accès à ceux-ci soit gratuit.

Article R2343-15

L'acheteur peut prévoir dans les documents de la consultation que les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve qui leur ont déjà été transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables.

Sous-section 5 - Opérateurs agréés et certifiés

Article R2343-16

Les candidats inscrits sur une liste officielle d'opérateurs agréés d'un Etat membre de l'Union européenne ou munis d'un certificat délivré par un organisme de certification répondant aux normes européennes en matière de certification peuvent présenter à l'acheteur un certificat d'inscription délivré par l'autorité compétente ou le certificat délivré par l'organisme de certification compétent, à condition que ces opérateurs soient établis dans l'Etat membre qui a dressé la liste officielle. Ces certificats indiquent les références qui leur ont permis d'être inscrits sur la liste officielle ou d'obtenir la certification, ainsi que la classification sur cette liste.

L'inscription certifiée par les organismes compétents sur des listes officielles ou le certificat délivré par l'organisme de certification constitue une présomption d'aptitude en ce qui concerne les motifs d'exclusion et les conditions de participation couvertes par la liste officielle ou le certificat. Toutefois, en ce qui concerne la vérification de la régularité de la situation fiscale et sociale du candidat, un certificat supplémentaire peut être exigé lors de l'attribution du contrat.

Article R2343-17

Pour les marchés passés par les services de la défense, des listes officielles d'opérateurs économiques agréés peuvent être établies.

Un certificat d'inscription est remis aux opérateurs économiques agréés. Les candidats inscrits sur une liste peuvent, à l'appui de leur candidature, fournir une copie de ce certificat au titre des informations et renseignements couverts par l'inscription sur cette liste.

Les modalités d'établissement de la liste ainsi que les conditions de validité de l'inscription sur une liste sont fixés par un arrêté du ministre chargé de l'économie et du ministre de la défense.

Article R2343-18

L'inscription sur les listes mentionnées aux articles de la présente sous-section ne peut pas

être imposée aux opérateurs économiques en vue de leur participation à un marché de défense ou de sécurité.

Section 3 - Traduction en français

Article R2343-19

L'acheteur peut exiger que les candidats joignent une traduction en français aux éléments et documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application du présent chapitre.

Chapitre IV - Examen des candidatures

Section 1 - Modalités de vérification

Sous-section 1 - Dispositions générales

Article R2344-1

L'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous.

Article R2344-2

L'acheteur vérifie les informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie, au plus tard avant l'envoi de l'invitation mentionnée à la section 2.

Article R2344-3

Les dispositions de l'article R. 2144-6 s'appliquent.

Article R2344-4

Si un candidat est concerné par un motif d'exclusion, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur, produit à l'appui de sa candidature de faux renseignements ou documents, ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, moyens de preuve, compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé.

Article R2344-5

Lorsque l'acheteur estime que le nombre de candidats appropriés est trop restreint pour assurer une véritable concurrence, il peut suspendre la procédure et publier à nouveau l'avis d'appel à la concurrence en fixant un nouveau délai pour l'introduction des demandes de participation.

Dans ce cas, les candidats sélectionnés à la suite de la première publication et ceux sélectionnés à la suite de la deuxième publication sont invités conformément aux dispositions des articles R. 2344-9 et R. 2344-10. Cette option ne porte pas atteinte à la faculté de l'acheteur d'annuler la procédure d'achat en cours et de lancer une nouvelle procédure.

Sous-section 2 - Dispositions particulières aux opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen

Article R2344-6

Lorsque l'acheteur décide d'autoriser les opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen à participer à la procédure de passation du marché, avant de procéder à l'examen de l'accessibilité des opérateurs économiques à

la procédure, il peut, lorsqu'il constate que les documents, renseignements ou justificatifs mentionnés à l'article R. 2343-6 dont la production était réclamée sont absents ou incomplets, demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier d'accessibilité dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours. Les candidats des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen qui, le cas échéant après mise en œuvre des dispositions de l'alinéa précédent, produisent des dossiers d'accessibilité ne comportant pas les documents, renseignements ou justificatifs dont la production était réclamée ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché.

Article R2344-7

L'acheteur vérifie le droit des opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen qui n'ont pas été écartés en vertu du dernier alinéa de l'article R. 2344-6 à participer à la procédure de passation au regard des critères d'accessibilité figurant dans l'avis d'appel à concurrence.

Dès qu'il a pris sa décision, l'acheteur en informe par écrit et de manière motivée les opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen qui ont sollicité l'autorisation de participer à la procédure.

Article R2344-8

Les candidatures des opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen qui n'ont pas été écartées sont étudiées dans les conditions prévues à la sous-section 1.

Section 2 - Invitation des candidats sélectionnés

Article R2344-9

Les dispositions de l'article R. 2144-8 s'appliquent.

Article R2344-10

En procédure formalisée, l'invitation comprend au minimum les informations suivantes :

- 1° La référence de l'avis d'appel à la concurrence publié ;
- 2° La date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle les offres doivent être transmises et la ou les langues autorisées pour leur présentation. Toutefois, dans le cas du dialogue compétitif, ces renseignements ne figurent pas dans l'invitation à participer au dialogue, mais dans l'invitation à remettre une offre finale ;
- 3° Dans le cas du dialogue compétitif, la date et le lieu du dialogue ainsi que la ou les langues autorisées ;
- 4° La liste des documents à fournir ;
- 5° La pondération ou la hiérarchisation des critères d'attribution du marché public si ces renseignements ne figurent pas dans les autres documents de la consultation ;
- 6° Le cas échéant, l'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation ont été mis à disposition des candidats sélectionnés et les conditions d'accès à ces documents.

Dans les cas où l'accès électronique à ces documents n'a pas été proposé, l'invitation indique l'adresse et la date limite pour le dépôt des demandes visant à obtenir les documents de la consultation ou, s'ils ne sont pas détenus par l'acheteur, l'adresse du service auprès duquel ces documents peuvent être immédiatement obtenus sur demande et la date limite pour présenter cette demande.

Chapitre Ier - Présentation et contenu des offres

Section 1 - Présentation des offres

Sous-section 1 - Délais de réception

Article L2351-1

Les dispositions de l'article L. 2151-1 s'appliquent.

Article R2351-1

Les dispositions de l'article R. 2151-1 s'appliquent.

Article R2351-2

Les délais de réception des offres présentées dans le cadre d'une procédure formalisée ne peuvent être inférieurs aux délais minimaux propres à chaque procédure, définis au chapitre Ier du titre VI.

Article R2351-3

Les dispositions de l'article R. 2151-3 s'appliquent.

Article R2351-4

Le délai de réception des offres est prolongé dans les cas suivants :

- 1° Lorsqu'un complément d'informations, nécessaire à l'élaboration de l'offre, demandé en temps utile par l'opérateur économique, n'est pas fourni dans les délais prévus à l'article R. 2332-4 ;
- 2° Lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents de la consultation. La durée de la prolongation est proportionnée à l'importance des informations demandées ou des modifications apportées.

Article R2351-5

Les dispositions de l'article R. 2151-5 s'appliquent.

Sous-section 2 - Modalités de remise

Article R2351-6

Le soumissionnaire transmet son offre en une seule fois par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité. Si plusieurs offres sont successivement transmises par un même soumissionnaire, seule est ouverte la dernière offre reçue par l'acheteur dans le délai fixé pour la remise des offres.

Article R2351-7

Les dispositions de l'article R. 2151-7 s'appliquent.

Sous-section 3 - Variantes

Article R2351-8

Lorsque l'acheteur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser la présentation de variantes dans les conditions suivantes :

- 1° Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, les variantes sont interdites sauf mention contraire dans l'avis d'appel à la concurrence ;
- 2° Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans les documents de la consultation.

Article R2351-9

Lorsque l'acheteur autorise expressément la présentation de variantes, il mentionne dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation.

Article R2351-10

Les dispositions de l'article R. 2151-11 s'appliquent.

Section 2 - Informations et documents à produire dans l'offre

Article R2351-11

L'acheteur peut exiger que les soumissionnaires joignent une traduction en français aux documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application des articles R. 2151-15 et R. 2151-16 ainsi que des articles R. 2351-6 et R. 2351-12. Il n'impose pas de traduction certifiée, sauf lorsque cela est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général.

Article R2351-12

Dans les documents de la consultation, l'acheteur peut demander aux soumissionnaires d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-contracter à des tiers, notamment à des petites et moyennes entreprises au sens de la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises ou à des artisans au sens du I de l'article 19 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 modifiée relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat.

Article R2351-13

Les dispositions des articles R. 2151-15 et R. 2151-16 s'appliquent.

Article R2351-14

Lorsque l'exécution d'un marché de défense ou de sécurité fait intervenir, nécessite ou comporte des informations ou supports protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale, l'acheteur demande, dans les documents de la consultation, que l'offre du soumissionnaire comporte :

- 1° Un engagement de préserver, au niveau de protection requis par le marché, et conformément aux dispositions prévues par l'arrêté du Premier ministre mentionné à l'article R. 2300-1, la confidentialité de toutes les informations et supports protégés ou classifiés en sa possession, ou dont il viendrait à prendre connaissance tout au long de l'exécution du marché et après résiliation ou expiration du contrat ;
- 2° Un engagement d'obtenir le même engagement de la part des sous-contractants identifiés au moment de la notification du marché et de ceux auxquels il pourrait faire appel au cours de son exécution ;
- 3° Des informations au sujet des sous-contractants identifiés, suffisantes pour permettre de déterminer si chacun d'entre eux possède les capacités requises pour préserver de manière appropriée la confidentialité des informations et supports classifiés ou protégés auxquels il a accès pendant la consultation ou qu'il sera amené à produire dans le cadre de la réalisation de son contrat avec le titulaire du marché. Ces informations doivent permettre à l'autorité nationale de sécurité de s'assurer, le cas échéant, que les opérateurs disposent ou sont susceptibles de bénéficier des habilitations requises ;
- 4° Un engagement de produire des informations au sujet des sous-contractants auxquels il fera appel au cours de l'exécution du marché, avant de leur attribuer un contrat aux fins de la réalisation d'une partie de ce marché. Ces informations doivent être suffisantes pour permettre de déterminer si chacun d'entre eux possède les capacités requises pour

préserver de manière appropriée la confidentialité des informations et supports classifiés ou protégés qu'il sera amené à produire dans le cadre de la réalisation de son contrat avec le titulaire du marché. Elles doivent permettre à l'autorité nationale de sécurité de s'assurer, le cas échéant, que les opérateurs disposent ou sont susceptibles de bénéficier des habilitations requises.

Article R2351-15

Lorsque l'acheteur fixe des exigences relatives à la sécurité d'approvisionnement, il peut notamment demander, dans les documents de la consultation, que l'offre du soumissionnaire comporte :

1° La certification ou des documents démontrant qu'il sera à même de remplir les obligations en matière d'exportation, d'importation, de transfert et de transit de marchandises liées au contrat, y compris tout document complémentaire émanant de l'Etat concerné ;

2° L'indication de toute restriction pesant sur l'acheteur concernant la divulgation, le transfert ou l'utilisation des produits et services ou toute information relative à ces produits et services qui résulterait des régimes de contrôle d'exportations ou des régimes de sécurité ;

3° La certification ou des documents démontrant que l'organisation et la localisation de sa chaîne d'approvisionnement lui permettront de respecter les exigences de l'acheteur en matière de sécurité d'approvisionnement ;

4° Tout document complémentaire émanant de ses autorités nationales concernant la satisfaction des besoins supplémentaires qui surgiraient à la suite d'une crise définie à l'article R. 2322-3 ;

5° Un engagement de veiller à ce que les éventuels changements survenus dans la chaîne d'approvisionnement pendant l'exécution du marché ne nuisent pas au respect des exigences en matière de sécurité d'approvisionnement et à ce que cette chaîne conserve un niveau au moins équivalent en matière de sécurité de l'information, de sécurité d'approvisionnement ou en matière environnementale et sociale ;

6° Un engagement de mettre en place ou maintenir les capacités nécessaires pour faire face à une éventuelle augmentation des besoins à la suite d'une crise telle que définie à l'article R. 2322-3, selon des modalités et des conditions à convenir ;

7° Un engagement d'assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché ;

8° Un engagement d'informer, en temps utile, l'acheteur de tout changement survenu dans son organisation, sa chaîne d'approvisionnement ou sa stratégie industrielle susceptible d'affecter ses obligations envers lui ;

9° Un engagement de fournir, selon des modalités et conditions à arrêter, tous les moyens spécifiques nécessaires pour la production de pièces détachées, de composants, d'assemblages et d'équipements d'essais spéciaux, y compris les plans techniques, les autorisations et les instructions d'utilisation, au cas où il ne serait plus en mesure de les fournir.

Article R2351-16

Il ne peut être demandé à un soumissionnaire d'obtenir d'un Etat membre de l'Union européenne un engagement qui porterait atteinte à la liberté dudit Etat membre d'appliquer, conformément au droit international ou de l'Union européenne pertinent, ses critères nationaux en matière d'autorisation des exportations, transferts ou transits, dans les circonstances prévalant au moment de la décision d'autorisation.

Article R2351-17

Lorsque l'acheteur fixe des exigences relatives aux sous-contrats, il peut notamment demander, dans l'avis d'appel à la concurrence, que l'offre du soumissionnaire comporte :

1° L'indication des parties du marché public qu'il a l'intention de sous-contracter, ainsi que

l'objet de ces sous-contrats et l'identité des sous-contractants ;

2° Un engagement d'indiquer tout changement intervenu au cours de l'exécution du marché au niveau de ses sous-contractants ;

3° Les informations prévues aux articles R. 2393-4 à R. 2393-6 lorsqu'il impose au titulaire de mettre en concurrence tout ou partie de ses sous-contractants ;

4° Les informations prévues aux articles R. 2393-7 à R. 2393-12 lorsqu'il impose au titulaire de sous-contracter une partie du marché ;

5° Un engagement d'attribuer les sous-contrats conformément aux dispositions des articles R. 2393-4 à R. 2393-6 ou R. 2393-7 à R. 2393-12.

Chapitre II - Examen des offres

Article L2352-1

Les dispositions des articles L. 2152-1 à, L. 2152-4, concernant les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées, des articles L. 2152-5 et L. 2152-6, concernant les offres anormalement basses, ainsi que des articles L. 2152-7 et L. 2152-8, concernant le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, s'appliquent.

Section 1 - Offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées

Article R2352-1

Les dispositions des articles R. 2152-1 et R. 2152-2 s'appliquent.

Section 2 - Offres anormalement basses

Article R2352-2

L'acheteur exige que le soumissionnaire explique le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services.

Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants :

1° Le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction ;

2° Les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux ;

3° L'originalité de l'offre ;

4° La réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations ;

5° L'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le soumissionnaire.

Article R2352-3

Les dispositions des articles R. 2152-4 et R. 2152-5 s'appliquent.

Section 3 - Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

Sous-section 1 - Choix des critères d'attribution

Article R2352-4

Les offres régulières, acceptables et appropriées, et qui n'ont pas été rejetées en application des articles R. 2152-1, R. 2152-2 ainsi que de la section 2 sont classées par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution.

Article R2352-5

Pour attribuer le marché de défense ou de sécurité au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde :

1° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, les caractéristiques fonctionnelles ou environnementales, le coût d'utilisation, les coûts au long du cycle de vie au sens de l'article L. 2312-2, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;

2° Soit sur le critère unique du prix, à condition que le marché ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre.

Article R2352-6

En cas de dialogue compétitif et pour les partenariats d'innovation, l'offre économiquement la plus avantageuse est identifiée sur la base d'une pluralité de critères conformément aux dispositions du 1° de l'article R. 2352-5.

Sous-section 2 - Publicité des critères et de leurs modalités de mise en œuvre**Article R2352-7**

Les dispositions de l'article R. 2152-11 s'appliquent.

Article R2352-8

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, les critères d'attribution font l'objet d'une pondération ou, lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, sont indiqués par ordre décroissant d'importance. La pondération peut être exprimée sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié qui doit refléter la façon dont l'acheteur valorise les différents critères.

Section 4 - Mise au point du marché**Article R2352-9**

Les dispositions de l'article R. 2152-13 s'appliquent.

Chapitre III - Offres présentées par des opérateurs économiques ou comportant des produits d'Etats tiers**Article L2353-1**

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

L'acheteur peut toutefois autoriser, au cas par cas, les opérateurs économiques d'un pays tiers à l'Union européenne à participer à une procédure de passation.

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

Article L2353-2

Pour l'application du présent livre, les Etats parties à l'Espace économique européen qui ne sont pas membres de l'Union européenne sont assimilés à des Etats membres de l'Union européenne.

Titre VI - RÈGLES APPLICABLES AUX PROCÉDURES DE PASSATION ET AUX TECHNIQUES D'ACHAT**Chapitre Ier - RÈGLES APPLICABLES AUX PROCÉDURES FORMALISÉES****Article R2361-1**

Les dispositions du présent chapitre relatives aux délais de présentation des candidatures et des offres s'appliquent sans préjudice de celles figurant aux articles R. 2343-1 et R. 2351-1 à R. 2351-5.

Section 1 - Appel d'offres restreint**Article R2361-2**

Le délai minimal de réception des candidatures est de trente-sept jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de trente jours lorsque cet avis a été envoyé par voie électronique.

Lorsqu'une situation d'urgence ne résultant pas du fait de l'acheteur rend ce délai impossible à respecter, il peut être ramené à quinze jours ou à dix jours lorsque l'avis a été envoyé par voie électronique.

Article R2361-3

Le délai minimal de réception des offres est de quarante jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Article R2361-4

Le délai minimal fixé à l'article R. 2361-3 peut être ramené à vingt-deux jours si l'acheteur a publié un avis de préinformation qui remplit les conditions suivantes :

1° Il a été envoyé pour publication cinquante-deux jours au moins à douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché ;

2° Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication.

Article R2361-5

Le délai minimal fixé aux articles R. 2361-3 et R. 2361-4 peut être réduit de cinq jours si l'acheteur offre, par moyen électronique et à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence, l'accès libre, direct et complet aux documents de la consultation et à tout document complémentaire, en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

Article R2361-6

Lorsqu'une situation d'urgence ne résultant pas du fait de l'acheteur rend le délai minimal fixé aux articles R. 2361-3 à R. 2361-5 impossible à respecter, l'acheteur peut fixer un délai de réception des offres qui ne peut être inférieur à dix jours.

Article R2361-7

Les dispositions de l'article R. 2161-11 s'appliquent.

Section 2 - Procédure avec négociation

Article R2361-8

Le délai minimal de réception des candidatures est de trente-sept jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de trente jours lorsque cet avis a été envoyé par voie électronique.

Lorsqu'une situation d'urgence ne résultant pas du fait de l'acheteur rend ce délai impossible à respecter, il peut être ramené à quinze jours ou à dix jours lorsque l'avis a été envoyé par voie électronique.

Article R2361-9

L'acheteur indique dans les documents de la consultation les exigences minimales que doivent respecter les offres.

Article R2361-10

La date limite de réception des offres est librement fixée par l'acheteur.

Article R2361-11

L'acheteur négocie avec tous les soumissionnaires leurs offres initiales et ultérieures, à l'exception des offres finales.

La négociation ne peut porter sur l'objet du marché ni modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché telles qu'elles sont définies dans les documents de la consultation.

Les exigences minimales mentionnées à l'article R. 2361-9 et les critères d'attribution ne peuvent faire l'objet de négociations.

Article R2361-12

La négociation peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution précisés dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. L'acheteur indique, dans l'un de ces documents, s'il fera usage de cette possibilité.

Section 3 - Dialogue compétitif**Article R2361-13**

L'acheteur définit ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation.

Les modalités du dialogue, les critères d'attribution et un calendrier indicatif sont précisés dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation.

Article R2361-14

Le délai minimal de réception des candidatures est de trente-sept jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de trente jours lorsque cet avis a été envoyé par voie électronique.

Article R2361-15

Les dispositions de l'article R. 2161-26 s'appliquent.

Article R2361-16

Le dialogue peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter, en appliquant les critères d'attribution définis dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. L'acheteur indique, dans les documents de la consultation, s'il fera usage de cette possibilité.

L'acheteur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions

qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

Article R2361-17

Les dispositions des articles R. 2161-28 et R. 2161-29 s'appliquent.

Article R2361-18

A la demande de l'acheteur, l'attributaire peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements financiers figurant dans celle-ci. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché.

Article R2361-19

Les dispositions de l'article R. 2161-31 s'appliquent.

Chapitre II - RÈGLES APPLICABLES AUX TECHNIQUES D'ACHAT**Section 1 - Accords-cadres****Sous-section 1 - Dispositions générales****Article R2362-1**

Les dispositions de l'article R. 2162-1 s'appliquent.

Article R2362-2

Lorsque l'accord-cadre ne fixe pas toutes les stipulations contractuelles, il donne lieu à la conclusion de marchés subséquents dans les conditions fixées à la sous-section 2. Lorsque l'accord-cadre fixe toutes les stipulations contractuelles, il est exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande dans les conditions fixées à la sous-section 3.

Article R2362-3

Les dispositions de l'article R. 2162-3 s'appliquent.

Article R2362-4

Lorsque l'accord-cadre est attribué à plusieurs opérateurs économiques, ceux-ci sont au moins au nombre de trois, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats et d'offres.

Article R2362-5

Les dispositions des articles R. 2162-4 et R. 2162-5 s'appliquent.

Article R2362-6

Les marchés subséquents et les bons de commande sont conclus ou émis entre les acheteurs identifiés à cette fin dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à soumissionner, à négocier ou à participer au dialogue ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans un autre document de la consultation, et le ou les opérateurs économiques titulaires de l'accord-cadre.

Sous-section 2 - Dispositions propres aux marchés subséquents**Article R2362-7**

Les dispositions des articles R. 2162-7 à R. 2162-10 s'appliquent.

Sous-section 3 - Dispositions propres aux bons de commande

Article R2362-8

Les dispositions des articles R. 2162-13 et R. 2162-14 s'appliquent.

Section 2 - Catalogues électroniques**Article R2362-9**

Lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques est prévue par l'acheteur, celui-ci peut exiger que les offres soient présentées sous la forme d'un catalogue électronique ou qu'elles comportent un tel catalogue.

Article R2362-10

L'acheteur indique dans l'avis de marché ou dans l'invitation à soumissionner s'il autorise ou exige la présentation des offres sous la forme d'un catalogue électronique. Il précise également, dans les documents de la consultation, toutes les informations requises en ce qui concerne le format, l'équipement électronique utilisé ainsi que les modalités de connexion et les spécifications techniques du catalogue.

Article R2362-11

Les catalogues électroniques sont établis par les candidats ou les soumissionnaires conformément aux spécifications techniques et au format prévus par l'acheteur. Ils respectent les exigences applicables aux moyens de communication électronique ainsi que toute exigence supplémentaire définie par l'acheteur conformément aux articles de la sous-section 2 du chapitre II du titre III.

Les offres présentées sous la forme d'un catalogue électronique peuvent être accompagnées de documents complémentaires.

Article R2362-12

Les dispositions de l'article R. 2162-55 s'appliquent.

Section 3 - Enchères électroniques**Article R2362-13**

Les dispositions de l'article R. 2162-57 s'appliquent.

Article R2362-14

L'acheteur qui décide de recourir à une enchère électronique en fait mention dans l'avis de marché.

Article R2362-15

Les dispositions des articles R. 2162-59 à R. 2162-61 s'appliquent.

Article R2362-16

Lorsque le choix de l'attributaire du marché n'est pas fondé sur le seul critère du prix, l'invitation adressée à chaque soumissionnaire est accompagnée du résultat de l'évaluation complète de son offre réalisée en application de l'article R. 2162-60.

Elle mentionne également la formule mathématique qui déterminera, lors de l'enchère électronique, les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix ou des nouvelles valeurs présentés. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, telle qu'indiquée dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. Le cas échéant, les fourchettes sont réduites à une valeur déterminée.

Lorsque des variantes sont autorisées, une formule distincte est fournie pour chaque

variante.

Article R2362-17

Les dispositions des articles R. 2162-63 à R. 2162-65 s'appliquent.

Article R2362-18

Après la clôture de l'enchère électronique, le marché est attribué en fonction des résultats de celle-ci et sous réserve du respect des dispositions de la section 2 du chapitre II du titre V.

Titre VII - RÈGLES APPLICABLES À CERTAINS MARCHÉS DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ
Chapitre Ier - Règles applicables à certains marchés globaux

Article L2371-1

L'acheteur peut décider de recourir aux marchés globaux mentionnés à l'article L. 2171-1. Les dispositions des articles L. 2171-2 à L. 2171-7 s'appliquent alors à ces marchés.

Section 1 - Caractéristiques des marchés globaux
Sous-section 1 - Marchés de conception-réalisation

Article R2371-1

Les dispositions de l'article R. 2171-1 s'appliquent.

Sous-section 2 - Marchés globaux de performance

Article R2371-2

Sous réserve de l'application des dispositions de l'article L. 2391-5, les prix des prestations de réalisation, d'exploitation ou de maintenance du marché global de performance apparaissent de manière séparée.

Sous-section 3 - Dispositions communes aux marchés globaux comportant des prestations de conception d'un ouvrage de bâtiment

Article D2371-3

Les dispositions des articles D. 2171-4 à D. 2171-14 relatives aux études d'esquisse, aux études d'avant-projet, aux études de projet, aux études d'exécution, au suivi de la réalisation des travaux, à l'assistance aux opérations de réception et à la mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement s'appliquent.

Section 2 - Procédure de passation des marchés globaux

Article R2371-4

Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, les acheteurs passent des marchés globaux de conception-réalisation ou de performance selon l'une des procédures mentionnées au chapitre IV du titre II, sous réserve des dispositions de la présente section.

Article R2371-5

Lorsque la procédure de l'appel d'offres restreint est utilisée, un jury, composé dans les conditions de l'article R. 2371-6, est désigné par l'acheteur. Lorsque la procédure avec négociation ou la procédure du dialogue compétitif est utilisée, la désignation d'un jury est facultative.

Article R2371-6

Le jury est composé de personnes indépendantes des candidats. Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à la procédure, au moins un tiers des membres du jury doit posséder cette qualification ou une qualification équivalente.

Les membres du jury sont désignés selon les modalités suivantes :

- 1° En ce qui concerne les administrations centrales de l'Etat, les services à compétence nationale et les services déconcentrés qui ne sont pas placés sous l'autorité du préfet, par le ministre dont ils dépendent ;
- 2° En ce qui concerne les services déconcentrés de l'Etat placés sous l'autorité du préfet, par le préfet ;
- 3° En ce qui concerne les établissements publics de l'Etat, selon les règles propres à

chaque établissement.

En cas de groupement de commandes, la composition du jury est fixée par la convention de groupement.

Article R2371-7

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir. L'acheteur arrête la liste des candidats admis à réaliser des prestations.

Les candidats admis exécutent des prestations sur lesquelles se prononce le jury, après les avoir entendus. Ces prestations comportent au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou, pour un ouvrage d'infrastructure, un avant-projet accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage.

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats et formule un avis motivé.

L'acheteur peut demander des clarifications ou des précisions concernant les offres déposées par les candidats. Ces précisions, clarifications ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché.

Le marché est attribué au vu de l'avis du jury.

Section 3 - Versement d'une prime

Article R2371-8

Les documents de la consultation indiquent le montant de la prime qui sera versée aux soumissionnaires ainsi que ses modalités de réduction ou de suppression :

- 1° Pour la passation d'un marché de conception-réalisation lorsque les documents de la consultation ont prévu la remise de prestations ;
- 2° Pour la passation d'un marché global de performance qui comporte des prestations de conception.

Article R2371-9

Les dispositions des articles R. 2171-20 à R. 2171-22 s'appliquent.

Chapitre II - Règles applicables à certains marchés de défense ou de sécurité en fonction de leur objet

Article L2372-1

Les dispositions des articles L. 2172-2 à L. 2172-4 s'appliquent.

Section 1 - Marchés de maîtrise d'œuvre

Sous-section 1 - Définition

Article R2372-1

Les marchés de maîtrise d'œuvre ont pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage, l'exécution d'un ou plusieurs éléments de la mission énoncée à l'article L. 2431-1.

Ces marchés sont passés selon les modalités prévues à la présente section et, lorsqu'ils relèvent, ainsi que les acheteurs qui les concluent, du livre IV, dans le respect des dispositions de ce livre.

Sous-section 2 - Procédures applicables

Article R2372-2

Pour les marchés de maîtrise d'œuvre qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est

égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur peut recourir :

- 1° Soit à l'appel d'offres restreint dans les conditions prévues à l'article R. 2372-3 ;
- 2° Soit à la procédure avec négociation dans les conditions prévues à l'article R. 2372-4 ;
- 3° Soit à la procédure sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les conditions de recours à cette procédure sont réunies ;
- 4° Soit à la procédure du dialogue compétitif dans les conditions prévues l'article R. 2372-5.

Article R2372-3

Lorsque la procédure de l'appel d'offres restreint est utilisée, un jury composé dans les conditions définies à l'article R. 2371-6 émet un avis motivé sur les candidatures et sur les offres.

Article R2372-4

Lorsque la procédure avec négociation est utilisée, l'acheteur, après avis du jury composé conformément aux dispositions de l'article R. 2371-6, dresse la liste des candidats admis à négocier, dont le nombre ne peut être inférieur à trois sauf si le nombre de candidats n'est pas suffisant.

Article R2372-5

Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à la réhabilitation d'un ouvrage, l'acheteur peut recourir au dialogue compétitif lorsque les conditions de recours à cette procédure sont réunies.

Un jury peut être composé conformément aux dispositions de l'article R. 2371-6.

Dans ce cas, il examine les candidatures et formule dans un procès-verbal un avis motivé sur celles-ci. L'acheteur dresse la liste des candidats admis au dialogue au vu de cet avis. A l'issue du dialogue, le jury examine les offres finales, les évalue et les classe dans un avis motivé qui fait l'objet d'un procès-verbal. Il peut inviter les candidats à apporter des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments sur leur offre finale. Le marché est attribué au vu de l'avis du jury.

Sous-section 3 - Primes

Article R2372-6

Pour les marchés de maîtrise d'œuvre relatifs à des ouvrages auxquels sont applicables les dispositions du livre IV, les soumissionnaires qui ont remis des prestations conformes aux documents de la consultation bénéficient d'une prime.

Le montant de la prime attribuée à chaque soumissionnaire est égal au prix estimé des études à effectuer, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.

Article R2372-7

Pour les marchés de maîtrise d'œuvre relatifs à des ouvrages auxquels ne sont pas applicables les dispositions du livre IV, les soumissionnaires qui ont remis des prestations conformes aux documents de la consultation bénéficient d'une prime dont le montant est librement défini par l'acheteur.

Article R2372-8

Lorsque le marché de maîtrise d'œuvre répond à un besoin dont la valeur estimée est supérieure aux seuils de procédure formalisée et lorsque sa procédure de passation fait intervenir un jury, la prime est versée aux soumissionnaires sur proposition du jury.

Article R2372-9

Les documents de la consultation indiquent le montant de la prime qui sera versée aux

soumissionnaires ainsi que ses modalités de réduction ou de suppression. La rémunération du titulaire du marché de maîtrise d'œuvre tient compte de la prime qu'il a reçue pour sa participation à la procédure.

Section 2 - Marchés de décoration des constructions publiques

Article R2372-10

Les dispositions de l'article R. 2172-7 s'appliquent.

Sous-section 1 - Marchés inférieurs aux seuils européens

Paragraphe 1 - Marchés portant sur la commande d'une ou plusieurs réalisations artistiques à créer

Article R2372-11

Les dispositions des articles R. 2172-8 à R. 2172-10 s'appliquent.

Article R2372-12

Lorsque la commande ne peut être confiée qu'à un prestataire déterminé en application des dispositions de l'article R. 2322-5, l'acheteur peut négocier sans publicité ni mise en concurrence préalables le marché de décoration des constructions publiques.

Dans les autres cas, il doit procéder à une publicité adaptée du programme de la commande artistique permettant une information suffisante des artistes en fonction de la nature et du montant de la commande. L'avis de publicité précise le nombre d'artistes qui sera autorisé à présenter un projet en réponse au programme.

Article R2372-13

Les dispositions des articles R. 2172-12 à R. 2172-14 s'appliquent.

Paragraphe 2 - Marchés portant sur l'achat d'une ou plusieurs réalisations artistiques existantes

Article R2372-14

Les dispositions des articles R. 2172-15 et R. 2172-16 s'appliquent.

Sous-section 2 - Marchés de décoration des constructions publiques supérieurs aux seuils européens

Article R2372-15

Les dispositions de l'article R. 2172-17 s'appliquent.

Sous-section 3 - Composition et fonctionnement du comité artistique

Article R2372-16

Les dispositions des articles R. 2172-18 et R. 2172-19 s'appliquent.

Section 3 - Partenariats d'innovation

Article R2372-17

Les dispositions des articles R. 2172-20, R. 2172-21, R. 2172-23 à R. 2172-25, R. 2172-31 et R. 2172-32 s'appliquent.

Article R2372-18

Les partenariats d'innovation qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée sont passés selon une procédure avec négociation.
Toutefois, les réductions de délais du fait de l'urgence ne sont pas applicables.

Section 4 - Marchés présentant des aléas techniques importants

Article R2372-19

Dans les marchés de défense ou de sécurité présentant des aléas techniques importants, notamment ceux comportant une part de développement ou relatifs au maintien en conditions opérationnelles de matériels, l'acheteur peut prévoir, dans des cas dûment justifiés, l'acquisition en cours d'exécution d'une part de fournitures ou de services qui n'ont pu être définis avec précision dans le marché public initial.
Ces fournitures ou ces services doivent être liés à l'objet du marché et nécessaires à son exécution.

Article R2372-20

Le recours à la faculté mentionnée à l'article R. 2372-19 doit être indiqué dans les documents de la consultation.
La part des fournitures ou des services qui pourront être acquis en cours d'exécution sans avoir été définis dans le marché initial et les conditions de fixation du prix de ces fournitures ou services doivent être indiqués dans le marché. Cette part doit être justifiée et ne peut être supérieure à 15 % du montant total du marché initial.

Article R2372-21

Les fournitures ou services mentionnés à l'article R. 2372-19 sont commandés, le cas échéant, après négociation avec le titulaire.

Section 5 - Marchés relatifs à l'achat de véhicules à moteur

Article R2372-22

Les dispositions de l'article R. 2172-35 s'appliquent.

Article R2372-23

Il peut être satisfait à l'obligation mentionnée à l'article R. 2172-35 par :
1° La fixation de spécifications techniques conformes aux dispositions des sections 2 et 3 du chapitre Ier du titre Ier relatives aux performances énergétiques et environnementales du véhicule ;
2° L'inclusion des incidences énergétiques et environnementales du véhicule, sur toute sa durée de vie, dans les critères d'attribution prévus aux articles R. 2352-5 et R. 2352-6. Les incidences à prendre en compte sont définies selon les modalités fixées à l'article R. 2172-38. Si l'acheteur choisit de traduire ces incidences en valeur monétaire, leur quantification doit se conformer à la méthodologie établie en application de cet article.

Article R2372-24

Les dispositions de l'article R. 2172-38 s'appliquent.

Chapitre III - Marchés de partenariat de défense ou de sécurité

Article L2373-1

Les marchés de partenariat de défense ou de sécurité sont soumis aux dispositions du présent livre, à l'exception :

1° De l'article L. 2312-1, en tant qu'il renvoie aux dispositions des sections 2 et 3 du chapitre II du titre

Ier du livre Ier ;

2° Des dispositions du chapitre Ier du titre IX ;

3° Des dispositions de la section 2 du chapitre III du titre IX.

Les marchés de partenariat de défense ou de sécurité sont soumis aux dispositions du livre II, à l'exception des articles L. 2200-1, L. 2221-2, L. 2221-3, L. 2223-2, L. 2223-3, et L. 2234-3.

Article R2373-1

Les marchés de partenariat de défense ou de sécurité sont soumis aux dispositions du présent livre, à l'exception :

1° Des dispositions des sections 2 et 3 du chapitre II du titre Ier ;

2° Des dispositions du chapitre Ier du titre IX ;

3° Des dispositions de la section 2 du chapitre III du titre IX.

Ils sont également soumis aux dispositions du livre II, à l'exception de son article R. 2200-1, sous réserve des dispositions suivantes :

1° Le seuil prévu à l'article L. 2211-5, au-delà duquel les acheteurs peuvent recourir au marché de partenariat, est fixé à 20 millions d'euros hors taxes ;

2° La part minimale que le titulaire s'engage à confier, directement ou indirectement, à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans en application de l'article R. 2213-5, est fixée à 10 % du montant prévisionnel du contrat hors coût de financement, sauf lorsque la structure économique du secteur concerné, la sécurité des approvisionnements ou celle des informations ne le permettent pas.

Titre VIII - ACHÈVEMENT DE LA PROCÉDURE**Chapitre Ier - Information des candidats et des soumissionnaires évincés****Article L2381-1**

Les dispositions de l'article L. 2181-1 s'appliquent.

Article R2381-1

Les dispositions des articles R. 2181-1 à R. 2181-4 s'appliquent.

Chapitre II - Signature et notification du marché**Section 1 - Signature du marché****Article R2382-1**

Les dispositions de l'article R. 2182-1 s'appliquent.

Article R2382-2

Le respect du délai mentionné à l'article R. 2182-1 n'est pas exigé :

- 1° Lorsque le marché est attribué au seul opérateur ayant participé à la consultation ;
- 2° Pour l'attribution des marchés subséquents fondés sur un accord-cadre.

Article R2382-3

Les dispositions de l'article R. 2182-3 s'appliquent.

Section 2 - Notification du marché**Article R2382-4**

Les dispositions de l'article R. 2182-4 s'appliquent.

Chapitre III - Avis d'attribution**Article L2383-1**

Les dispositions de l'article L. 2183-1 s'appliquent.

Section 1 - Modalités de publication**Article R2383-1**

Pour les marchés de défense ou de sécurité répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code, l'acheteur envoie pour publication, dans un délai maximal de quarante-huit jours à compter de la signature du marché, un avis d'attribution.

Cet avis est publié dans le Bulletin officiel des annonces de marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne.

Article R2383-2

Les dispositions des articles R. 2183-2 et R. 2183-3 s'appliquent.

Section 2 - Dispositions particulières relatives au contenu des avis d'attribution**Article R2383-3**

Dans les conditions fixées par l'article L. 2332-1, certaines informations sur la passation du marché peuvent ne pas être publiées au cas où leur divulgation ferait obstacle à

l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public, en particulier aux intérêts en matière de défense ou de sécurité, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique en particulier, public ou privé, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

Chapitre IV - Conservation des informations**Article L2384-1**

Les dispositions de l'article L. 2184-1 s'appliquent.

Section 1 - Rapport de présentation de la procédure menée par les acheteurs**Article R2384-1**

L'acheteur établit un rapport de présentation de la procédure de passation des marchés de défense ou de sécurité répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code.

Article R2384-2

Le rapport de présentation comporte au moins les éléments suivants :

- 1° Le nom et l'adresse de l'acheteur, l'objet et la valeur du marché ;
- 2° La procédure de passation choisie ;
- 3° Le nom des candidats exclus et les motifs du rejet de leur candidature ;
- 4° Le nom des candidats sélectionnés et les motifs de ce choix ;
- 5° Le nom des soumissionnaires dont l'offre a été écartée et les motifs de ce rejet, y compris, le cas échéant, les raisons qui ont amené à la juger anormalement basse ;
- 6° Le nom du titulaire et les motifs du choix de son offre, ainsi que, si ces informations sont connues, la part du marché que le titulaire a l'intention ou sera tenu de sous-contracter à des tiers et le nom des sous-contractants.

Article R2384-3

Le rapport de présentation comporte en outre, lorsqu'il y a lieu, les éléments suivants :

- 1° Les motifs du recours à la procédure de passation sans publicité ni mise en concurrence préalable ou à la procédure de dialogue compétitif ;
- 2° Les motifs du recours à un accord-cadre d'une durée supérieure à sept ans ;
- 3° La justification du dépassement des durées prévues aux articles R. 2322-8 et R. 2322-12 ;
- 4° Toutes les informations sur le déroulement des procédures d'attribution conduites par voie électronique ;
- 5° Les motifs des décisions concernant la participation à la procédure de passation des opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen ;
- 6° Si l'acheteur a pris des mesures appropriées pour s'assurer que la concurrence n'a pas été faussée par les consultations, l'avis ou la participation des tiers en application de la section 1 du chapitre Ier du titre Ier, la description de ces mesures ;
- 7° Les conflits d'intérêts décelés et les mesures prises en conséquence ;
- 8° Les raisons pour lesquelles l'acheteur a renoncé à passer un marché.

Article R2384-4

Les dispositions des articles R. 2184-5 et R. 2184-6 s'appliquent.

Section 2 - Durée de conservation**Article R2384-5**

Les dispositions des articles R. 2184-12 et R. 2184-13 s'appliquent.

Chapitre V - Abandon de la procédure

Article R2385-1

Les dispositions des articles R. 2185-1 et R. 2185-2 s'appliquent.

Titre IX - EXÉCUTION DU MARCHÉ

Chapitre Ier - Exécution financière

Article L2391-1

Sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire, les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux marchés de défense ou de sécurité passés par l'Etat et ses établissements publics.

Section 1 - Avances

Article L2391-2

Les marchés de défense ou de sécurité donnent lieu à des versements à titre d'avances, dans les conditions prévues par voie réglementaire.

Article L2391-3

Les dispositions de l'article L. 2191-3 s'appliquent.

Sous-section 1 - Dispositions générales

Paragraphe 1 - Principe de versement d'une avance

Article R2391-1

L'acheteur accorde une avance au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché est supérieur à 250 000 euros hors taxes et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à trois mois.

Lorsque le titulaire est une petite ou moyenne entreprise ou un artisan au sens de l'article R. 2351-12, une avance est versée lorsque le montant initial du marché ou de la tranche est supérieur à 50 000 euros hors taxes et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois.

Article R2391-2

Les dispositions des articles R. 2191-4 et R. 2191-5 s'appliquent.

Paragraphe 2 - Modalités de calcul du montant de l'avance

Article R2391-3

Les dispositions de l'article R. 2191-6 s'appliquent.

Article R2391-4

Lorsque la durée du marché est inférieure ou égale à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % du montant initial toutes taxes comprises du marché. Lorsque la durée du marché est supérieure à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % d'une somme égale à douze fois le montant initial toutes taxes comprises du marché divisé par sa durée exprimée en mois. Lorsque le titulaire est une petite ou moyenne entreprise ou un artisan au sens de l'article R. 2351-12, le seuil de 5 % mentionné aux deux alinéas précédents est porté à 20 %.

Article R2391-5

L'acheteur peut porter le montant de l'avance de 30 % du montant calculé conformément aux dispositions de l'article R. 2391-4 à un maximum de 60 % à la condition que le titulaire constitue une garantie à première.

L'obligation de constituer cette garantie peut être supprimée ou aménagée par un arrêté conjoint du ministre chargé de la défense et du ministre chargé de l'économie.

La constitution de cette garantie n'est toutefois pas exigée des personnes publiques

titulaires d'un marché.

Article R2391-6

Les dispositions des articles R. 2191-9 et R. 2191-10 s'appliquent.

Paragraphe 3 - Modalités de remboursement de l'avance

Article R2391-7

Les dispositions des articles R. 2191-11 et R. 2191-12 s'appliquent.

Sous-section 2 - Dispositions particulières

Paragraphe 1 - Marchés à tranches

Article R2391-8

Dans le cas d'un marché à tranches, une avance est versée au titulaire pour chaque tranche affermie dans les conditions prévues à la sous-section 1.

Article R2391-9

Les dispositions de l'article R. 2191-14 s'appliquent.

Article R2391-10

Dans le cadre d'un marché à tranches, le marché peut prévoir que le remboursement de l'avance s'impute par précompte sur la somme due au titulaire au titre de l'avance versée pour la tranche suivante lorsque celle-ci a été affermie avant que le montant des prestations exécutées au titre de la tranche précédente n'ait atteint 80 % du montant de celle-ci toutes taxes comprises.

Paragraphe 2 - Marchés reconductibles

Article R2391-11

Dans le cas d'un marché reconductible, une avance est versée au titulaire pour chaque reconduction dans les conditions prévues à la sous-section 1.

Paragraphe 3 - Accords-cadres à bons de commande

Article R2391-12

Lorsque l'accord-cadre exécuté par l'émission de bons de commande ne prévoit pas de montant minimum, l'avance est accordée pour chaque bon de commande remplissant les conditions prévues à la sous-section 1.

Article R2391-13

Lorsque l'accord-cadre exécuté par l'émission de bons de commande prévoit un montant minimum supérieur à 250 000 euros hors taxes ou à 50 000 euros hors taxes lorsque le titulaire est une petite ou moyenne entreprise ou un artisan au sens de l'article R. 2351-12, l'avance est accordée en une seule fois sur la base de ce montant minimum.

Article R2391-14

Lorsque l'accord-cadre exécuté par l'émission de bons de commande prévoit un montant minimum supérieur à 250 000 euros hors taxes, ou à 50 000 euros hors taxes lorsque le titulaire est une petite ou moyenne entreprise ou un artisan au sens de l'article R. 2351-12, et est conclu par un groupement de commande, l'avance peut être accordée dans les conditions fixées à l'article R. 2391-12 dès lors que chaque membre du groupement

procède au paiement des prestations qu'il a commandées.

Article R2391-15

Les dispositions de l'article R. 2191-19 s'appliquent.

Section 2 - Acomptes

Article L2391-4

Les marchés de défense ou de sécurité donnent lieu à des versements à titre d'acomptes, dans les conditions prévues par voie réglementaire, dès lors que les prestations ont commencé à être exécutées.

Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte.

Article R2391-16

Les dispositions des articles R. 2191-20 et R. 2191-21 s'appliquent.

Article R2391-17

La périodicité du versement des acomptes est fixée en tenant compte des caractéristiques et de la durée du marché. Elle est fixée au maximum à six mois.

Lorsque le titulaire du marché est une petite ou moyenne entreprise ou un artisan au sens de l'article R. 2351-12, la périodicité du versement des acomptes est fixée au maximum à trois mois. Ce délai est ramené à un mois pour les marchés de travaux et, sur demande du titulaire du marché, pour les marchés de fournitures et de services.

Section 3 - Régime des paiements

Article L2391-5

Tout paiement différé est interdit dans les marchés de défense ou de sécurité.

Toutefois, une décision conjointe du ministre de la défense et du ministre du budget peut autoriser l'insertion d'une clause prévoyant un paiement différé pour tenir compte de circonstances particulières, telles que l'urgence ou les caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service.

Article L2391-6

Les dispositions de l'article L. 2191-6 s'appliquent.

Sous-section 1 - Dispositions générales

Article R2391-18

Lorsque la décision d'autoriser l'insertion dans un marché d'une clause de paiement différé a été prise en application de l'article L. 2391-5, les dispositions des sections 1 et 2 du présent chapitre ainsi que l'article R. 2191-27 et le premier alinéa de l'article R. 2191-28 ne sont pas applicables.

Article R2391-19

Les dispositions des articles R. 2191-23 à R. 2191-25 s'appliquent.

Sous-section 2 - Règlement partiel définitif

Article R2391-20

Les dispositions des articles R. 2191-26 à R. 2191-31 s'appliquent.

Section 4 - Garanties

Article L2391-7

Les dispositions de l'article L. 2191-7 s'appliquent.

Sous-section 1 - Retenue de garantie

Article R2391-21

Les dispositions de l'article R. 2191-32 s'appliquent.

Article R2391-22

Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 10 % du montant initial augmenté, le cas échéant, du montant des modifications du marché en cours d'exécution.

Article R2391-23

La retenue de garantie est prélevée par fractions sur les acomptes, les règlements partiels définitifs et le solde.

Dans l'hypothèse où le montant des sommes dues au titulaire ne permettrait pas de procéder au prélèvement de la retenue de garantie, celui-ci est tenu de constituer une garantie à première demande selon les modalités prévues à la sous-section 2.

L'acheteur peut décider de ne pas appliquer les dispositions du deuxième alinéa aux personnes publiques titulaires d'un marché.

Article R2391-24

Les dispositions de l'article R. 2191-35 s'appliquent.

Sous-section 2 - Garantie à première demande et caution personnelle et solidaire

Article R2391-25

Les dispositions des articles R. 2191-36 à R. 2191-42 s'appliquent.

Sous-section 3 - Autres garanties

Article R2391-26

Le marché peut prévoir d'autres garanties que celle prévues à la sous-section 1 pour l'exécution d'un engagement particulier.

Article R2391-27

Les dispositions de l'article R. 2191-44 s'appliquent.

Section 5 - Cession ou nantissement des créances

Article L2391-8

Les dispositions de l'article L. 2191-8 s'appliquent.

Article R2391-28

Les dispositions des articles R. 2191-45 à R. 2191-63 s'appliquent.

Chapitre II - Modalités de facturation et de paiement

Section 1 - Facturation électronique

Sous-section 1 - Transmission et réception des factures sous forme électronique

Paragraphe 1- Norme de facturation électronique

Article L2392-1

Les titulaires de marchés de défense ou de sécurité conclus avec l'Etat ou ses établissements publics, ainsi que leurs sous-traitants admis au paiement direct, peuvent transmettre leurs factures sous forme électronique.

Article L2392-2

L'Etat et ses établissements publics acceptent les factures transmises sous forme électronique par les titulaires de marchés de défense ou de sécurité mentionnés à l'article L. 2392-1 et leurs sous-traitants admis au paiement direct, sauf lorsque la passation et l'exécution de ces marchés sont déclarées secrètes ou doivent s'accompagner de mesures particulières de sécurité.

Article L2392-3

Sans préjudice de l'article L. 2392-2, l'Etat et ses établissements publics acceptent les factures conformes à la norme de facturation électronique définie par voie réglementaire et transmises sous forme électronique par les titulaires de marchés de défense ou de sécurité et leurs sous-traitants admis au paiement direct.

Article L2392-4

Les modalités d'application de la présente sous-section, notamment les éléments essentiels que doivent contenir les factures électroniques, sont définies par voie réglementaire.

Article D2392-1

La norme de facturation électronique mentionnée à l'article L. 2392-3 est celle fixée par la décision (UE) 2017/1870 de la Commission européenne du 16 octobre 2017 concernant la publication de la référence de la norme européenne sur la facturation électronique et de la liste des syntaxes en vertu de la directive 2014/55/ UE du Parlement européen et du Conseil.

Paragraphe 2 - Mentions obligatoires des factures sous forme électronique

Article D. 2392-2

Sans préjudice des mentions obligatoires fixées par les dispositions législatives ou réglementaires, les factures sous forme électronique mentionnées aux articles L. 2392-1 à L. 2392-3 comportent les mentions prévues à l'article D. 2192-2.

Sous-section 2- Portail public de facturation

Article L2392-5

Une solution mutualisée, mise à disposition par l'Etat et dénommée " portail public de facturation " permet le dépôt, la réception et la transmission des factures sous forme électronique. Pour la mise en œuvre des obligations fixées à la sous-section 1 de la présente section, utilisent le portail public de facturation :

- 1° L'Etat et ses établissements publics ;
- 2° Les titulaires de marchés de défense ou de sécurité conclus avec un acheteur mentionné au 1°, ainsi que leurs sous-traitants admis au paiement direct, lorsqu'ils transmettent leurs factures par voie électronique.

Article L2392-6

Ne sont pas soumises à la présente sous-section les factures émises en exécution des marchés de défense ou de sécurité passés par :

- 1° L'Etat et ses établissements publics en cas d'impératif de défense ou de sécurité nationale ;
- 2° La Caisse des dépôts et consignations ;
- 3° L'établissement public mentionné à l'article L. 2142-1 du code des transports ;
- 4° La SNCF, SNCF Réseau et SNCF Voyageurs. Article L2392-7 Les modalités d'application de la présente sous-section sont précisées par voie réglementaire.

Article R. 2392-3

Un arrêté du ministre chargé du budget, annexé au présent code, définit les modalités techniques selon lesquelles le dépôt, la transmission et la réception des factures sont effectués sur le portail public de facturation en application de l'article L. 2392-5. Ces modalités garantissent la réception immédiate et intégrale des factures et assure la fiabilité de l'identification de l'émetteur, l'intégrité des données, la sécurité, la confidentialité et la traçabilité des échanges. L'utilisation du portail public de facturation est exclusive de tout autre mode de transmission sous forme électronique. Lorsqu'une facture lui est transmise en dehors de ce portail, la personne publique destinataire ne peut la rejeter qu'après avoir informé l'émetteur par tout moyen de l'obligation mentionnée à l'article L. 2392-5 et l'avoir invité à s'y conformer en utilisant ce portail.

Section 2 - Délais de paiement

Article L2392-10

Les dispositions des articles L. 2192-10 et L. 2192-12 à L. 2192-14 s'appliquent.

Article R2392-10

Les dispositions des articles R. 2192-10 à R. 2192-22, R. 2192-25 à R. 2192-34 et R. 2192-36 s'appliquent. En cas de versement d'une avance en application de l'article R. 2391-1, le délai de paiement de celle-ci court à compter de la date définie dans les conditions fixées à l'article R. 2192-24.

Article D2392-11

Les dispositions de l'article D. 2192-35 s'appliquent.

Article R2392-12

Le délai de paiement du sous-traitant court à compter de la réception par l'acheteur de l'accord, total ou partiel, du titulaire d'un marché sur le paiement demandé. A défaut de notification d'un accord ou d'un refus par le titulaire dans le délai mentionné à l'article R. 2193-12, le délai de paiement court à compter soit de l'expiration du délai mentionné à cet article, soit de la réception par l'acheteur de l'avis postal mentionné à l'article R. 2193-14.

Section 3 - Paiement par carte d'achat des marchés des personnes morales de droit public dotées d'un comptable public

Article R2392-13

Les dispositions de l'article R. 2192-37 s'appliquent.

Chapitre III - Dispositions relatives aux sous-contrats

Article L2393-1

Dans les conditions fixées par le présent chapitre, le titulaire d'un marché de défense ou de sécurité

peut, sous sa responsabilité, confier à un autre opérateur économique, dénommé sous-contractant, l'exécution d'une partie de son marché, y compris un marché de fournitures, sans que cela consiste en une cession du marché.

Un sous-contractant est un sous-traitant au sens de l'article L. 2193-2 ou un opérateur économique avec lequel le titulaire conclut en vue de la réalisation d'une partie de son marché un contrat dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise.

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

Article R2393-1

Les dispositions de la section 1 s'appliquent à l'ensemble des sous-contrats.

Les dispositions de la section 2 s'appliquent aux sous-contrats qui présentent le caractère de sous-traités.

Les dispositions de la section 3 s'appliquent aux sous-contrats qui ne présentent pas le caractère de sous-traités.

Article L2393-2

Les dispositions de la section 1 s'appliquent à l'ensemble des sous-contrats.

Les dispositions de la section 2 s'appliquent aux sous-contrats qui présentent le caractère de sous-traités.

Les dispositions de la section 3 s'appliquent aux sous-contrats qui ne présentent pas le caractère de sous-traités.

Article R2393-2

Pour l'application des dispositions des sous-sections 1 à 3, ne sont pas considérés comme des sous-contractants :

- 1° Les membres d'un même groupement les uns vis-à-vis des autres ;
- 2° Les opérateurs économiques sur lesquels le titulaire du marché exerce, directement ou indirectement, une influence dominante au sens du deuxième alinéa de l'article L. 1212-2 ;
- 3° Les opérateurs économiques qui peuvent exercer une influence dominante, au sens du deuxième alinéa de l'article L. 1212-2, sur le titulaire du marché ;
- 4° Les opérateurs économiques qui sont soumis avec le titulaire du marché à l'influence dominante, au sens du deuxième alinéa de l'article L. 1212-2, d'un même opérateur économique.

Section 1 - Dispositions communes aux sous-contrats

Article L2393-3

L'acheteur peut imposer au titulaire du marché :

- 1° De mettre en concurrence les opérateurs économiques afin de les choisir comme sous-contractants ;
- 2° De sous-contracter une partie des marchés.

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

Article R2393-3

Les dispositions de la sous-section 1 précisent les modalités par lesquelles l'acheteur peut imposer au titulaire d'un marché de défense ou de sécurité de recourir à une mise en concurrence pour choisir son ou ses sous-contractants.

Les dispositions de la sous-section 2 précisent les obligations du titulaire lorsque l'acheteur lui impose de sous-contracter une partie de son marché.

Les dispositions de la sous-section 3 précisent les règles de mise en concurrence des sous-contractants applicables au titulaire du marché.

Article L2393-4

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

Article L2393-5

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

Article L2393-6

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

Article L2393-7

Par dérogation aux dispositions de l'article L. 2393-1, l'acheteur peut exiger que certaines tâches essentielles du marché soient effectuées directement par le titulaire, notamment pour des motifs liés à la sécurité des approvisionnements ou des informations.

Article L2393-8

L'acheteur peut ne pas accepter un opérateur économique proposé par le candidat, le soumissionnaire ou le titulaire comme sous-contractant s'il est placé dans un cas d'exclusion mentionné au chapitre Ier du titre IV ou au motif qu'il ne présente pas les garanties suffisantes telles que celles exigées pour les candidats du marché public principal, notamment en termes de capacités techniques, professionnelles et financières ou de sécurité de l'information ou de sécurité des approvisionnements. Les conditions de rejet par l'acheteur d'un sous-contractant présenté au moment du dépôt de l'offre ou en cours d'exécution du marché sont précisées par voie réglementaire.

Article L2393-9

Lorsque le titulaire décide d'attribuer les sous-contrats sur la base d'un accord-cadre défini au 1° de l'article L. 2325-1, la durée de cet accord-cadre ne peut pas dépasser sept ans, sauf dans des circonstances exceptionnelles déterminées en tenant compte de la durée de vie prévue des objets, installations ou systèmes livrés, ainsi que des difficultés techniques que peut occasionner un changement d'opérateur économique tiers.

Sous-section 1 - Obligation du titulaire de mettre en concurrence les sous-contractants

Article R2393-4

Lorsque l'acheteur décide d'imposer au titulaire, pour tous les sous-contrats ou certains d'entre eux, de mettre en concurrence les opérateurs économiques afin de choisir un ou des sous-contractants en application du 1° de l'article L. 2393-3, il l'indique dans l'avis de marché.

Le cas échéant, l'acheteur identifie également dans cet avis les tâches essentielles qui ne peuvent pas faire l'objet d'un sous-contrat en application de l'article L. 2393-7.

Article R2393-5

Le soumissionnaire indique dans son offre la liste exhaustive des entreprises mentionnées aux 1° à 4° de l'article R. 2393-2, qui ne sont pas considérées comme sous-contractants. Il

tient cette liste à jour et informe l'acheteur de toute modification.

Article R2393-6

Le titulaire du marché de défense ou de sécurité attribue les sous-contrats dans les conditions définies à la sous-section 3.

Sous-section 2 - Obligation du titulaire de sous-contracter

Article R2393-7

Lorsque l'acheteur décide d'imposer au titulaire de sous-contracter une partie de son marché en application du 2° de l'article L. 2393-3, il l'indique dans l'avis de marché sous la forme de pourcentages fixés dans les conditions prévues par l'article R. 2393-8. Le cas échéant, il identifie également dans cet avis les tâches essentielles qui ne peuvent faire l'objet d'un sous-contrat en application de l'article L. 2393-7.

Article R2393-8

L'acheteur indique dans l'avis de marché le pourcentage minimum et le pourcentage maximum du montant du marché que le titulaire sera tenu de sous-contracter. Le pourcentage maximum ne peut pas dépasser 30 % du montant du marché. Les pourcentages doivent être proportionnés à l'objet et à la valeur du marché ainsi qu'à la nature du secteur industriel concerné, notamment le niveau de concurrence prévalant dans ce secteur et les capacités techniques concernées de la base industrielle.

Article R2393-9

L'acheteur peut demander au candidat, dans l'avis de marché, d'indiquer les prestations qu'il envisage de sous-contracter au-delà du pourcentage minimum imposé, ainsi que les sous-contractants qu'il a déjà identifiés.

Article R2393-10

Le soumissionnaire indique dans son offre le pourcentage du montant du marché et les prestations qu'il envisage de sous-contracter pour respecter les exigences fixées par l'acheteur dans l'avis de marché.

Article R2393-11

Le soumissionnaire indique dans son offre la liste exhaustive des entreprises mentionnées aux 1° à 4° de l'article R. 2393-2 qui ne sont pas considérées comme sous-contractants. Il tient cette liste à jour et informe l'acheteur de toute modification.

Article R2393-12

Le titulaire attribue les sous-contrats dans les conditions définies à la sous-section 3.

Sous-section 3 - Procédure de mise en concurrence des sous-contractants

Article R2393-13

Lorsque l'acheteur recourt aux dispositions de l'article L. 2393-3, le titulaire attribue les sous-contrats conformément aux dispositions de la présente sous-section. Toutefois, lorsque le titulaire est un acheteur au sens de l'article L. 1210-1, il applique les dispositions suivantes :

1° Les dispositions des sections 2 et 3 du chapitre Ier du titre Ier relatives aux spécifications techniques et aux écolabels ;

2° Les dispositions des sections 1 et 2 du chapitre II du titre Ier relatives à la formalisation des clauses du marché et à sa durée ;

3° Les dispositions de la section 5 du chapitre II du titre VI relatives à la réservation des marchés ;

4° Les dispositions relatives à la passation du marché pour la conclusion des sous-contrats.

Paragraphe 1 - Règles de passation communes aux sous-contrats

Article R2393-14

Pour sélectionner les sous-contractants, le titulaire indique dans l'avis ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation :

1° L'obligation du sous-contractant de fournir une déclaration indiquant qu'il n'est pas placé dans l'un des cas d'exclusion énumérés par les dispositions législatives du chapitre Ier du titre IV ;

2° Les exigences relatives à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, les capacités économiques et financières, les capacités techniques et professionnelles ainsi que les renseignements ou documents permettant d'évaluer ces capacités, tels qu'exigés des candidats lors de la passation du marché principal ;

3° Le cas échéant, les autres conditions, renseignements ou documents qu'il entend exiger.

Les exigences mentionnées au 2° et 3° par le titulaire ne doivent pas être discriminatoires et ne peuvent être imposées que si elles sont rendues nécessaires par l'objet du sous-contrat et la nature des prestations à réaliser.

Lorsque le titulaire décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut exiger des candidats que des niveaux minimaux de capacité proportionnés à l'objet du sous-contrat.

Article R2393-15

Le titulaire n'est pas tenu de sous-contracter s'il apporte la preuve, à la satisfaction de l'acheteur, qu'aucun des sous-contractants potentiels participant à la mise en concurrence ou qu'aucune des offres présentées ne satisfait aux critères figurant dans l'avis.

Article R2393-16

Le titulaire peut décider d'attribuer les sous-contrats sur la base d'un accord-cadre tel que défini au 1° de l'article L. 2325-1 et dans les conditions prévues à la présente sous-section. Il est dans ce cas considéré comme ayant satisfait aux exigences de mise en concurrence. Les sous-contrats basés sur l'accord-cadre doivent respecter les exigences suivantes :

1° Ils sont attribués dans les limites des conditions fixées dans l'accord-cadre ;

2° Ils ne peuvent être attribués qu'aux opérateurs économiques qui étaient parties, à l'origine, à l'accord-cadre.

Paragraphe 2 - Passation des sous-contrats dont la valeur estimée du besoin est inférieure aux seuils de procédure formalisée

Article R2393-17

Lorsque le sous-contrat répond à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée, le titulaire fixe librement, dans le respect des principes de la commande publique, les modalités de publicité appropriées aux caractéristiques de ce sous-contrat, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles le sous-contrat est passé.

Paragraphe 3 - Passation des sous-contrats dont la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée

Article R2393-18

Lorsque le sous-contrat répond à un besoin dont la valeur estimée, calculée conformément aux dispositions prévues au chapitre Ier du titre II est supérieure ou égale aux seuils de procédure formalisée, le titulaire fait connaître son intention de passer ce sous-contrat par un avis publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions de l'article R. 2131-19.

Article R2393-19

L'avis mentionné à l'article R. 2393-18 est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics.

Article R2393-20

Par dérogation à l'article R. 2393-18, le titulaire n'est pas tenu de publier un avis lorsque le sous-contrat remplit les conditions de recours à la procédure de passation sans publicité ni mise en concurrence préalables prévues au chapitre II du titre II.

Sous-section 4 - Conditions de rejet par l'acheteur du sous-contractant proposé par le titulaire

Article R2393-21

Pour l'application de l'article L. 2393-8, les capacités des sous-contractants s'apprécient notamment au regard de la sécurité des informations, de la sécurité des approvisionnements ou de l'aptitude à exécuter le marché, à faire face à d'éventuelles augmentations des besoins par suite d'une crise ou à assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché lorsque l'implantation géographique de l'outillage, du matériel, de l'équipement technique, du personnel, du savoir-faire ou des sources d'approvisionnement dont il dispose se trouve hors du territoire de l'Union européenne.

Article R2393-22

Lorsque l'acheteur rejette un sous-contractant, il fournit au soumissionnaire ou au titulaire une justification écrite indiquant les motifs de ce rejet.

Sous-section 5 - Communication des sous-contrats à l'acheteur

Article R2393-23

Le titulaire qui, quinze jours après avoir été mis par écrit en demeure de le faire, ne communique pas les sous-contrats à l'acheteur, encourt une pénalité égale à un millième du montant du marché ou de la tranche concernée, ou, à défaut, du montant du bon de commande concerné. Cette pénalité s'applique pour chaque jour de retard.

Section 2 - Dispositions applicables aux sous-contrats qui présentent le caractère de sous-traité

Article L2393-10

Les dispositions de la présente section s'appliquent aux sous- traités conclus pour l'exécution des marchés mentionnés à l'article L. 2193-1.

Article L2393-11

Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la présente section.

Article L2393-12

Le titulaire du marché peut recourir à la sous-traitance lors de la passation du marché et tout au long de son exécution.

Article L2393-13

Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'acheteur est payé pour la part du marché dont il assure l'exécution :

1° Dans les conditions prévues à la présente section lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire qui peut évoluer en fonction des variations des circonstances économiques ;

2° Dans les conditions prévues au titre III de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance lorsque le montant du contrat de sous-traitance est inférieur au seuil fixé par voie réglementaire mentionné au 1° du présent article.

En ce qui concerne les marchés de travaux, de services et de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation passés par le ministère de la défense, un seuil différent peut être fixé par voie réglementaire.

Article L2393-14

Les dispositions du premier alinéa de l'article L. 2193-11 et celles des articles L. 2193-12 à L. 2193-14 s'appliquent.

Sous-section 1 - Modalités d'acceptation

Article R2393-24

Le titulaire du marché peut recourir à la sous-traitance lors de la passation du marché et tout au long de son exécution, à condition de l'avoir déclarée à l'acheteur et d'avoir obtenu l'acceptation du sous-traitant.

L'acheteur indique dans l'avis de marché ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation que chaque sous-traitant doit être soumis à son acceptation.

Il précise également les conditions de rejet des sous-traitants conformément aux dispositions de la sous-section 4 de la section 1.

Paragraphe 1 - Déclaration de sous-traitance au moment de l'offre

Article R2393-25

Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre, le soumissionnaire fournit à l'acheteur une déclaration mentionnant l'ensemble des informations suivantes :

1° La nature des prestations sous-traitées ;

2° Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;

3° Le lieu d'exécution des prestations sous-traitées ;

4° Le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant ;

5° Les conditions de paiement prévues par le projet de sous-traité et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ;

6° Le cas échéant, les capacités du sous-traitant sur lesquelles le candidat s'appuie.

Le soumissionnaire remet également à l'acheteur une déclaration du sous-traitant indiquant qu'il n'est pas placé dans un cas d'exclusion mentionnés par les dispositions législatives du chapitre Ier du titre IV.

Article R2393-26

La notification du marché emporte acceptation du sous-traitant et, le cas échéant, agrément de ses conditions de paiement.

Paragraphe 2 - Déclaration de sous-traitance après la notification du marché

Article R2393-27

Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient après la notification du marché, le titulaire remet à l'acheteur contre récépissé ou lui adresse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, un acte spécial de sous-traitance contenant les renseignements mentionnés à l'article R. 2393-25.

Le titulaire établit en outre qu'aucune cession ni aucun nantissement de créances résultant du marché ne font obstacle au paiement direct du sous-traitant, en produisant, soit l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité du marché qui lui a été délivré, soit une attestation ou une mainlevée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances.

Article R2393-28

L'acceptation du sous-traitant et, le cas échéant, l'agrément de ses conditions de paiement sont constatés par la signature de l'acte spécial de sous-traitance.

Le silence de l'acheteur gardé pendant vingt-et-un jours à compter de la réception des documents mentionnés à l'article R. 2393-27 vaut également acceptation du sous-traitant et, le cas échéant, agrément de ses conditions de paiement.

Sous-section 2 - Modalités de modification de l'exemplaire unique et du certificat de cessibilité en cas de prestations confiées à un sous-traitant admis au paiement direct

Article R2393-29

Lorsque le titulaire envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct, postérieurement à la notification du marché, l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui a été indiqué dans le marché ou l'acte spécial, il demande à l'acheteur, sans préjudice des dispositions de la sous-section 1 relatives à l'acceptation du sous-traitant, la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité.

Article R2393-30

Les dispositions de l'article R. 2193-6 s'appliquent.

Article R2393-31

L'acheteur ne peut agréer les conditions de paiement d'un sous-traitant si l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité n'a pas été modifié ou si la justification mentionnée à l'article R. 2193-6 ne lui a pas été remise.

Le silence de l'acheteur gardé pendant vingt-et-un jours à compter de la réception des documents mentionnés au premier alinéa et à l'article R. 2393-27 vaut également acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

Article R2393-32

Les dispositions de l'article R. 2193-8 s'appliquent.

Sous-section 3 - Paiement du sous-traitant

Article R2393-33

Le seuil prévu à l'article L. 2393-13 à partir duquel un sous-traitant qui a été accepté est payé directement par l'acheteur est fixé à 600 euros toutes taxes comprises.

En ce qui concerne les marchés de services, de travaux ou de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comportant des prestations de service, passés par les services de la défense, notamment les marchés de réalisation de prototypes, de fabrication, d'assemblage, d'essais, de réparations ou de maintien en condition et de prestations intellectuelles, les sous-traitants ne sont payés directement que si le montant de leur

contrat de sous-traitance est égal ou supérieur :

1° A 10 % du montant total du marché lorsque le sous-traitant est une petite ou une moyenne entreprise ou un artisan au sens de l'article R. 2351-12 ;

2° A 50 % du montant total du marché lorsque le sous-traitant est lié au titulaire ;

3° A 20 % du montant total du marché dans les autres cas.

Article R2393-34

Les dispositions des articles R. 2193-11 à R. 2193-16 s'appliquent.

Sous-section 4 - Régime financier

Article R2393-35

Lorsque le marché a été passé par l'Etat et que le titulaire recourt à un service de l'Etat comme sous-traitant, les prestations qui font l'objet du sous-contrat ne donnent lieu à aucun versement au profit du titulaire.

Paragraphe 1 - Avances

Article R2393-36

Les dispositions des sections 1 à 3 du chapitre Ier s'appliquent aux sous-traitants sous réserve des dispositions particulières du présent paragraphe.

Article R2393-37

Les dispositions de l'article R. 2193-18 s'appliquent.

Article R2393-38

Dès lors que le titulaire remplit les conditions pour bénéficier d'une avance, une avance est versée, sur leur demande, aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct.

Pour le calcul du montant de cette avance, le montant maximal est apprécié par référence au montant des prestations confiées au sous-traitant tel qu'il figure dans le marché ou dans l'acte spécial mentionné à l'article R. 2393-27.

Article R2393-39

Les dispositions des articles R. 2193-20 et R. 2193-21 s'appliquent.

Paragraphe 2 - Cession ou nantissement de créances

Article R2393-40

Le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées peut céder ou nantir, à concurrence du montant des prestations qui lui sont réglées directement, tout ou partie de sa créance.

La copie de l'original du marché ou du certificat de cessibilité prévu à l'article R. 2191-46 ou, le cas échéant, de l'acte spécial prévu à l'article R. 2393-27 désignant un sous-traitant admis au paiement direct, est remise à chaque sous-traitant bénéficiant du paiement direct.

Section 3 - Dispositions applicables aux sous-contrats qui ne présentent pas le caractère de sous-traités

Article L2393-15

Les conditions d'acceptation par l'acheteur des sous-contractants qui ne présentent pas le caractère de sous-traitants sont définies par voie réglementaire.

Article R2393-41

L'acheteur peut imposer au titulaire l'acceptation de tout ou partie des sous-contractants ne présentant pas le caractère de sous-traitants. Il l'indique dans l'avis d'appel à la concurrence.

Dans ce cas, ces sous-contractants sont acceptés dans les conditions prévues à la présente section.

L'acheteur précise, le cas échéant, les parties des prestations du marché ou le montant du sous-contrat au-dessus duquel le sous-contractant éventuel doit être accepté.

Article R2393-42

Lorsque le soumissionnaire présente des sous-contractants au moment du dépôt de l'offre, il fournit à l'acheteur une déclaration mentionnant :

- 1° La nature et le montant des prestations faisant l'objet du sous-contrat ;
- 2° Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-contractant proposé ;
- 3° Le lieu d'exécution des prestations sous-contractées ;
- 4° L'aptitude à exercer l'activité professionnelle, les capacités économiques et financières, techniques et professionnelles du sous-contractant.

Le soumissionnaire remet également à l'acheteur une déclaration du sous-contractant indiquant qu'il n'est pas placé dans un cas d'exclusion mentionnés par les dispositions législatives du chapitre Ier du titre IV.

La notification du marché emporte acceptation du sous-contractant.

Article R2393-43

Lorsque le titulaire présente des sous-contractants après la notification du marché, il remet à l'acheteur contre récépissé ou lui adresse par lettre recommandée, avec demande d'avis de réception, une déclaration contenant les renseignements mentionnés à l'article R. 2393-42.

L'acceptation du sous-contractant est constatée par un acte spécial comprenant les renseignements mentionnés à l'article R. 2393-42 et signé des deux parties, ou, pour les marchés passés par les services de la défense, par décision écrite de l'acheteur.

Article R2393-44

Le silence de l'acheteur gardé pendant vingt-et-un jours à compter de la réception de la déclaration mentionnée aux articles R. 2393-42 et R. 2393-43 vaut également acceptation du sous-contractant.

Chapitre IV - Modification du marché**Article L2394-1**

Un marché de défense ou de sécurité peut être modifié par voie conventionnelle ou par l'acheteur unilatéralement, sans nouvelle procédure de mise en concurrence, dans les cas prévus à l'article L. 2194-1.

Ces modifications ne peuvent changer la nature globale du marché.

Article L2394-2

Les dispositions de l'article L. 2194-2 s'appliquent.

Article R2394-1

Les dispositions des articles R. 2194-1 à R. 2194-9 s'appliquent.

Chapitre V - Résiliation du marché**Article L2395-1**

L'acheteur peut résilier le marché de défense ou de sécurité dans les cas prévus aux articles L. 2195-2, L. 2195-3 et L. 2195-5.

Il peut aussi le résilier lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions du chapitre IV.

Article L2395-2

Lorsque le titulaire est, au cours de l'exécution du marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux articles L. 2341-1 à L. 2341-3 et L. 2341-5, il informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation.

L'acheteur peut alors résilier le marché.

Toutefois, l'acheteur ne peut prononcer la résiliation du marché lorsque l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce, à condition que celui-ci l'ait informé sans délai de son changement de situation.

Chapitre VI - Informations relatives à l'achat**Section 1 - Obligation de conservation des documents****Article L2396-1**

Les dispositions de l'article L. 2196-1 s'appliquent.

Section 2 - Recensement économique**Article L2396-2**

Les dispositions de l'article L. 2196-3 s'appliquent.

Article R2396-1

Les dispositions des articles R. 2196-2 à R. 2196-4 s'appliquent.

Article D2396-2

Les dispositions des articles D. 2196-5 à D. 2196-7 s'appliquent.

Section 3 - Contrôle du coût de revient des marchés de l'Etat et de ses établissements publics**Article L2396-3**

Les dispositions des articles L. 2196-4 et L. 2196-5 s'appliquent.

Article L2396-4

Les titulaires ainsi que, dans des conditions fixées par voie réglementaire, les entreprises qui leur sont liées et leurs sous-contractants, ont l'obligation de permettre et de faciliter la vérification éventuelle sur pièces ou sur place de l'exactitude des renseignements mentionnés à l'article L. 2196-5 par les agents de l'administration.

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

Article R2396-3

Si le titulaire ne fournit pas aux dates prévues les renseignements demandés ou fournit des renseignements inexacts, l'acheteur peut, après mise en demeure restée sans effet, décider la suspension des paiements à intervenir dans la limite du dixième du montant du marché lorsque le manquement est le fait du titulaire ou retenir un montant équivalent. Après nouvelle mise en demeure infructueuse, cette retenue peut être transformée en retenue définitive par décision de l'acheteur, indépendamment de la résiliation éventuelle

du marché aux torts du titulaire.
Lorsqu'une estimation du coût de revient est effectuée avant la notification du marché, l'acheteur indique dans les documents de la consultation et dans le marché les sanctions applicables en cas de manquement à l'obligation figurant au premier alinéa de l'article L. 2196-5.

Article R2396-4

Les dispositions des articles R. 2196-10 à R. 2196-12 s'appliquent.

Article R2396-5

Sont soumis aux obligations prévues par la présente section les entreprises liées au titulaire ainsi que les sous-contractants intervenant dans l'exécution du marché, lorsque ces derniers réalisent individuellement, sauf stipulation contraire du marché, une part supérieure à 10 % du montant du marché et d'un montant supérieur à 10 millions d'euros hors taxes.

Section 4 - Eléments de sécurité pouvant être demandés par l'acheteur

Article R2396-6

Pendant l'exécution du marché, l'acheteur peut demander à l'autorité nationale de sécurité de l'Etat du titulaire ou à l'autorité de sécurité désignée de cet Etat, sous réserve de l'existence d'accords de sécurité et dans un délai qu'il fixe, de :

- 1° Communiquer les habilitations de sécurité qu'il a délivrées ;
- 2° Vérifier la conformité des locaux et installations susceptibles d'être utilisés, les procédures industrielles et administratives qui seront suivies, les modalités de gestion de l'information ou la situation du personnel susceptible d'être employé pour l'exécution du marché, sans préjudice de la possibilité de procéder à d'autres enquêtes et d'en tenir compte.

Chapitre VII - Règlement alternatif des différends

Section 1 - Conciliation et médiation

Article L2397-1

Les dispositions des articles L. 2197-1, L. 2197-3 et L. 2197-4 s'appliquent.

Sous-section 1 - Comités consultatifs de règlement amiable des différends

Article R2397-1

Les dispositions des articles R. 2197-1 à R. 2197-12 et R. 2197-16 s'appliquent.

Article D2397-2

Les dispositions des articles D. 2197-13 à D. 2197-15 et des articles D. 2197-17 à D. 2197-22 s'appliquent.

Sous-section 2 - Le médiateur des entreprises

Article R2397-3

Les dispositions des articles R. 2197-23 et R. 2197-24 s'appliquent.

Section 2 - Transaction

Article L2397-2

Les dispositions de l'article L. 2197-5 s'appliquent.

Section 3 - Arbitrage

Article L2397-3

L'Etat peut recourir à l'arbitrage dans les conditions fixées à l'article L. 2197-6.

Article R2397-4

Pour l'Etat, le recours à l'arbitrage, en application de l'article L. 2397-3, est autorisé par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie.

Livre IV - DISPOSITIONS PROPRES AUX MARCHÉS PUBLICS LIÉS À LA MAÎTRISE D'OUVRAGE PUBLICQUE ET À LA MAÎTRISE D'ŒUVRE PRIVÉE
Titre Ier - CHAMP D'APPLICATION

Article L2410-1

Les acheteurs définis au chapitre Ier qui, projetant la construction d'un ouvrage répondant aux caractéristiques mentionnées au chapitre II, envisagent la passation de marchés publics dans ce but, sont soumis en leur qualité de maîtres d'ouvrage aux dispositions du présent livre.

Chapitre Ier - Maîtres d'ouvrage

Article L2411-1

Les maîtres d'ouvrage sont les responsables principaux de l'ouvrage. Ils ne peuvent déléguer cette fonction d'intérêt général, définie au titre II, sous réserve, d'une part, des dispositions du présent livre relatives au mandat et au transfert de maîtrise d'ouvrage et, d'autre part, des dispositions du livre II relatives aux marchés de partenariat.

Sont maîtres d'ouvrage les acheteurs suivants :

- 1° L'Etat et ses établissements publics ;
- 2° Les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les offices publics de l'habitat mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation pour les logements à usage locatif aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et leurs groupements ;
- 3° Les organismes privés mentionnés à l'article L. 124-4 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 locatif aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et sociétés.

CE, 23 oct. 1985, n° 46612, Commune Blaye-les-Mines

« Mission d'un syndicat intercommunal ayant été définie par l'arrêté préfectoral autorisant sa création comme "ayant pour objet essentiel l'étude d'un projet d'ensemble tendant à assurer ou à améliorer l'alimentation en eau potable des communes associées ...". Les opérations de distribution d'eau constituent une extension de cette mission qui excède le cadre de ladite mission telle qu'ont entendu la définir les communes ayant constitué entre elles ce syndicat ».

CAA Lyon, 30 avr. 2009, n° 06LY01243, Communauté agglo. Vichy Val d'Allier

« Considérant qu'une collectivité publique maître d'ouvrage est responsable, même en l'absence de faute, des dommages que les ouvrages publics dont elle a la garde peuvent causer aux tiers tant en raison de leur existence que de leur fonctionnement ; qu'elle est également responsable des dommages accidentels causés aux tiers par l'exécution de travaux publics ; que, dans les deux cas, elle ne peut dégager sa responsabilité à l'égard des victimes que si elle établit que les dommages résultent de la faute de la victime ou d'un cas de force majeure ».

Chapitre II - Ouvrages

Article L2412-1

Les dispositions du présent livre sont applicables aux opérations de construction neuve ou de réhabilitation portant sur un ouvrage défini à l'article L. 1111-2 et faisant l'objet d'un marché public ainsi que sur les équipements industriels destinés à l'exploitation de ces ouvrages.

Article R2412-1

Les catégories d'ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure mentionnés au 1° de l'article L. 2412-2 qui ne sont pas soumises aux dispositions du présent livre sont les suivantes :

- 1° Les ouvrages conçus pour l'exercice d'une activité industrielle incluse dans les classes de la section B relative aux industries extractives et de la section C relative à l'industrie manufacturière du décret n° 2007-1888 du 26 décembre 2007 portant approbation des

- nomenclatures d'activités et de produits françaises ;
- 2° Les centrales de production d'énergie ;
 - 3° Les centrales de chauffage urbain ;
 - 4° Les unités de traitement de déchets.

CAA Versailles, 12 sept. 2006, n° 04VE01846, Sté Donato

« Les travaux de réhabilitation, compte tenu de leur ampleur et de leur caractère indissociable des éléments existants, étaient de nature à engager la responsabilité des constructeurs sur le fondement des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil ».

CAA Bordeaux 2004, n° 98BX00197, Robert

« Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction que le marché que M. Y s'est vu attribuer par la commune de Caylus a porté seulement sur la fourniture et la livraison de dalles, marches et bornes en pierre naturelle, sans faire participer l'intéressé à la construction de l'ouvrage ; que, dans ces conditions, M. Y n'a pas la qualité de constructeur au sens des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil ;

Considérant, en second lieu, que le marché litigieux, dont le cahier des clauses techniques particulières a fixé précisément les dimensions et la qualité des matériaux commandés, n'a confié à M. Y aucune mission de conception ; que ce dernier a fourni les dalles, marches et bornes en pierre naturelle sans définition d'un processus de mise en oeuvre à observer ; que, dès lors, l'intéressé ne peut être regardé comme le fabricant d'une partie d'ouvrage conçu et produit pour satisfaire en l'état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance ; que, par suite, sa responsabilité solidaire ne saurait être engagée sur le fondement des principes dont s'inspire l'article 1792-4 du code civil ».

CE, 18 juin 1997, n° 126612, OPHLM de la Ville du Havre

« Dès lors que les travaux de réfection de la peinture extérieure des boiseries d'un bâtiment appartenant à un O.P.H.L.M. n'ont pas été réalisés à l'occasion de la construction ou de la reconstruction de cet immeuble, ces travaux ne peuvent engager la responsabilité de l'entreprise à laquelle ils ont été confiés sur le fondement des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil ».

Article L2412-2

Les dispositions du présent livre ne sont pas applicables :

- 1° Aux ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation ;
 - 2° Aux ouvrages d'infrastructure réalisés dans le cadre d'une zone d'aménagement concerté définie aux articles L. 311-1 et suivants du code de l'urbanisme ou d'un lotissement défini aux articles L. 442-1 et suivants du même code ;
 - 3° Aux ouvrages d'infrastructure situés dans le périmètre d'une opération d'intérêt national au sens de l'article L. 102-12 du code de l'urbanisme, ou d'une grande opération d'urbanisme au sens de l'article L. 312-3 du même code ;
 - 4° Aux ouvrages de bâtiment acquis par les organismes énumérés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation et les sociétés d'économie mixte par un contrat de vente d'immeuble à construire prévu par les articles 1601-1, 1601-2 et 1601-3 du code civil ;
 - 5° Aux opérations de restauration effectuées sur des immeubles classés sur le fondement des articles L. 621-1 et suivants du code du patrimoine.
- Les catégories d'ouvrages mentionnées au présent alinéa sont fixées par voie réglementaire.

Titre II - MAÎTRISE D'OUVRAGE

Chapitre Ier - Attributions du maître d'ouvrage

Section 1 - Dispositions générales

Article L2421-1

Les attributions du maître d'ouvrage qui, pour chaque opération envisagée, s'assure préalablement de sa faisabilité et de son opportunité, sont les suivantes :

- 1° La détermination de sa localisation ;
- 2° L'élaboration du programme défini à l'article L. 2421-2 ;
- 3° La fixation de l'enveloppe financière prévisionnelle ;
- 4° Le financement de l'opération ;
- 5° Le choix du processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé ;
- 6° La conclusion des marchés publics ayant pour objet les études et l'exécution des travaux de l'opération.

CE, 8 avril 1998, n°167372, Préfet de l'Aube

« Si le décret du 12 juillet 1986, pris pour l'application de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée dispose que les unités de traitement des déchets ne sont pas soumises aux dispositions de cette loi, il ne faisait pas obstacle à ce que les parties au contrat déclarent se conformer aux dispositions des articles 3 et suivants de la loi ».

CAA Paris, 18 avr. 1997, n° 96PA02001, Cie générale des eaux

« En vertu des stipulations de l'article 7 de la convention particulière susrappelée du 16 juin 1995, à l'issue de l'ensemble des prestations, un constat d'achèvement sera établi entre les parties aux fins de certifier la réalisation des ouvrages, d'attester leur incorporation dans le patrimoine syndical et leur mise en exploitation par le régisseur, d'attester le terme des règlements ; que le cahier des clauses administratives particulières applicable au marché conclu en application de cette convention désigne, d'une part, en son article 1 le directeur général de la Compagnie générale des eaux comme représentant légal du maître de l'ouvrage, personne responsable du marché, d'autre part, en son article 5 la Compagnie générale des eaux comme comptable chargé du paiement ; qu'il ressort également des pièces du dossier que l'acte d'engagement dudit marché a été signé par le directeur du service "équipement" de la Compagnie générale des eaux, après que celle-ci eut établi le rapport de présentation du marché en vertu de l'article 312 ter du code des marchés publics, et signé le contrat de travaux ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments et nonobstant les circonstances que, d'une part, la Compagnie générale des eaux n'ait pas assumé la totalité des fonctions du maître d'ouvrage, d'autre part, elle assure la gestion du service public de l'eau dans le cadre d'une convention de régie intéressée, que les fonctions qui ont été ainsi confiées à la Compagnie générale des eaux relèvent des attributions du maître de l'ouvrage telles qu'elles sont définies notamment aux 4 et 5 de l'article 3 susrappelé de la loi du 12 juillet 1985 ; qu'il n'est pas contesté que la Compagnie générale des eaux n'est pas au nombre des personnes morales limitativement énumérées à l'article 4 de ladite loi ;

Considérant, en troisième lieu, que si les requérants se prévalent de ce que la convention de régie intéressée du 3 avril 1962 était devenue définitive avant la promulgation de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique, ce moyen ne peut être utilement invoqué dès lors, d'une part que ladite convention - au demeurant refondue par divers avenants notamment du 20 décembre 1985 et du 26 juillet 1991, postérieurs à ladite loi - avait pour objet de déléguer à la Compagnie générale des eaux la gestion du service public de l'eau dans les communes regroupées par le syndicat et n'emportait pas nécessairement comme conséquence que le Syndicat des eaux d'Ile-de-France lui confie une délégation de maîtrise d'ouvrage publique, d'autre part que le marché faisant l'objet du déferé préfectoral a été conclu postérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi ».

CE, 25 nov. 1987, n° 50180, Sté pour l'incinération des résidus de l'agglom. caennaise

« Le fait générateur de la créance que Mlle L. prétend détenir sur le syndicat intercommunal de traitement des ordures ménagères de l'agglomération caennaise se rattache au fonctionnement de l'usine d'incinération des ordures ménagères installée depuis le 1er janvier 1973 sur le territoire de la commune de Colombelles. Il résulte de l'instruction que plusieurs propriétaires ont recherché dès 1975 la responsabilité du syndicat à raison du même fait générateur et ont ainsi interrompu la prescription quadriennale, même en ce qui concerne Mlle L.. Ainsi la créance éventuelle de celle-ci

n'était pas prescrite lorsqu'elle a saisi le tribunal administratif en 1981 d'une demande tendant à la réparation de ses propres dommages ».

La détermination de sa localisation**CE, sect., 7 avr. 1967, n° 61835, Entreprise Charles Bouhana**

« L'Entreprise Bouhana, spécialisée dans la construction et l'aménagement des stades et terrains de sport, n'a pas fait de réserves écrites sur l'emplacement du terrain, ni sur la suppression du système de drainage du projet primitif ; qu'elle ne peut non plus être regardée, compte tenu de sa qualification technique, comme ayant, lors de l'exécution, des travaux, pris toutes les précautions utiles pour pallier les inconvénients dus aux conditions géographiques et climatiques ; que la circonstance que le projet a été soumis au contrôle technique du secrétariat d'Etat à la Jeunesse et aux sports n'est pas de nature à la décharger de la responsabilité qu'elle encourt à l'égard de la ville en sa qualité d'entreprise chargée de l'exécution des travaux ».

Section 2 - Programme et enveloppe financière prévisionnelle de l'opération**Article L2421-2**

Le programme élaboré par le maître d'ouvrage comporte les éléments suivants relatifs à la réalisation et à l'utilisation de l'ouvrage :

- 1° Les objectifs que l'opération doit permettre d'atteindre ;
- 2° Les besoins que l'opération doit satisfaire ;
- 3° Les contraintes et exigences de qualité sociale, urbanistique, architecturale, fonctionnelle, technique et économique, d'insertion dans le paysage et de protection de l'environnement.

CAA Marseille, 27 février 2006, n°02MA00747, société SOLETANCHE BACHY FRANCE

« Il résulte de l'instruction que le maître d'ouvrage, alors que son attention avait été attirée par la société AINF, la société Sobeas Sogea et le cabinet d'architecte Atelier 9 sur l'insuffisance des études préalables de 1982 portant sur un projet substantiellement différent, a prescrit une étude complémentaire confiée à la société Bachy, estimant de ne pas devoir prendre en charge une étude à réaliser par le CETE, jugée exorbitante ; que cette analyse qui ne concernait pas la mécanique des sols, avait un objet trop limité pour que des conclusions appropriées puissent en être déduites quant aux fondations à réaliser pour ériger le bâtiment tel qu'il avait été modifié ; qu'ainsi, c'est à bon droit que les premiers juges ont estimé que le maître d'ouvrage avait commis une faute en ne donnant pas suite utilement à la demande des constructeurs en cause quant à l'étude complémentaire des sols qu'il convenait de réaliser. »

CAA Nantes, 7 décembre 2007, n°06NT01950, Commune de Luc-sur-Mer

« Dans son courrier du 18 avril 2003, la société Fondasol a précisé l'étendue de sa mission et clairement indiqué qu'elle réaliserait 2 sondages pressiométriques, descendus à 7 mètres de profondeur et 10 essais pressiométriques à raison de 5 essais par sondage ; que par une lettre de commande datée du 29 avril 2003, la COMMUNE DE LUC-SUR-MER a accepté cette mission ; que dans son rapport remis le 30 mai 2003, la société Fondasol a attiré l'attention de ladite commune sur les surépaisseurs ponctuelles possibles de remblais qui conduiront à des surprofondeurs de fondations ; qu'elle a, en outre, précisé qu'elle se tenait à la disposition des différents intervenants pour participer, dans le cadre de missions complémentaires, à l'élaboration du projet et à la vérification de la bonne adaptation des travaux mis en oeuvre aux conditions de sol ; que, **nonobstant les recommandations de la société Fondasol, la commune n'a pas réalisé ces études complémentaires** ; que, d'autre part, ainsi qu'il vient d'être dit, les études géologiques ont été effectuées à l'initiative de l'architecte ; que pour satisfaire aux exigences de la COMMUNE DE LUC-SUR-MER qui souhaitait une installation des services municipaux dans leurs nouveaux locaux avant la fin de l'année 2003, M. X a été amené à rédiger le cahier des clauses techniques particulières du lot n° 2 sans attendre les résultats de l'étude des sols confiée à la société Fondasol ; qu'il a cependant **expressément indiqué dans ce document qu'une étude du sol serait fournie soit à l'appel d'offre, soit en cours d'étude** ; que par ailleurs, si la commune prétend que l'architecte était

l'unique responsable du suivi des travaux et le seul interlocuteur des entrepreneurs chargés de la réalisation des travaux, elle n'établit pas que ces travaux n'auraient pas été réalisés selon les règles de l'art dès lors que, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la société Nouvelle Sauvage a procédé à un renforcement des fondations préalablement à l'édification du bâtiment et que ces travaux supplémentaires ont fait l'objet d'un avenant qu'elle a signé ; qu'enfin, la commune ne peut soutenir que si son attention avait été appelée sur l'instabilité du sous-sol, elle aurait retenu un autre site pour l'implantation des ateliers municipaux dès lors qu'elle avait connaissance de la présence de remblais sur ledit terrain ainsi qu'en atteste le courrier du 4 novembre 2004 adressé à la société Euréa et **qu'elle n'a pas fait procéder aux études de sols complémentaires qui avaient été préconisées par la société Fondasol ; que par suite, la COMMUNE DE LUC-SUR-MER n'est pas fondée à rechercher la responsabilité de la société Fondasol** et de M. X sur le terrain contractuel ».

Article L2421-3

Le maître d'ouvrage élabore le programme et fixe l'enveloppe financière prévisionnelle de l'opération avant tout commencement des études d'avant-projet par le maître d'œuvre.
Il peut préciser le programme et l'enveloppe financière avant tout commencement des études de projet par le maître d'œuvre.

CAA Lyon, 19 déc. 2013, n° 11LY02058, M. C, M. F et SARL Michel F

« Considérant que le titulaire d'un contrat à prix global et forfaitaire peut demander à être indemnisé, sur la base du contrat, des travaux supplémentaires réalisés sans ordre de service dès lors que ces travaux ont été indispensables à l'exécution du contrat dans les règles de l'art, ou qu'il s'agit de travaux commandés irrégulièrement mais qui se sont révélés utiles ou encore qu'ils découlent de sujétions imprévues ».

L'enveloppe financière prévisionnelle

CAA Paris, 22 mai 2007, n° 05PA02534, OPAC Paris

« Considérant que, par un marché notifié à la société Pascal le 2 avril 1999, l'OPAC de Paris a confié à cette société la construction d'un ensemble immobilier aux 166-168 avenue Jean-Jaurès, à Paris, dans le 19^{ème} arrondissement ; que, par une lettre en date du 28 avril 1999, l'OPAC a délivré à la société Pascal un « ordre de service préliminaire », demandant à l'entreprise « d'entreprendre immédiatement les études béton, les démarches et autorisations administratives, les installations de chantier, les branchements et raccordements en fluide du chantier », précisant qu'un « ordre de service n° 1 (...) sera délivré ultérieurement pour démarrer les travaux » et que « la date de réception du présent ordre de service constitue le point de départ du délai contractuel (période de préparation) » ; que, l'entreprise, apprenant verbalement du maître d'ouvrage que le financement de l'opération n'était pas assuré, lui a adressé le 23 août 1999 une lettre par laquelle elle lui demandait de prendre position rapidement quant à la date de démarrage des travaux ; que l'OPAC n'ayant pas répondu, l'entreprise lui a adressé une deuxième lettre le 8 octobre 1999 par laquelle elle prenait acte de la résiliation du marché et annonçait qu'elle adresserait ultérieurement le décompte des sommes dues du fait de cette résiliation ; que, devant le nouveau silence de l'OPAC, par une lettre du 27 décembre 1999, l'entreprise adressait au maître d'œuvre son projet de décompte final, comprenant le montant des prestations réalisées en exécution de l'ordre de service du 29 avril 1999, le coût de l'immobilisation des moyens humains et matériels pendant toute la période de suspension des travaux, l'indemnisation du préjudice subi du fait de la résiliation du marché, les frais financiers afférents à ces divers chefs de demandes et les frais de dossier ; qu'en l'absence de réponse de la part du maître de l'ouvrage, par une lettre en date du 28 février 2000, l'entreprise l'a mis en demeure de respecter ses obligations, puis, devant le refus exprimé le 20 mars 2000 par l'OPAC d'établir le décompte général, la société Pascal a saisi le Tribunal administratif de Paris par une demande tendant à ce que la collectivité publique soit condamnée à l'indemniser de l'ensemble des préjudices subis ; que, par le jugement attaqué, l'OPAC a été condamné à verser à l'entreprise une somme totale de 78 408,80 euros au titre des prestations réalisées en application de l'ordre de service préliminaire du 28 avril 1999 et de la perte des bénéfices qu'elle aurait pu légitimement escompter ;

que l'OPAC relève appel de ce jugement, contre lequel les liquidateurs de la société Pascal forment un appel incident ».

CAA Nancy, 27 janv. 2005, n° 98NC02300, Cne Amnéville

« La convention de mandat par laquelle le maître de l'ouvrage confie au mandataire le soin de rechercher les ressources financières nécessaires à la construction des bâtiments est contraire aux prescriptions des articles 2 et 5 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 ».

Article L2421-4

L'élaboration du programme et la fixation de l'enveloppe financière prévisionnelle peuvent se poursuivre pendant les études d'avant-projet pour :
1° Les opérations de réhabilitation ;
2° Les opérations de construction neuve portant sur des ouvrages complexes, sous réserve que le maître d'ouvrage l'ait précisé dans les documents de la consultation du marché public de maîtrise d'œuvre.

Article L2421-5

Les conséquences de l'évolution du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle sont prises en compte par une modification conventionnelle du marché public de maîtrise d'œuvre, conformément aux dispositions du chapitre IV du titre IX du livre Ier.

CAA Bdx, 27 mars 2012, n°11BX00901, SARL Agence Saint Projet

« Il résulte de ces dispositions que le titulaire d'un contrat de maîtrise d'œuvre est rémunéré par un prix forfaitaire couvrant l'ensemble de ses charges et missions, ainsi que le bénéfice qu'il en escompte, et que seules une modification de programme ou une modification de prestations décidées par le maître de l'ouvrage peuvent donner lieu à une adaptation et, le cas échéant, à une augmentation de sa rémunération ; que la prolongation de sa mission n'est de nature à justifier une rémunération supplémentaire du maître d'œuvre que si elle a donné lieu à des modifications de programme ou de prestations décidées par le maître d'ouvrage ; qu'en outre, le maître d'œuvre ayant effectué des missions ou prestations non prévues au marché de maîtrise d'œuvre et qui n'ont pas été décidées par le maître d'ouvrage a droit à être rémunéré de ces missions ou prestations, nonobstant le caractère forfaitaire du prix fixé par le marché si, d'une part, elles ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art, ou si, d'autre part, le maître d'œuvre a été confronté dans l'exécution du marché à des sujétions imprévues présentant un caractère exceptionnel et imprévisible, dont la cause est extérieure aux parties et qui ont pour effet de bouleverser l'économie du contrat ».

Chapitre II - Organisation de la maîtrise d'ouvrage

Article L2422-1

Le maître d'ouvrage peut, dans les conditions fixées par le présent chapitre, recourir à des tiers selon les modalités suivantes :
1° L'assistance à maîtrise d'ouvrage ;
2° La conduite d'opération ;
3° Le mandat de maîtrise d'ouvrage ;
4° Le transfert de maîtrise d'ouvrage.

Section 1 - Assistance à maîtrise d'ouvrage

Article L2422-2

Le maître d'ouvrage peut passer des marchés publics d'assistance à maîtrise d'ouvrage portant sur un ou plusieurs objets spécialisés, notamment en ce qui concerne tout ou partie de l'élaboration du programme, la fixation de l'enveloppe financière prévisionnelle de l'opération ou le conseil spécialisé dans un domaine technique, financier, juridique ou administratif.

Section 2 - Conduite d'opération

Article L2422-3

Le maître d'ouvrage peut passer avec un conducteur d'opération un marché public ayant pour objet une assistance générale à caractère administratif, financier et technique. Ce marché public est conclu par écrit quel qu'en soit le montant.

Article L2422-4

La mission de conduite d'opération est incompatible avec toute mission de maîtrise d'œuvre, de contrôle technique définie à l'article L.111-23 du code de la construction et de l'habitation ou d'exécution de travaux, portant sur la même opération et exercée soit par le conducteur d'opération directement, soit par une entreprise liée définie à l'article L. 2511-8.

Section 3 - Mandat de maîtrise d'ouvrage

Article L2422-5

Dans la limite du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle de l'opération qu'il a arrêtés, le maître d'ouvrage peut confier par contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage à un mandataire l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie des attributions mentionnées à l'article L. 2422-6, dans les conditions de la présente section. Toutefois, la sous-section 4 de la présente section n'est pas applicable lorsque le maître d'ouvrage ne peut confier le mandat qu'à une personne désignée par la loi.

Sous-section 1 - Attributions du mandataire

Article L2422-6

Le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage a pour objet de confier au mandataire l'exercice, parmi les attributions mentionnées à l'article L. 2421-1, de tout ou partie des attributions suivantes :

- 1° La définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté ;
- 2° La préparation, la passation, la signature, après approbation du choix de l'attributaire, du marché public de maîtrise d'œuvre ainsi que le suivi de son exécution ;
- 3° L'approbation des études d'avant-projet et des études de projet du maître d'œuvre ;
- 4° La préparation, la passation, la signature, après approbation du choix des attributaires, des marchés publics de travaux, ainsi que le suivi de leur exécution ;
- 5° Le versement de la rémunération du maître d'œuvre et le paiement des marchés publics de travaux ;
- 6° La réception de l'ouvrage.

CE, 5 juin 2013, n° 352917, Région Haute-Normandie

« Les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure celle-ci justifie soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat, soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique, mais pas du seul fait de fautes commises par d'autres intervenants ».

CE, 20 mars 2013, n° 343434, Sté Mutuelle d'assurances du bâtiment et des travaux publics-SMABTP

« Il résulte des dispositions des articles L. 242-1 et L. 121-12 du code des assurances que l'assurance de dommages souscrite pour son compte ou pour celui des propriétaires successifs par toute personne physique ou morale qui, agissant en qualité de propriétaire de l'ouvrage, de vendeur ou de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, fait réaliser des travaux de bâtiment, est une assurance de choses bénéficiant au maître de l'ouvrage et aux propriétaires successifs ou à ceux qui sont subrogés dans leurs droits. L'assureur qui a pris en charge la réparation de dommages ayant

affecté l'ouvrage de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs au sens de l'article 1792-1 du code civil se trouve subrogé dans les droits et actions du propriétaire à l'encontre des constructeurs ».

CE, 15 novembre 2012, n°349840, Société Travaux Guil-Durance

« Si le 4° de l'article 3 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 permet au maître de l'ouvrage de confier à un maître d'ouvrage délégué la « signature du contrat de travaux, après approbation du choix de l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage » et la « gestion du contrat de travaux », le pouvoir de résiliation, qui excède la gestion du contrat, n'entre pas dans les attributions que le maître de l'ouvrage peut ainsi déléguer ».

CAA Marseille, 20 décembre 2010, n° 08MA00701, Société Paschal

« Il résulte de l'instruction que, par convention de mandat en date du 27 juillet 2000, la communauté de communes Piémont d'Alaric a confié la maîtrise d'ouvrage déléguée des travaux de construction sus-évoqués à la société coopérative de production d'HLM du Languedoc-Roussillon ; que l'article 6 de ladite convention stipulait que le mandant réglerait dans le mois de l'émission du titre de paiement établi par le mandataire les sommes exigibles au fur et à mesure de l'avancement des travaux, l'article 7 de la même convention précisant que, tous les mois, le mandataire adresserait au mandant un état des comptes de l'opération en recettes et dépenses pour que le maître d'ouvrage puisse établir les règlements correspondants ; que de telles stipulations ne prévoient pas le paiement par la société coopérative de production d'HLM du Languedoc-Roussillon des travaux exécutés par les entreprises ; que, si la loi du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec le maître d'œuvre privé permet au mandant de déléguer le versement de la rémunération de la mission de maîtrise d'œuvre et des travaux au mandataire, il ressort de la convention de mandat dont s'agit que cette mission n'a pas été déléguée à la société coopérative de production d'HLM du Languedoc-Roussillon ; que par ailleurs, selon le contrat de sous-traitance conclu avec la société Escourrou, la société appelante s'est engagée après avoir pris connaissance des actes du marché, dont le cahier des clauses administratives particulières ; que les stipulations de l'article 3.4.7. C de ce cahier précisent, concernant le règlement des décomptes que (...) les décomptes de l'entreprise, vérifiés par le maître d'œuvre, seront transmis au mandataire avant le règlement par le maître de l'ouvrage ; que compte tenu de cette clause, la société appelante ne pouvait ignorer que le paiement de l'ensemble de ses prestations incombait au seul maître de l'ouvrage ».

CAA Nancy, 8 janv. 2009, n° 07NC00321, SA Schoenenberger

« Considérant que la Société d'équipement de la région de Strasbourg (SERS) a passé le 2 juin 1997 une convention de maîtrise d'ouvrage déléguée avec la commune de Saint-Louis pour la construction du complexe culturel ; que l'article 2-3° de cette convention précise que le mandataire exercera une « mission de gestion de contrat de travaux » et que l'article 3 de ladite convention prévoit expressément qu'après la réception des ouvrages, « la SERS aura qualité pour effectuer le solde des règlements aux tiers » ; qu'il résulte de ces stipulations, conformes aux dispositions précitées de la loi du 12 juillet 1985, qui rangent la gestion du contrat de travaux au nombre des attributions susceptibles d'être confiées au mandataire par le maître de l'ouvrage, que les parties ont entendu donner qualité au maître d'ouvrage délégué pour arrêter le solde des marchés confiés à la SA SCHOENENBERGER, établir et signer le décompte général desdits marchés, puis le notifier à l'entrepreneur ; que, dès lors, la Société d'équipement de la région de Strasbourg a pu régulièrement établir, signer et notifier à la SA SCHOENENBERGER, par ordre de service du 17 décembre 2004, les décomptes généraux des marchés en cause ; que, par suite, le moyen tiré de l'irrégularité de la notification des décomptes généraux en raison de l'incompétence du maître d'ouvrage délégué doit être écarté ».

CAA Bordeaux, 28 oct. 2008, n° 07BX00613, Sté SEMSAMAR

« Considérant qu'en application de ces dispositions, par une convention de mandat signée entre la commune de Saint-Martin et la société d'économie mixte de Saint-Martin (SOCIETE SEMSAMAR), cette dernière s'était vu confier une mission complète de délégation de maîtrise d'ouvrage public pour les travaux susmentionnés, laquelle comportait pour elle, entre autres attributions, celle de verser aux entreprises les sommes correspondant à la rémunération des travaux ; qu'à cet effet était notamment

prévu à l'article 15 de ladite convention un préfinancement des dépenses par le mandataire à charge ensuite pour le maître d'ouvrage de le rembourser ou si cela n'était pas possible dans les trois mois suivant le règlement de la dépense de lui verser des intérêts ; qu'il s'ensuit que la société requérante n'est pas fondée à soutenir qu'ayant agi comme simple mandataire de la commune, elle ne pouvait être condamnée à verser à la société Clossur C, sous-traitant agréé, le solde non encore réglé de sa situation ».

CAA LYON, 26 juillet 2007, n°06LY00046, Ville de Romans-sur-Isère

« La délibération du conseil municipal qui a confié une maîtrise d'ouvrage déléguée à une société comportant la signature des marchés n'a pu avoir pour objet ni pour effet de dispenser la collectivité et, par suite, cette société de l'obligation de la délibération prévue à l'art. L 2122-21 CGCT ».

CAA Paris, 17 oct. 2006, n° 03PA04101, SA SOPREMA

« La société SOPREMA soutient qu'en sa qualité de maître d'ouvrage délégué, la société d'exploitation du Palais omnisports de Paris Bercy n'était pas compétente pour procéder au choix de l'entreprise retenue dans le cadre de l'appel d'offres ; que cependant il résulte des pièces du dossier que la commission d'appel d'offres qui s'est réunie le 18 juillet 2002, présidée par l'adjointe au maire de Paris chargée des sociétés d'économies mixtes et comprenant des élus de la ville, était une commission de la ville de Paris et non de la société d'exploitation ; que le secrétaire général de la société d'exploitation du Palais omnisports de Paris Bercy, dans son courrier du 7 août 2002, n'a fait que transmettre à la société SOPREMA le résultat de la commission d'appel d'offres de la ville de Paris, maître d'ouvrage, ainsi qu'il lui a également été rappelé par courrier du 30 août 2002 ; que le moyen est donc manquant ».

CE, 7 mars 2005, n° 204454, Synd. d'agglo. St-Quentin-en-Yvelines

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que, d'une part, si la maîtrise d'ouvrage de l'opération avait été déléguée à l'établissement public d'aménagement de Saint-Quentin-en-Yvelines, le président du comité du SYNDICAT D'AGGLOMERATION NOUVELLE DE SAINT-QUENTIN-EN-YVELINES, après y avoir été autorisé par une délibération du comité syndical en date du 23 novembre 1978, a signé l'acte d'engagement des maîtres d'oeuvre ; qu'ainsi, le syndicat était partie au marché d'ingénierie et d'architecture conclu avec M. A et la société Copibat ; que, par suite, il avait qualité pour rechercher la responsabilité contractuelle de M. A pour manquement à son obligation de conseil lors des opérations de réception ».

CE, 17 mars 2004, n° 226623, Ville de Paris

« Considérant, en second lieu, qu'il ressort des constatations opérées par les juges du fond que la régie immobilière de la Ville de Paris, d'une part, avait conservé qualité pour mettre en cause la responsabilité contractuelle des entrepreneurs et, d'autre part, s'était comportée dans ces instances comme le représentant de la VILLE DE PARIS, qui lui avait délégué la maîtrise d'ouvrage de l'opération litigieuse ; qu'ayant ainsi, par une appréciation souveraine, constaté la concordance des intérêts défendus par la RIVP et de ceux de la VILLE DE PARIS, la cour a pu légalement, sans erreur de droit et sans avoir à établir l'existence d'un mandat, exprès ou tacite, en déduire que la VILLE DE PARIS avait été représentée aux instances en cause ».

CE, 31 mai 1995, n° 121767, Sté chimique routière d'entreprise générale

« Considérant que, pour estimer que la société d'économie mixte d'études et d'aménagement des Pyrénées-Orientales, maître d'ouvrage délégué, avait qualité pour exercer, comme elle l'a fait le 30 décembre 1986, l'action en garantie décennale, la Cour s'est fondée sur ce qu'en vertu des stipulations précitées, le refus par la commune de la remise des ouvrages avait eu pour effet, et ce, même après l'intervention de la réception définitive prononcée sans réserve le 11 février 1977, de conserver à la société d'économie mixte d'études et d'aménagement des Pyrénées-Orientales la maîtrise des ouvrages litigieux ; que l'interprétation à laquelle se sont ainsi livrés les juges du fond des stipulations contractuelles précitées, n'est entachée d'aucune dénaturation ».

CE, 12 janv. 1994, n° 70954, Sté d'Equipement du Poitou

« Le maître de l'ouvrage délégué est partiellement responsable des fautes de conception dès lors qu'il n'a pas fait usage de la faculté qui lui était ouverte par la convention passée avec le maître de l'ouvrage de recourir aux services d'un architecte ou d'un homme de l'art capable de s'assurer qu'aucune faute de conception n'était commise ».

CE, 17 février 1993, n°80515, Société d'Equipement de l'Auvergne (SEAU)

« Il est constant et qu'il résulte d'ailleurs explicitement de la convention de mandat signée le 19 septembre 1985 entre la région d'Auvergne et la SOCIETE D'EQUIPEMENT DE L'Auvergne (SEAU), que l'établissement public régional, pour le compte duquel la construction était entreprise, avait la qualité de maître d'ouvrage ; qu'en application de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée, **le choix du maître d'oeuvre et des entrepreneurs est réservé au maître de l'ouvrage** ».

CE, 6 mai 1988, n° 51338, Ville Denain

« La convention du 30 juin 1978 par laquelle la ville de Denain a confié à la Société d'Aménagement et d'Equipement du Nord (S.A.E.N.) les études et la réalisation du nouvel hôtel de ville et lui a conféré la qualité de maître d'ouvrage délégué, n'a pas eu pour effet de faire perdre à cette collectivité la qualité de maître d'ouvrage pour la période précédant la réception définitive des travaux et de la décharger, vis-à-vis des entreprises sous-traitantes, de la responsabilité qui peut être encourue par le maître de l'ouvrage du fait de la méconnaissance des dispositions de la loi du 31 décembre 1975 ».

CE, 10 juillet 1996, n° 132921, Commune Boissy-Saint-Léger

« Après la réception définitive de l'ouvrage, qui vaut quitus pour le maître d'ouvrage délégué, la responsabilité de celui-ci envers le maître de l'ouvrage ne peut plus être recherchée, sur le fondement de l'article 2262 du code civil, que dans l'hypothèse où il aurait eu un comportement fautif qui, par sa nature ou sa gravité, serait assimilable à une fraude ou un dol ».

Sous-section 2 - Contenu du contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage

Article L2422-7

Le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage est conclu par écrit, quel qu'en soit le montant, et prévoit, à peine de nullité :

- 1° L'ouvrage qui fait l'objet du contrat, les attributions confiées au mandataire, les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage constate l'achèvement de la mission du mandataire, le cas échéant les modalités de la rémunération de ce dernier, les pénalités qui lui sont applicables en cas de méconnaissance de ses obligations et les conditions dans lesquelles le contrat peut être résilié ;
- 2° Le mode de financement de l'ouvrage ainsi que les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage fera l'avance de fonds nécessaires à l'exécution du contrat ou remboursera les dépenses exposées pour son compte et préalablement définies ;
- 3° Les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le maître d'ouvrage aux différentes phases de l'opération ;
- 4° Les conditions dans lesquelles l'approbation des études d'avant-projet et la réception de l'ouvrage sont subordonnées à l'accord préalable du maître d'ouvrage ;
- 5° Les conditions dans lesquelles le mandataire peut agir en justice pour le compte du maître d'ouvrage.

Sous-section 3 - Obligations et responsabilités du mandataire

Article L2422-8

Le mandataire est soumis à l'obligation d'exécution personnelle du contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage. Il est soumis aux dispositions du présent livre dans l'exercice des attributions qui lui sont confiées par le maître d'ouvrage.

Article L2422-9

Les règles de passation et d'exécution des contrats conclus par le mandataire sont celles applicables au maître d'ouvrage, sous réserve d'adaptations éventuelles prévues par voie réglementaire pour tenir compte de l'intervention du mandataire.

Article L2422-10

Le mandataire représente le maître d'ouvrage à l'égard des tiers dans l'exercice des attributions qui lui ont été confiées.

Cette représentation s'exerce jusqu'à ce que le maître d'ouvrage ait constaté l'achèvement de la mission du mandataire dans les conditions définies par le contrat.

CE, 26 janvier 2007, n°256819, Société Baudin-Chateaufort

« La qualité de maître d'ouvrage délégué de la commune de Lille ; qu'ainsi, en l'absence de toute stipulation contraire, et dès lors qu'il n'était pas contesté que figurait au nombre des attributions de la société Euralille la gestion du marché dont était titulaire la SOCIÉTÉ BAUDIN-CHATEAUFORT, la cour administrative d'appel de Douai a pu, sans commettre d'erreur de droit, estimer que le directeur opérationnel de la société Euralille, qui a signé le décompte général de ce marché, avait la qualité de personne responsable du marché pour l'application des stipulations du 42 de l'article 13 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux et était, par suite, compétent à cet effet ».

Sous-section 4 - Incompatibilités

Article L2422-11

Le mandat de maîtrise d'ouvrage est incompatible avec toute mission de maîtrise d'œuvre, de contrôle technique définie à l'article L. 111-23 du code de la construction et de l'habitation ou d'exécution de travaux, portant sur la même opération et exercée soit par le mandataire directement soit par une entreprise liée définie à l'article L. 2511-8.

CAA Bordeaux, 26 juin 2014, n° 13BX00422, Féd. CINOV

« Considérant qu'aux termes de l'article L. 111-25 du code de la construction et de l'habitation : " L'activité de contrôle technique est soumise à agrément. Elle est incompatible avec l'exercice de toute activité de conception, d'exécution ou d'expertise d'un ouvrage. (...) " ; qu'aux termes de l'article R. 111-31 du même code : " Les personnes et organismes agréés, les administrateurs ou gérants et le personnel de direction de ces organismes, ainsi que le personnel auquel il est fait appel pour les contrôles, doivent agir avec impartialité et n'avoir aucun lien de nature à porter atteinte à leur indépendance avec les personnes, organismes, sociétés ou entreprises qui exercent une activité de conception, d'exécution ou d'expertise dans le domaine de la construction (...) " ; que ces dispositions, qui visent à garantir, dans l'intérêt des maîtres d'ouvrage, l'indépendance des contrôleurs techniques à l'égard des personnes et organismes exerçant une activité de conception, d'exécution ou d'expertise dans le domaine de la construction et prohibent la participation des contrôleurs techniques à toute activité de conception, de construction ou d'expertise d'un ouvrage, ne s'appliquent qu'aux sociétés de contrôle technique et non aux sociétés exerçant d'autres activités dans le domaine de la construction ; que, par suite, et contrairement à ce que soutient la Fédération appelante, elles ne peuvent être opposées à la société Namixis, dont il résulte de l'instruction qu'elle n'est pas agréée en vue d'exercer une activité exclusive de contrôle technique ; que la circonstance que, lors de l'attribution du marché litigieux, la société Namixis appartenait au groupe Dekra comprenant, notamment, une filiale exerçant une activité de contrôleur technique, est sans incidence sur la régularité de l'attribution du marché de maîtrise d'œuvre à cette société sur laquelle ne pèse pas, ainsi qu'il a été dit, le principe d'incompatibilité applicable aux contrôleurs techniques ; que, par suite, la Fédération CINOV n'est pas fondée à soutenir que le département du Gers a méconnu le principe d'incompatibilité en décidant d'attribuer le marché dont s'agit à la société Namixis ».

CAA Douai, 31 déc. 2012, n° 11DA01663, CHR universitaire

« Considérant que, si la société A2C Nord s'est notamment donné pour mission d'effectuer des contrôles techniques, elle se borne sur son site internet à se présenter comme un bureau d'études " accrédité " pour la réalisation de tels contrôles ; qu'il résulte de l'instruction qu'elle ne figurait pas sur la liste des contrôleurs techniques agréés établie par le ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire ; qu'elle n'avait donc pas la qualité de contrôleur technique agréé au sens des dispositions des articles L. 111-23 et suivants du code de la construction et de l'habitation et n'entrait, dès lors, pas dans le champ des incompatibilités instituées par l'article L. 111-25 ».

CE, 19 oct. 2012, n° 361459, École nationale supérieure de la sécurité sociale

« En vertu de l'article L. 111-25 du code de la construction et de l'habitation (CCH), l'activité agréée de contrôle technique prévue à l'article L. 111-23 de ce code est incompatible avec l'exercice de toute activité de conception, d'exécution ou d'expertise d'un ouvrage. Ces dispositions et la règle qu'elles imposent ne s'appliquent qu'aux sociétés de contrôle technique et non aux sociétés exerçant d'autres activités dans le domaine de la construction. Par suite, ces dernières peuvent se porter candidates à un marché d'expertise dans le domaine de la construction ».

CAA Bordeaux, 10 avr. 2012, n° 11BX01482, Région Aquitaine

« Considérant, en premier lieu, que la REGION AQUITAINE fait valoir que l'incompatibilité prévue par ces dispositions ne s'applique pas à l'activité de diagnostic technique, qui peut ainsi être exercée par une personne agréée en qualité de contrôleur technique, et qu'une interprétation contraire serait incompatible avec la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 ; qu'il résulte toutefois de l'instruction, et notamment du cahier des clauses techniques particulières, que l'objet du marché litigieux porte notamment sur l'élaboration de préconisations techniques relatives à la modification ou au remplacement " d'un ou plusieurs équipements particuliers ", " d'un système ou de tout ou partie d'une installation ", " du ou des modes de production ou de fourniture d'énergie " ; que, par suite, la REGION AQUITAINE et la SA bureau Veritas ne sont pas fondées à soutenir que le marché n'avait pour objet que le seul pré diagnostic énergétique des ouvrages existants, sans formulation d'aucune solution technique susceptible de faire naître, à terme, un éventuel conflit d'intérêt prohibé par les dispositions rappelées ci-dessus du code de la construction et de l'habitat ; Considérant, en deuxième lieu, que si la REGION AQUITAINE fait valoir, au demeurant sans l'établir, que la société Bureau Veritas n'interviendrait pas dans l'élaboration des préconisations techniques dès lors que cette mission reviendrait exclusivement à l'autre membre du groupement, la société APC Ingénierie, cette circonstance n'est pas, eu égard aux dispositions rappelées ci-dessus de l'article R. 111-31 du code de la construction et de l'habitat, de nature à lever l'incompatibilité posée par l'article L. 111-25 du même code ; Considérant, enfin, que la circonstance que la SA bureau Veritas ne figurerait pas sur la liste des organismes de certification accrédités pour délivrer des certifications aux personnes réalisant des diagnostics techniques immobiliers est sans influence sur la validité du contrat litigieux ».

CE, 21 févr. 2011, n° 330515, Sté ICADE 3GA

« En application des principes dont s'inspirent les articles 1792 à 1792-5 du code civil, est susceptible de voir sa responsabilité engagée de plein droit, avant l'expiration d'un délai de dix ans à compter de la réception des travaux, à raison des dommages qui compromettent la solidité d'un ouvrage ou le rendent impropre à sa destination, toute personne appelée à participer à la construction de l'ouvrage, liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage ou qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage, ainsi que toute personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire. Un conducteur d'opérations, au sens de l'article 6 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique, concluant avec un maître d'ouvrage un contrat de louage d'ouvrage doit être regardé, pour la mise en oeuvre du dispositif de garantie décennale, comme un constructeur, et ce alors même que la convention en cause en l'espèce stipulait qu'elle n'était pas un contrat de louage d'ouvrage ».

CE, 18 juin 2010, n° 336418, min. d'État, Garde des Sceaux, min. Justice et Libertés

« En vertu de l'article L. 111-25 du code de la construction et de l'habitation (CCH), l'activité agréée de contrôle technique prévue à l'article L. 111-23 de ce code est incompatible avec l'exercice de toute activité de conception, d'exécution ou d'expertise d'un ouvrage. 1) Le législateur a entendu prohiber toute participation d'un contrôleur technique agréé à l'une des activités énumérées à l'article L. 111-25, y compris s'il n'est pas amené à intervenir ultérieurement sur l'ouvrage en qualité de contrôleur technique. 2) Il en résulte qu'un contrôleur technique agréé ne peut se voir légalement attribuer un marché d'expertise en matière de sécurité incendie sur des établissements pénitentiaires ».

CE, 10 juillet 1996, n° 132921, Commune Boissy-Saint-Léger

« Après la réception définitive de l'ouvrage, qui vaut quitus pour le maître d'ouvrage délégué, la responsabilité de celui-ci envers le maître de l'ouvrage ne peut plus être recherchée, sur le fondement de l'article 2262 du code civil, que dans l'hypothèse où il aurait eu un comportement fautif qui, par sa nature ou sa gravité, serait assimilable à une fraude ou un dol ».

CE, 28 avr. 1989, n° 65073, Cne Largentière

« Désordres de nature à rendre l'ouvrage impropre à sa destination imputables au procédé retenu pour le revêtement d'étanchéité des toitures. Ce procédé, agréé par l'administration et prévu par le devis-descriptif type, était imposé par le ministère de l'éducation nationale, maître d'ouvrage délégué. Si l'entrepreneur n'a formulé aucune observation ni réserve, à cette époque ce type de procédé n'avait pas encore manifesté ses effets néfastes et, ainsi, la société n'était pas en mesure de le faire. Par voie de conséquence, la société en cause n'a pas à réparer les troubles de jouissance qui ont trouvé leur origine dans ces désordres ».

CE, 13 nov. 1987, n° 55445, Synd. intercommunal pour la création et le fonctionnement de l'école des clos Ferolles Seine-et-Marne

« Pour rejeter la requête d'un syndicat intercommunal, les premiers juges ont dénié la qualité de constructeur, au sens des dispositions des articles 1792 et 2270 du code civil, aux deux sociétés civiles immobilières auxquelles ce syndicat a confié l'aménagement d'une Z.A.C. par une convention qui mettait à leur charge la réalisation et le financement d'un groupe scolaire et de trois logements d'instituteurs. S'agissant du champ d'application des articles précités du code civil, il appartenait aux premiers juges de rechercher si la condamnation de ces sociétés pouvait être éventuellement prononcée sur le terrain de la garantie décennale. Ainsi, les premiers juges, en soulevant d'office ce moyen, ne se sont pas prononcés sur des conclusions qui ne leur auraient pas été soumises et n'ont pas, en conséquence, porté atteinte au caractère contradictoire de la procédure ».

CE, 25 juillet 1985, n° 36883, Commune de Gray

« En cas de convention passée entre une commune et l'Etat, en vue de la construction d'un équipement communal, la commune peut rechercher la responsabilité contractuelle de l'Etat lorsque l'ouvrage livré par celui-ci présente des défauts par rapport aux stipulations du contrat et que l'Etat ne justifie pas le retard apporté à la mise en conformité de l'ouvrage ».

CE, 2 octobre 1968, n° 69231, Ministre de l'équipement et du logement c/ Commune de Chapelle-Vieille-Forêt et autre

« La convention par laquelle une commune et l'Etat conviennent de confier au Service des Ponts et Chaussées des travaux d'étude, de direction et de surveillance des projets communaux, est un contrat de louage d'ouvrage dont l'inexécution ou la mauvaise exécution engage, sauf stipulations expresses contraires, la responsabilité de l'Etat [RJ1]. Etat condamné en l'espèce à juste titre, à garantir une commune d'une partie de la condamnation qu'elle a encourue par suite de l'effondrement de l'immeuble d'un particulier au cours de travaux d'assainissement entrepris par la commune et dont la direction avait été confiée par cette dernière au Service des Ponts et Chaussées ».

Section 4 - Transfert de maîtrise d'ouvrage

Article L2422-12

Lorsque la réalisation ou la réhabilitation d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages relèvent

simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage, ces derniers peuvent désigner, par convention, celui d'entre eux qui assurera la maîtrise d'ouvrage de l'opération. Cette convention précise les conditions d'organisation de la maîtrise d'ouvrage exercée et en fixe le terme.

Rép. Min. n° 17255, JO Sénat Q 14 juillet 2005, p. 1899

« L'article 8 du code des marchés publics relatif à la constitution de groupements de commandes prévoit trois degrés d'implication du coordonnateur : le coordonnateur procède à l'organisation de l'ensemble des opérations de sélection de l'attributaire ; chaque membre du groupement signe et exécute son marché (art. 8-VI) ; le coordonnateur sélectionne, signe et notifie le marché ; chaque membre du groupement en assure l'exécution, en ce qui le concerne (art. 8-VII-1) ; le coordonnateur passe le marché, le signe et l'exécute pour le compte de l'ensemble des membres du groupement (art. 8-VII-2). Dans les deux dernières hypothèses, si le marché porte sur des travaux, le coordonnateur est investi d'un mandat au sens de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique (dite loi « MOP »). La convention constitutive du groupement doit alors comporter toutes les stipulations obligatoires du contrat de mandat telles qu'imposées par l'article 5 de la loi « MOP ». Cependant, **le recours au groupement de commandes n'est pas adapté aux opérations de construction, car le choix des constructeurs doit être approuvé par chaque membre du groupement en sa qualité de maître de l'ouvrage (art. 5 de la loi précitée). Pour ces opérations, le recours à la comaîtrise d'ouvrage prévue au II de l'article 2 de la loi du 12 juillet 1985 mentionnée ci-dessus constitue un dispositif plus approprié. En effet, la convention de comaîtrise d'ouvrage organise un transfert temporaire de compétence au bénéfice d'un seul maître d'ouvrage, selon des modalités qu'elle fixe librement ».**

Article L2422-13

Lorsque l'Etat confie à l'un de ses établissements publics la réalisation d'opérations ou de programmes d'investissement, il peut décider que cet établissement exercera la totalité des attributions de la maîtrise d'ouvrage.

Titre III - MAÎTRISE D'ŒUVRE PRIVÉE

Article L2430-1

Les dispositions du présent titre s'appliquent aux marchés publics de maîtrise d'œuvre conclus avec un opérateur économique de droit privé.

Article L2430-2

Par dérogation à l'article L. 2410-1, ne sont pas soumis au présent titre les offices publics de l'habitat et 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 locatif aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et sociétés.

Chapitre Ier - Mission de maîtrise d'œuvre privée

Article L2431-1

La mission de maîtrise d'œuvre est une mission globale qui doit permettre d'apporter une réponse architecturale, technique et économique au programme défini par le maître d'ouvrage pour la réalisation d'une opération.

La mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle confiée aux opérateurs économiques chargés des travaux, sous réserve des dispositions relatives aux marchés globaux du chapitre Ier du titre VII du livre Ier.

Article L2431-2

La mission de maîtrise d'œuvre comprend tout ou partie des éléments de conception, d'assistance, de direction et de contrôle définis par voie réglementaire.

Ces éléments de mission peuvent varier en fonction :

- 1° Du maître d'ouvrage ;
- 2° De la nature de l'opération ;
- 3° De l'ouvrage concerné ;
- 4° De l'intervention, dès l'établissement des études d'avant-projet, d'un opérateur économique chargé des travaux ou d'un fournisseur de produits industriels, lorsque les méthodes ou techniques de réalisation ou les produits industriels à mettre en œuvre impliquent l'intervention de ces opérateurs.

Article L2431-3

Pour les ouvrages de bâtiment, une mission de base est confiée au titulaire du marché public de maîtrise d'œuvre, qui comprend l'ensemble des éléments de mission définis par voie réglementaire et permet :

- 1° Au maître d'œuvre, de réaliser la synthèse architecturale des objectifs et des contraintes du programme et de s'assurer du respect, lors de l'exécution de l'ouvrage, des études qu'il a effectuées ;
- 2° Au maître d'ouvrage, de s'assurer de la qualité de l'ouvrage et du respect du programme ainsi que de procéder à la consultation des opérateurs économiques chargés des travaux et à l'attribution des marchés publics de travaux.

Le contenu de cette mission de base peut varier lorsque le maître d'ouvrage fait intervenir dès l'établissement des études d'avant-projet, un opérateur économique chargé des travaux ou un fournisseur de produits industriels ou lorsque les études d'exécution sont confiées en tout ou partie à des opérateurs économiques chargés des travaux.

Section 1 - Dispositions générales

Article R2431-1

La mission de maîtrise d'œuvre peut comprendre les éléments suivants :

- 1° Les études préliminaires ;
- 2° Les études de diagnostic ;
- 3° Les études d'esquisse ;
- 4° Les études d'avant-projet ;
- 5° Les études de projet ;
- 6° L'assistance apportée au maître d'ouvrage pour la passation des marchés de travaux ;
- 7° Les études d'exécution ou l'examen de leur conformité au projet et le visa de celles qui ont été faites par les opérateurs économiques chargés des travaux ;
- 8° La direction de l'exécution des marchés de travaux ;
- 9° L'ordonnancement, le pilotage et la coordination du chantier ;
- 10° L'assistance apportée au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement.

CAA Bordeaux, 18 nov. 2008, n° 07BX00737, Sté MDP Ingénierie Conseil

« Considérant, en deuxième lieu, que si la SOCIETE MDP INGENIERIE CONSEIL demande l'indemnisation des préjudices qu'elle estime avoir subis, au cours de l'exécution du marché, à raison de la modification des prestations demandées par le maître d'ouvrage qui au regard de son importance aurait bouleversé les conditions initiales du marché lui faisant perdre son caractère forfaitaire et aurait justifié l'établissement d'un avenant, et de l'obligation dans laquelle elle s'est trouvée d'effectuer un supplément d'études, il ne résulte pas de l'instruction que l'étude de projets successifs ait revêtu un caractère et une importance tels que cette étude ne puisse être regardée comme faisant partie de sa mission normale de maître d'œuvre, chargé d'aider le maître de l'ouvrage à mettre au point son projet avant le lancement des travaux ; que par suite et alors même qu'ils ont pu être utiles au département, ces travaux qui n'ont fait l'objet d'aucun ordre de service ou bon de commandes de prestations supplémentaires ne pouvaient ouvrir droit à la SOCIETE MDP INGENIERIE CONSEIL à une rémunération distincte de celle qui lui a été allouée pour la réalisation des projets définitifs ; que la société requérante n'est, par suite, pas fondée à demander la réformation du jugement en ce qu'il a rejeté sa demande tendant à être indemnisée à ce titre ».

Article R2431-2

Les éléments de mission de maîtrise d'œuvre sont précisés à la section 2 pour les ouvrages de bâtiment et à la section 3 pour les ouvrages d'infrastructure.

Des éléments de mission spécifiques sont prévus à la section 4 lorsque les méthodes ou techniques de réalisation ou les produits industriels à mettre en œuvre impliquent l'intervention, dès l'établissement des études d'avant-projet, d'un opérateur économique chargé des travaux ou d'un fournisseur de produits industriels.

Les éléments de mission de maîtrise d'œuvre portant sur des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essais ou d'expérimentation sont précisés à la section 5.

Article R2431-3

Le maître d'ouvrage détermine l'appartenance de l'ouvrage à l'une des catégories suivantes :

- 1° Opération de construction neuve de bâtiment ;
- 2° Opération de réhabilitation de bâtiment ;
- 3° Opération de construction neuve d'infrastructure ;
- 4° Opération de réhabilitation d'infrastructure.

Il peut, le cas échéant, scinder l'ouvrage en parties d'ouvrage relevant de l'une ou l'autre de ces catégories.

Section 2 - Éléments de mission de maîtrise d'œuvre privée portant sur les ouvrages de bâtiment

Sous-section 1 - Mission de base

Article R2431-4

Pour les opérations de construction neuve de bâtiment, la mission de base comporte :

- 1° Les études d'esquisse ;
- 2° Les études d'avant-projet ;
- 3° Les études de projet ;
- 4° L'assistance apportée au maître d'ouvrage pour la passation des marchés publics de travaux ;
- 5° La direction de l'exécution des marchés publics de travaux ;
- 6° L'assistance apportée au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement ;
- 7° L'examen de la conformité au projet des études d'exécution et leur visa lorsqu'elles ont été faites par un opérateur économique chargé des travaux et les études d'exécution lorsqu'elles sont faites par le maître d'œuvre.

Article R2431-5

Pour les opérations de réhabilitation de bâtiment, la mission de base comporte les mêmes éléments que ceux visés à l'article R. 2431-4, à l'exception des études d'esquisse.

Article R2431-6

Lorsque le maître d'ouvrage décide de consulter des opérateurs économiques chargés des travaux ou des fournisseurs de produits industriels dès l'établissement des avant-projets, la mission de base tient compte des éléments de missions spécifiques décrits à la section 4 du présent chapitre pour chacun des marchés publics concernés.

Article R2431-7

Lorsque en cas de défaillance d'un maître d'œuvre titulaire d'une mission de base, le maître d'ouvrage confie une mission partielle à un autre maître d'œuvre afin de poursuivre

l'opération, l'ensemble des éléments de mission, ceux effectués par le titulaire du premier marché public et ceux confiés au nouveau maître d'œuvre, doit respecter le contenu de la mission de base.

Sous-section 2 - Dispositions propres aux opérations de construction neuve de bâtiment

Article R2431-8

Les études d'esquisse ont pour objet :

- 1° De proposer une ou plusieurs solutions d'ensemble, traduisant les éléments majeurs du programme, d'en indiquer les délais de réalisation, d'examiner leur compatibilité avec la partie de l'enveloppe financière prévisionnelle retenue par le maître d'ouvrage et affectée aux travaux ;
- 2° De vérifier la faisabilité de l'opération au regard des différentes contraintes du programme et du site.

Article R2431-9

Les études d'avant-projet comprennent les études d'avant-projet sommaire définies à l'article R. 2431-10 et les études d'avant-projet définitif définies à l'article R. 2431-11.

Les études d'avant-projet comprennent également l'établissement des dossiers et les consultations relevant de la compétence de la maîtrise d'œuvre et nécessaires à l'obtention du permis de construire et des autres autorisations administratives, ainsi que l'assistance au maître d'ouvrage au cours de leur instruction.

Pour les ouvrages de construction neuve de logements, les études d'avant-projet sommaire et d'avant-projet définitif peuvent être exécutées en une seule phase d'études.

Article R2431-10

Les études d'avant-projet sommaire ont pour objet :

- 1° De préciser la composition générale en plan et en volume ;
- 2° D'apprécier les volumes intérieurs et l'aspect extérieur de l'ouvrage ;
- 3° De proposer les dispositions techniques pouvant être envisagées ;
- 4° De préciser le calendrier de réalisation et, le cas échéant, le découpage en phases fonctionnelles ;
- 5° D'établir une estimation provisoire du coût prévisionnel des travaux.

Article R2431-11

Les études d'avant-projet définitif ont pour objet :

- 1° De déterminer les surfaces détaillées de tous les éléments du programme ;
- 2° D'arrêter en plans, coupes et façades les dimensions de l'ouvrage, ainsi que son aspect ;
- 3° De définir les principes constructifs, les matériaux et les installations techniques ;
- 4° D'établir l'estimation définitive du coût prévisionnel des travaux, décomposée par corps d'état ;
- 5° De permettre au maître d'ouvrage d'arrêter définitivement le programme ;
- 6° De permettre la fixation du forfait de rémunération dans les conditions prévues par le marché public de maîtrise d'œuvre.

Article R2431-12

Les études de projet ont pour objet :

- 1° De préciser par des plans, coupes et élévations, les formes des différents éléments de la construction, la nature et les caractéristiques des matériaux et les conditions de leur mise en œuvre ;
- 2° De déterminer l'implantation, et l'encombrement de tous les éléments de structure et de tous les équipements techniques ;

- 3° De préciser les tracés des alimentations et évacuations de tous les fluides ;
- 4° D'établir un coût prévisionnel des travaux décomposé par corps d'état, sur la base d'un avant-métré ;
- 5° De permettre au maître d'ouvrage, au regard de cette évaluation, d'arrêter le coût prévisionnel de l'ouvrage et d'estimer les coûts de son exploitation ;
- 6° De déterminer le délai global de réalisation de l'ouvrage.

Article R2431-13

L'assistance apportée au maître d'ouvrage pour la passation des marchés publics de travaux sur la base des études qu'il a approuvées a pour objet :

- 1° De préparer la consultation des opérateurs économiques chargés des travaux, en fonction du mode de passation des marchés publics ;
- 2° De préparer la sélection des candidatures et de les examiner ;
- 3° D'analyser les offres et, le cas échéant, les variantes ;
- 4° De préparer les mises au point permettant la conclusion des marchés publics par le maître d'ouvrage.

Article R2431-14

L'avant-projet définitif ou le projet servent de base à la mise en concurrence des opérateurs économiques chargés des travaux par le maître d'ouvrage.

Lorsque le maître d'ouvrage retient une offre qui comporte une variante, le maître d'œuvre doit compléter les études du projet pour en assurer la cohérence, notamment en établissant la synthèse des plans et spécifications et, le cas échéant, prendre en compte les dispositions découlant d'un permis de construire modifié.

Article R2431-15

Les études d'exécution permettent la réalisation de l'ouvrage. Elles ont pour objet, pour l'ensemble de l'ouvrage ou pour les seuls marchés publics concernés :

- 1° D'établir tous les plans d'exécution et spécifications à l'usage du chantier ainsi que les plans de synthèse correspondants ;
 - 2° D'établir sur la base des plans d'exécution un devis quantitatif détaillé par marché public ;
 - 3° D'établir le calendrier prévisionnel d'exécution des travaux par marché public ;
 - 4° D'effectuer la mise en cohérence technique des documents fournis par les opérateurs économiques chargés des travaux lorsque les documents pour l'exécution des ouvrages sont établis pour partie par la maîtrise d'œuvre et pour partie par ces opérateurs.
- Lorsque les études d'exécution sont, partiellement ou intégralement, réalisées par les opérateurs économiques chargés des travaux, le maître d'œuvre s'assure que les documents qu'ils ont établis respectent les dispositions du projet et, dans ce cas, leur délivre son visa.

Article R2431-16

La direction de l'exécution des marchés publics de travaux a pour objet :

- 1° De s'assurer que les documents d'exécution ainsi que les ouvrages en cours de réalisation respectent les dispositions des études effectuées ;
- 2° De s'assurer que les documents qui doivent être produits par les opérateurs économiques chargés des travaux, ainsi que l'exécution des travaux sont conformes aux clauses de leur marché public ;
- 3° De délivrer tous ordres de service, d'établir tous procès-verbaux nécessaires à l'exécution du marché public de travaux, de procéder aux constats contradictoires et d'organiser et de diriger les réunions de chantier ;
- 4° De vérifier les projets de décomptes mensuels ou les demandes d'avances présentés par les opérateurs économiques chargés des travaux, d'établir les états d'acomptes, de vérifier le projet de décompte final et d'établir le décompte général ;

5° D'assister le maître d'ouvrage en cas de différend sur le règlement ou l'exécution des travaux.

Article R2431-17

L'ordonnancement, la coordination et le pilotage du chantier ont respectivement pour objet :

- 1° D'analyser les tâches élémentaires portant sur les études d'exécution et les travaux, de déterminer leurs enchaînements ainsi que leur chemin critique par des documents graphiques ;
- 2° D'harmoniser dans le temps et dans l'espace les actions des différents intervenants au stade des travaux ;
- 3° Au stade des travaux et jusqu'à la levée des réserves dans les délais impartis dans les marchés publics de travaux, de mettre en application les diverses mesures d'organisation arrêtées au titre de l'ordonnancement et de la coordination.

Article R2431-18

L'assistance apportée au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement a pour objet :

- 1° D'organiser les opérations préalables à la réception des travaux ;
- 2° D'assurer le suivi des réserves formulées lors de la réception des travaux jusqu'à leur levée ;
- 3° De procéder à l'examen des désordres signalés par le maître d'ouvrage ;
- 4° De constituer le dossier des ouvrages exécutés nécessaires à leur exploitation.

Sous-section 3 - Dispositions propres aux opérations de réhabilitation de bâtiment

Article R2431-19

Les études de diagnostic qui permettent de renseigner le maître d'ouvrage sur l'état du bâtiment et sur la faisabilité de l'opération ont pour objet :

- 1° D'établir un état des lieux ;
- 2° De fournir une analyse fonctionnelle, urbanistique, architecturale et technique du bâti existant ;
- 3° De permettre d'établir un programme fonctionnel d'utilisation du bâtiment ainsi qu'une estimation financière et d'en déduire la faisabilité de l'opération.

Le maître d'œuvre préconise, éventuellement, des études complémentaires d'investigation des existants.

Article R2431-20

Les études d'avant-projet comprennent des études d'avant-projet sommaire définies à l'article R. 2431-21 et des études d'avant-projet définitif définies à l'article R. 2431-22.

Les études d'avant-projet comprennent également l'établissement des dossiers et les consultations relevant de la compétence de la maîtrise d'œuvre et, le cas échéant, nécessaires à l'obtention du permis de construire et des autres autorisations administratives, ainsi que l'assistance au maître d'ouvrage au cours de leur instruction.

Article R2431-21

Les études d'avant-projet sommaire ont pour objet :

- 1° De proposer une ou plusieurs solutions d'ensemble traduisant les éléments majeurs du programme fonctionnel et d'en présenter les dispositions générales techniques envisagées ;
- 2° D'indiquer des durées prévisionnelles de réalisation ;
- 3° D'établir une estimation provisoire du coût prévisionnel des travaux des différentes solutions étudiées.

Article R2431-22

Les études d'avant-projet définitif ont pour objet :

- 1° D'arrêter en plans, coupes et façades, les dimensions de l'ouvrage ainsi que son aspect ;
- 2° De définir les matériaux ;
- 3° De permettre au maître d'ouvrage d'arrêter définitivement le programme et certains choix d'équipements en fonction des coûts d'investissement, d'exploitation et de maintenance ;
- 4° D'établir l'estimation définitive du coût prévisionnel des travaux, décomposée par corps d'état ;
- 5° De permettre la fixation du forfait de rémunération dans les conditions prévues par le marché public de maîtrise d'œuvre.

Article R2431-23

Les dispositions des articles R. 2431-12 à R. 2431-18 sont applicables aux opérations de réhabilitation d'ouvrages de bâtiment.

Section 3 - Eléments de mission de maîtrise d'œuvre privée portant sur les ouvrages d'infrastructure

Article R2431-24

Les études préliminaires, dans le cas d'une opération de construction neuve, constituent la première étape de la réponse de la maîtrise d'œuvre aux objectifs, besoins, contraintes et exigences du programme.

Ces études permettent au maître d'ouvrage d'arrêter le parti d'ensemble de l'ouvrage et ont pour objet :

- 1° De préciser les contraintes physiques, économiques et environnementales conditionnant le projet ;
- 2° De présenter une ou plusieurs solutions techniques, architecturales, d'implantation et d'insertion dans le paysage pour les ouvrages concernés ainsi qu'une comparaison des différents éléments composant ces solutions, assorties de délais de réalisation et d'examiner leur compatibilité avec la partie affectée aux travaux de l'enveloppe financière prévisionnelle retenue par le maître d'ouvrage ;
- 3° De vérifier la faisabilité de l'opération.

Article R2431-25

Les études de diagnostic, dans le cas d'une opération de réhabilitation, permettent de renseigner le maître d'ouvrage sur l'état de l'ouvrage et sur la faisabilité de l'opération et ont pour objet :

- 1° D'établir un état des lieux ;
- 2° De procéder à une analyse technique sur la résistance de la structure et sur les équipements techniques ;
- 3° De permettre d'établir un programme fonctionnel d'utilisation de l'ouvrage ;
- 4° De proposer, éventuellement, des méthodes de réparation ou de confortement assorties de délais de réalisation et de mise en œuvre.

Le maître d'œuvre préconise, éventuellement, des études complémentaires d'investigation des existants.

Article R2431-26

Les études d'avant-projet ont pour objet :

- 1° De confirmer, compte tenu des études et reconnaissances complémentaires, la faisabilité de la solution retenue et d'en déterminer ses principales caractéristiques ;

2° De proposer une implantation topographique des principaux ouvrages ;
 3° De proposer, le cas échéant, une décomposition en phases de réalisation et de préciser la durée de cette réalisation ;
 4° De permettre au maître d'ouvrage de prendre ou de confirmer la décision de réaliser le projet, d'en arrêter définitivement le programme et d'en déterminer les moyens nécessaires, notamment financiers ;
 5° D'établir l'estimation du coût prévisionnel des travaux, en distinguant les dépenses par partie d'ouvrage et nature de travaux et en indiquant l'incertitude qui y est attachée compte tenu des bases d'estimation utilisées ;
 6° De permettre la fixation du forfait de rémunération dans les conditions prévues par le marché public de maîtrise d'œuvre ;
 7° De permettre l'établissement des dossiers à déposer, le cas échéant, en vue de l'obtention du permis de construire et autres autorisations administratives nécessaires relevant de la compétence de la maîtrise d'œuvre, ainsi que l'assistance au maître d'ouvrage au cours de leur instruction.

Article R2431-27

Les études de projet ont pour objet :

1° De préciser la solution d'ensemble et les choix techniques, architecturaux et paysagers ;
 2° De fixer les caractéristiques et dimensions des différents ouvrages de la solution d'ensemble, ainsi que leur implantation topographique ;
 3° De préciser les tracés des alimentations et évacuations de tous les fluides ainsi que des réseaux souterrains existants ;
 4° De préciser les dispositions générales et les spécifications techniques des équipements répondant aux besoins de l'exploitation ;
 5° D'établir un coût prévisionnel des travaux décomposés en éléments techniquement homogènes ;
 6° De permettre au maître d'ouvrage d'arrêter le coût prévisionnel de la solution d'ensemble et, le cas échéant, de chaque phase de réalisation, d'évaluer les coûts d'exploitation et de maintenance, de fixer l'échéancier d'exécution et de scinder, le cas échéant, l'opération en lots.

Article R2431-28

L'assistance apportée au maître d'ouvrage pour la passation des marchés publics de travaux a pour objet :

1° De préparer la consultation des opérateurs économiques chargés des travaux, en fonction du mode de passation des marchés publics ;
 2° De préparer la sélection des candidatures et de les examiner ;
 3° D'analyser les offres et, le cas échéant, les variantes ;
 4° De préparer les mises au point permettant la conclusion des marchés publics par le maître d'ouvrage.

Article R2431-29

L'avant-projet ou le projet servent de base à la mise en concurrence des opérateurs économiques chargés des travaux par le maître d'ouvrage.

Lorsque le maître d'ouvrage retient une offre qui comporte une variante, le maître d'œuvre doit compléter les études du projet pour en assurer la cohérence, notamment en établissant la synthèse des plans et spécifications et, le cas échéant, prendre en compte les dispositions découlant d'un permis de construire modifié.

Article R2431-30

Les études d'exécution permettent la réalisation de l'ouvrage. Elles ont pour objet, pour l'ensemble de l'ouvrage ou pour les seuls marchés publics concernés :

1° D'élaborer les schémas fonctionnels, les notes techniques et de calcul qui précèdent et

commandent celles des plans d'exécution ;
 2° D'établir tous les plans d'exécution, repérages et spécifications à l'usage du chantier ainsi que les plans de synthèse correspondants ;
 3° D'établir, sur la base des plans d'exécution, un devis quantitatif détaillé de chacun des marchés publics ;
 4° D'établir le calendrier prévisionnel d'exécution des travaux de chacun des marchés publics ;
 5° D'effectuer la mise en cohérence technique des documents fournis par les opérateurs économiques chargés des travaux lorsque les documents pour l'exécution des ouvrages sont établis pour partie par la maîtrise d'œuvre, et pour partie par ces opérateurs.
 Lorsque les études d'exécution sont, partiellement ou intégralement, réalisées par les opérateurs économiques chargés des travaux, le maître d'œuvre s'assure que les documents qu'ils ont établis respectent les dispositions du projet et, dans ce cas, leur délivre son visa.

Article R2431-31

Les dispositions des articles R. 2431-16 à R. 2431-18 sont applicables aux ouvrages d'infrastructure.

Section 4 - Eléments de mission de maîtrise d'œuvre privée spécifiques

Article R2431-32

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'opérateur économique chargé des travaux ou du fournisseur de produits industriels, le maître d'ouvrage peut décider de les consulter de façon anticipée pour un ou plusieurs marchés publics de technicité particulière.

Cette consultation intervient soit à l'issue des études d'avant-projet sommaire ou d'avant-projet définitif pour les ouvrages neufs de bâtiment et pour les opérations de réhabilitation de bâtiment et d'infrastructure, soit à l'issue des études préliminaires pour les ouvrages neufs d'infrastructure.

L'opérateur économique chargé des travaux ou le fournisseur de produits industriels retenu après consultation établit et remet au maître d'œuvre les documents graphiques et écrits définissant les solutions techniques qu'il propose.

Article R2431-33

Les éléments de mission d'avant-projet et de projet pour les marchés publics concernés sont remplacés ou complétés en tant que de besoin par les éléments de mission spécifiques mentionnés aux articles R. 2431-34 et R. 2431-35.

Article R2431-34

Les études spécifiques d'avant-projet ont pour objet :

1° D'apprécier les conséquences de la solution technique étudiée par l'opérateur économique chargé des travaux ou le fournisseur de produits industriels en s'assurant qu'elle est compatible avec les contraintes du programme et qu'elle est assortie de toutes les justifications et avis techniques nécessaires ;

2° De retenir la solution technique, le cas échéant de la faire adapter, ou d'en proposer le rejet au maître d'ouvrage ;

3° De permettre la fixation de la rémunération définitive du maître d'œuvre en tenant compte des éléments de missions spécifiques qui lui sont confiés ;

4° De permettre au maître d'ouvrage d'arrêter avec l'opérateur économique chargé des travaux ou le fournisseur de produits industriels les conditions d'exécution de son marché public.

Article R2431-35

Les études spécifiques de projet ont pour objet :

- 1° De définir de façon détaillée les prescriptions architecturales et techniques à partir des études de l'opérateur économique chargé des travaux ou du fournisseur de produits industriels ;
- 2° De permettre au maître d'ouvrage d'évaluer les coûts d'exploitation et de maintenance ;
- 3° De préciser la période de réalisation des marchés publics concernés.

Section 5 - Eléments de mission de maîtrise d'œuvre privée portant sur des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essais ou d'expérimentation

Article R2431-36

Lorsque, dans le cadre d'un programme de recherche bénéficiant d'une aide financière publique, des ouvrages sont réalisés à titre de recherche, d'essais ou d'expérimentation, l'ensemble des dispositions du présent chapitre est applicable à l'exclusion des articles R. 2431-4 à R. 2431-7 relatifs à la mission de base pour les ouvrages de bâtiment. Le contenu de chacun des éléments de mission décrits au présent chapitre peut comporter des adaptations en fonction de l'objet précis de la recherche, des essais ou de l'expérimentation auquel doit répondre la réalisation de l'ouvrage.

Section 6 - Dispositions diverses

Article R2431-37

Un arrêté conjoint des ministres chargés de l'équipement et de l'industrie, annexé au présent code, précise les modalités techniques d'exécution des éléments de mission de maîtrise d'œuvre.

Chapitre II - Marché public de maîtrise d'œuvre privée

Section 1 - Dispositions générales

Article L2432-1

Le marché public de maîtrise d'œuvre privée prévoit une rémunération forfaitaire du titulaire qui tient compte de l'étendue de la mission, de son degré de complexité et du coût prévisionnel des travaux. Les modalités de fixation de la rémunération du maître d'œuvre ainsi que les conséquences de la méconnaissance par celui-ci des engagements souscrits sur un coût prévisionnel des travaux, en distinguant selon le maître d'ouvrage, la nature de l'opération et l'ouvrage concerné, sont précisées par voie réglementaire.

Article R2432-1

Le maître d'ouvrage décide, au plus tard avant le commencement des études de projet, d'allotir ou non l'opération et précise son incidence sur le marché public de maîtrise d'œuvre.

Section 2 - Engagements du maître d'œuvre privé

Article L2432-2

En cas de modification du programme ou de prestations décidées par le maître d'ouvrage, le marché public de maîtrise d'œuvre fait l'objet d'une modification conventionnelle conformément aux dispositions du chapitre IV du titre IX du livre Ier. Cette modification arrête le programme modifié et le coût prévisionnel des travaux, et adapte en conséquence la rémunération du maître d'œuvre et les

modalités de son engagement sur ce coût prévisionnel.

Article R2432-2

Le marché public de maîtrise d'œuvre précise, d'une part, les modalités selon lesquelles est arrêté le coût prévisionnel des travaux assorti d'un seuil de tolérance, sur lesquels s'engage le maître d'œuvre et, d'autre part, les conséquences, pour celui-ci, des engagements souscrits.

Article R2432-3

Lorsque la mission confiée au maître d'œuvre comporte l'assistance au maître d'ouvrage pour la passation des marchés publics de travaux, le marché public de maîtrise d'œuvre prévoit l'engagement de son titulaire de respecter le coût prévisionnel des travaux arrêté au plus tard avant le lancement de la procédure de passation des marchés publics de travaux. Le respect de cet engagement est contrôlé à l'issue de la consultation des opérateurs économiques chargés des travaux. En cas de dépassement du seuil de tolérance, le maître d'ouvrage peut demander au maître d'œuvre d'adapter ses études, sans rémunération supplémentaire.

Article R2432-4

Lorsque la mission confiée au maître d'œuvre comporte, outre l'assistance au maître d'ouvrage pour la passation des marchés publics de travaux, la direction de l'exécution des marchés publics de travaux et l'assistance au maître d'ouvrage lors des opérations de réception, le marché public de maîtrise d'œuvre prévoit un engagement de son titulaire de respecter le coût, assorti d'un nouveau seuil de tolérance, qui résulte des marchés publics de travaux passés par le maître d'ouvrage. Le respect de cet engagement est contrôlé après exécution complète des travaux nécessaires à la réalisation de l'ouvrage en tenant compte du coût total définitif des travaux résultant des décomptes finaux et factures des opérateurs économiques chargés des travaux. Pour contrôler le respect de l'engagement du maître d'œuvre, le marché public de maîtrise d'œuvre prévoit les modalités de prise en compte des variations des conditions économiques. En cas de dépassement excédant le seuil de tolérance fixé par le marché public de maîtrise d'œuvre, la rémunération du maître d'œuvre est réduite. Le marché public de maîtrise d'œuvre détermine les modalités de calcul de cette réduction qui ne peut excéder 15 % de la rémunération du maître d'œuvre correspondant aux éléments de missions postérieurs à l'attribution des marchés publics de travaux.

Article R2432-5

Le marché public de maîtrise d'œuvre peut ne pas prévoir les engagements mentionnés aux articles R. 2432-3 et R. 2432-4, s'il est établi que certaines des données techniques nécessaires à la souscription de tels engagements ne pourront être connues au moment où ces engagements devraient être pris.

Section 3 - Rémunération du maître d'œuvre privé

Article R2432-6

La rémunération forfaitaire du maître d'œuvre décomposée par éléments de mission tient compte des éléments suivants :

- 1° L'étendue de la mission, appréciée notamment au regard du nombre et du volume des prestations demandées, de l'ampleur des moyens à mettre en œuvre, de l'éventuel allotissement des marchés publics de travaux, des délais impartis et, lorsqu'ils sont souscrits, des engagements pris par le maître d'œuvre de respecter le coût prévisionnel

des travaux ;

2° Le degré de complexité de cette mission, apprécié notamment au regard du type et de la technicité de l'ouvrage, de son insertion dans l'environnement, des exigences et contraintes du programme ;

3° Le coût prévisionnel des travaux basé soit sur l'estimation prévisionnelle provisoire des travaux établie par le maître d'œuvre lors des études d'avant-projet sommaire, soit sur l'estimation prévisionnelle définitive des travaux établie lors des études d'avant-projet définitif.

Article R2432-7

Dans le cas où le coût prévisionnel des travaux n'est pas encore connu au moment de la passation du marché public de maîtrise 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 d'ouvrage.

Son montant définitif est fixé conformément aux dispositions de la section 2 du présent chapitre et en application de l'article R. 2194-1.

Livre V - AUTRES MARCHÉS PUBLICS

Article L2500-1

Sans préjudice de dispositions législatives spéciales, les catégories de marchés publics mentionnés au titre Ier sont soumises aux règles particulières définies au titre II.

Article L2500-2

Les marchés publics mentionnés au présent livre conclus par un acheteur mentionné au chapitre Ier du livre IV relatif à la maîtrise d'ouvrage publique et ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage défini au chapitre II de ce même livre, sont soumis aux dispositions de celui-ci.

Titre Ier - CHAMP D'APPLICATION

Chapitre Ier - Relations internes au secteur public

Section 1 - Quasi-régie

Article L2511-1

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, avec une personne morale de droit public ou de droit privé lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un **contrôle analogue** à celui qu'il exerce sur ses propres services ;

2° La personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées soit par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, soit par d'autres personnes morales que celui-ci contrôle, soit par ce pouvoir adjudicateur et d'autres personnes morales que celui-ci contrôle ;

3° La personne morale contrôlée ne comporte **pas de participation directe de capitaux privés au capital**, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

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

Fiche DAJ, Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public

CJUE, 3 oct. 2019, aff. C-285/18, Kauno miesto savivaldybė

« L'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une règle nationale par laquelle un État membre subordonne la conclusion d'une opération interne, notamment à la condition que la passation d'un marché public ne permette pas de garantir la qualité des services réalisés, leur accessibilité ou leur continuité, tant que le choix exprimé en faveur d'un mode de prestation de services en particulier, et effectué à un stade antérieur à celui de la passation de marché public, respecte les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence.

3) L'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24, lu à la lumière du principe de transparence, doit être interprété en ce sens que les conditions auxquelles les États membres subordonnent la conclusion d'opérations internes doivent être énoncées au moyen de règles précises et claires du droit positif des marchés publics, qui doivent être suffisamment accessibles et prévisibles dans leur application afin d'éviter tout risque d'arbitraire, ce qu'il appartiendra, en l'occurrence, à la juridiction de renvoi de vérifier ».

Rép. min. n° 10913 : JOAN 21 mai 2019, p. 4812 (Q. 17 juill. 2018, M. Sylvain Waserman)

« Les dispositions de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ont été codifiées à l'article L. 2511-1 et suivant du code de la commande publique qui est entré en vigueur le 1er avril 2019. Il est prévu que peuvent être exclus de son champ d'application les marchés publics passés par un pouvoir adjudicateur avec un opérateur économique qu'il contrôle dès lors que les conditions suivantes sont réunies : – le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ; – la personne morale réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ; – la personne contrôlée ne dispose pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacités de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale objet du contrôle. Cette exclusion a vocation à s'appliquer lorsque l'opérateur contrôlé réalise ses activités sur un marché concurrentiel. Les centres de ressources, d'expertise et de performance sportive (CREPS) sont des établissements publics locaux de formation dans le domaine du sport, de la jeunesse et de l'éducation populaire. Ils exercent au nom de l'État sur le fondement de l'article L. 114-2 du code du sport notamment la mise en œuvre des formations initiales et continues dans le domaine des activités physiques ou sportives en application de l'article L. 211-1 et dans les domaines de la jeunesse et de l'éducation populaire, conformément aux objectifs nationaux et en lien avec le schéma régional des formations de la région concernée. **Il n'est pas possible à ce jour au regard de la réglementation et de l'activité de formation des CREPS d'exempter de façon générale les établissements relevant du ministère des sports des règles de marché public. En effet, l'obligation ou non de répondre à un marché public sur la part de formation proposée par les conseils régionaux ne relève en aucun cas de la seule volonté du ministère des sports mais bien plutôt de l'organisation du marché par l'adjudicateur.** En effet, les CREPS proposent des formations certes en lien avec les marchés du conseil régional mais aussi pour répondre à un besoin de formation ouvert à la concurrence. De plus, leur offre de formation porte également sur des formations qui sont peu ou pas assurées sur le marché concurrentiel et sur des formations qui conduisent à des diplômes qui pour des raisons impérieuses de sécurité ne peuvent pas être organisées par des organismes de droit privé. En conséquence, la condition prévue par le code de la commande publique relative à la réalisation par la personne morale de plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle dépend largement de la politique menée par chaque établissement public local de formation ».

CE, 14 nov. 2018, n° 405628, Préfet du Puy-de-Dôme

« Il résulte de la combinaison des articles L. 1531-1, L. 1521-1 et L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales (CGCT) que, hormis le cas, prévu par l'article L. 1521-1 du CGCT, où l'objet social de la société s'inscrit dans le cadre d'une compétence que la commune n'exerce plus du fait de son transfert, après la création de la société, à un établissement public de coopération intercommunale, la participation d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales à une société publique locale (SPL), qui lui confère un siège au conseil d'administration ou au conseil de surveillance et a nécessairement pour effet de lui ouvrir droit à participer au vote des décisions prises par ces organes, est exclue lorsque cette collectivité territoriale ou ce groupement de collectivités territoriales n'exerce pas l'ensemble des compétences sur lesquelles porte l'objet social de la société ».

Contrôle analogue

CJCE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal

« La directive 93/36, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, ce qui n'est pas le cas dans l'hypothèse où, à la fois, **la collectivité territoriale exerce sur la personne juridiquement distincte d'elle un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services** et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non ».

CJCE, 11 janvier 2005, C-26/03, Stadt Halle

« Conformément à la jurisprudence de la Cour, il n'est pas exclu qu'il puisse y avoir d'autres circonstances dans lesquelles l'appel à la concurrence n'est pas obligatoire même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Il en est ainsi dans l'hypothèse où l'autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, exerce sur l'entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent (voir, en ce sens, arrêt Teckal, précité, point 50). Il convient de rappeler que, dans le cas précité, l'entité distincte était entièrement détenue par des autorités publiques. En revanche, **la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.**

Il faut, à cet égard, relever tout d'abord que le rapport entre une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. En revanche, tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente ».

CJUE, 13 juin 2013, C-386/11

« Un contrat tel que celui en cause au principal, par lequel, sans instaurer une coopération entre les entités publiques contractantes en vue de la mise en œuvre d'une mission de service public commune, une entité publique confie à une autre entité publique la mission de nettoyer certains bâtiments à usage de bureaux, de locaux administratifs et d'établissements scolaires, tout en se réservant le pouvoir de contrôler la bonne exécution de cette mission, moyennant une compensation financière censée correspondre aux coûts engendrés par la réalisation de ladite mission, la seconde entité étant en outre autorisée à recourir à des tiers ayant éventuellement la capacité d'agir sur le marché pour l'accomplissement de cette mission, constitue un marché public de services au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous d), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ».

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

« Il résulte des dispositions des articles L. 300-4 (deuxième alinéa) et L. 300-5-2 du code de l'urbanisme qu'une collectivité territoriale peut concéder la réalisation d'opérations d'aménagement à une société publique locale d'aménagement (SPLA), créée sur le fondement de l'article L. 327-1 du même code et qui ne peut dès lors exercer son activité que pour le compte de ses actionnaires et sur leur territoire, sans publicité ni mise en concurrence préalables, à la condition que cette collectivité exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Pour être regardée comme exerçant un tel contrôle sur cette société, conjointement avec la ou les autres personnes publiques également actionnaires, cette collectivité doit non seulement participer au capital mais également aux organes de direction de cette société...2) Cas d'une commune détenant 1,076% du capital de la SPLA et qui, d'une part, ne dispose pas d'un représentant propre au sein de son conseil d'administration, alors que cette instance, principal organe de direction de la société, approuve les concessions d'aménagement et n'y a voix délibérative que de façon indirecte, par l'intermédiaire d'un représentant commun des petits actionnaires, d'autre part, ne peut seule requérir l'inscription d'un projet à l'ordre du jour et, enfin, n'est directement représentée qu'au sein d'organes

ne disposant pas de pouvoir décisionnaire en matière d'exécution des concessions d'aménagement confiées à la société. Pas d'erreurs de droit ni de qualification juridique à avoir estimé que la commune ne pouvait pas être regardée comme participant, de façon effective, aux organes de direction de la société ni, par suite, comme exerçant sur elle, même conjointement avec les autres actionnaires, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Exclusion du bénéfice de la dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme prévue par l'article L. 300-5-2 du même code ».

CJCE, 17 juillet 2008, C-371/05, Commission/Italie

« Il en résulte que ladite commune avait la **faculté d'influencer de manière déterminante tant les objectifs stratégiques** que les **décisions importantes** d'ASI par la désignation des membres des organes de direction de cette société et d'un fonctionnaire communal chargé d'orienter et de contrôler l'action de celle-ci. Ladite faculté suffit à caractériser l'existence d'un **pouvoir de contrôle structurel et fonctionnel** de la commune de Mantoue sur ladite société analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, de sorte que la première condition posée par la Cour au point 50 de l'arrêt Teckal, précité, est remplie ».

CJCE, 11 mai 2006, C-340/04, Carbotermo et Consorzio Alisei

« Pour apprécier si le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, il convient de **tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes**. Il doit résulter de cet examen que la société adjudicataire est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions de ladite société. Il doit s'agir d'une **possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société.**

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

Pas de participation directe de capitaux privés au capital**Fiche DAJ, Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public**

« Focus sur la présence de capitaux privés au sein de l'entité contrôlée

Le seul fait que la société contrôlée soit constituée avec la participation de capitaux privés en application de la loi, par exemple, sous la forme d'une société d'économie mixte (SEM) ne suffit pas à considérer que la loi requiert que son capital soit mixte au sens de la disposition de l'article 17 de l'ordonnance n° 2015-899 ou de l'article 16 de l'ordonnance n° 2016-65. Si la législation française applicable à ce type de sociétés prévoit bien la participation de capitaux privés, cette seule exigence de participation de capitaux privés ne suffit néanmoins pas à remplir le critère de l'exception de quasi-régie. En effet, le sens de cette participation obligatoire est précisé au considérant 32 de la directive 2014/24/UE. Celui-ci indique que l'exception de quasi-régie n'est établie que dans les cas de **participation obligatoire d'opérateurs économiques privés spécifiques** au capital de la personne morale contrôlée. **L'exigence légale d'une présence d'actionnaires privés au capital des SEM ne remplit pas en tant que telle l'exigence d'adhésion obligatoire d'opérateurs économiques privés spécifiques : en effet, n'importe quel opérateur économique privé peut devenir actionnaire minoritaire d'une SEM.** Ainsi, et au contraire, pour les sociétés anonymes d'habitat à loyer modéré (SA d'HLM), la présence imposée de participations des locataires remplit les conditions pour être considérée comme une participation directe de capitaux privés « requise par la loi » ; toutefois, les autres participations privées au sein des SA d'HLM ne remplissent pas non plus cette première condition. Ensuite, quand bien même le législateur imposerait la création d'une société avec la participation de capitaux privés détenus par des opérateurs économiques spécifiques au sens du considérant 32 susmentionnés, il doit également être démontré que la présence de capitaux privés ne confère aucune capacité de contrôle ou de blocage et ne permet d'exercer aucune influence décisive. Les actionnaires minoritaires spécifiques obligatoires ne doivent donc pas détenir eux-mêmes la minorité de blocage. A fortiori, il ne peut y avoir de relation de quasi-régie avec une entité dans

laquelle des sociétés privées sont actionnaires majoritaires du capital. Dans une telle configuration, contrairement à l'hypothèse n° 1 du logigramme « les contrats de quasi-régie », le pouvoir adjudicateur de contrôle (à savoir la collectivité territoriale actionnaire dans l'exemple des SEM) ne peut, sans publicité ni mise en concurrence préalables, attribuer un marché public à l'entité comportant des capitaux privés (dans cet exemple, la SEM). Il en va différemment lorsque c'est le pouvoir adjudicateur de contrôle (SEM ayant la qualité de pouvoir adjudicateur) qui comporte en son sein des capitaux privés et que les seuls capitaux privés présents dans le capital de l'entité dont on recherche si elle est une entité contrôlée en situation de quasi régie sont précisément ceux de ce pouvoir adjudicateur. Dans une telle hypothèse, rien n'interdit au pouvoir adjudicateur (la SEM dans cet exemple) d'entretenir une relation de quasi-régie avec l'entité qu'il contrôle (une filiale, dans ce même exemple), dans les conditions posées par les articles précités relatives au contrôle et à l'exclusivité de la destination de l'activité. En effet, le 3° du I de l'article 17 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précise qu'en toute hypothèse, cette condition doit être appréciée non pas par rapport à la composition du capital des entités de contrôle, mais au regard du capital de l'entité contrôlée²⁸. En résumé, il n'est pas possible de reconnaître que la relation entre une collectivité territoriale actionnaire et une SEM remplit systématiquement les critères de quasi-régie. Toutefois, l'éventuelle présence de capitaux privés au sein d'un pouvoir adjudicateur n'obère pas de la possibilité de reconnaître, au cas par cas, une relation de quasi-régie entre ce pouvoir adjudicateur à capitaux privés minoritaires et une entité qu'elle contrôlerait, dans les conditions de l'article 17 de l'ordonnance n° 2015-899 ou de l'article 16 de l'ordonnance n° 2016-6529 et 30. Ainsi, une SEM peut être en quasi-régie avec une de ses filiales. La présence de capitaux privés au sein de la SEM n'y fait pas obstacle ».

Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession

« Toutefois, eu égard aux caractéristiques particulières des organismes publics à adhésion obligatoire, tels que les organisations chargées de la gestion ou de l'exécution de certains services publics, cette règle [l'interdiction de toute participation de capitaux privés au sein de la personne contrôlée] ne devrait pas s'appliquer dans les cas où la participation d'opérateurs économiques privés spécifiques dans le capital de la personne morale contrôlée est rendue obligatoire par des dispositions législatives nationales en conformité avec les traités, à condition que cette participation ne donne pas une capacité de contrôle ou de blocage et ne confère pas une influence décisive sur les décisions de la personne morale contrôlée. Il convient en outre de préciser que la participation privée directe dans le capital de la personne morale contrôlée constitue le seul élément déterminant.

Par conséquent, le fait que le ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle ou la ou les entités adjudicatrices de contrôle comportent une participation de capitaux privés ne fait pas obstacle à l'attribution de contrats publics à la personne morale contrôlée, sans appliquer les procédures prévues par la présente directive, étant donné que ces participations ne nuisent pas à la concurrence entre les opérateurs économiques privés ».

Article L2511-2

Sont également soumis aux règles définies au titre II les marchés publics conclus par une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, avec :

- 1° Soit le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, y compris lorsque ce contrôle est exercé conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs dans les conditions fixées à l'article L. 2511-3 ;
- 2° Soit une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale à laquelle est attribué le marché public ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Article L2511-3

Sont également soumis aux règles définies au titre II les marchés publics conclus par un pouvoir

adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, qui n'exerce pas sur une personne morale un contrôle dans les conditions prévues à l'article L. 2511-1, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

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

Article L2511-4

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

- 1° Les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ;
- 2° Ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée ;
- 3° La personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

Contrôle conjoint

CJUE, 29 nov. 2012, C-182/11, Econord SpA,

Lorsque plusieurs autorités publiques, en leur qualité de pouvoir adjudicateur, établissent en commun une entité chargée d'accomplir leur mission de service public ou lorsqu'une autorité publique adhère à une telle entité, la condition établie par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle ces autorités, afin d'être dispensées de leur obligation d'engager une procédure de passation de marchés publics selon les règles du droit de l'Union, doivent exercer conjointement sur cette entité un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services est remplie lorsque chacune de ces autorités participe tant au capital qu'aux organes de direction de ladite entité.

CJCE, 13 novembre 2008, C-324/07, Coditel Brabant SA

« Dans le cas où plusieurs autorités publiques détiennent une entité concessionnaire à laquelle elles confient l'accomplissement d'une de leurs missions de service public, le contrôle que ces autorités publiques exercent sur cette entité peut être exercé conjointement par ces dernières ».

Article L2511-5

Le pourcentage d'activités mentionné à la présente section est déterminé en prenant en compte le chiffre d'affaires total moyen ou tout autre paramètre approprié fondé sur les activités, tel que les coûts supportés, au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du marché public.

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

Section 2 - Coopération entre pouvoirs adjudicateurs

Article L2511-6

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics par lesquels les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, établissent ou mettent en œuvre une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, lorsque les conditions suivantes

sont réunies :

- 1° La mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général ;
- 2° Les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération. Ce pourcentage d'activités est déterminé dans les conditions fixées à l'article L. 2511-5.

Coopération

Fiche DAJ, Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public, p. 5-6

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

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

Considérations d'intérêt général

Fiche DAJ, Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public, p. 6

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

Section 3 - Marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée

Article L2511-7

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics qui, d'une part, sont conclus par une entité adjudicatrice avec une entreprise liée ou par un organisme exclusivement constitué par plusieurs entités adjudicatrices en vue de réaliser une ou plusieurs activités d'opérateur de réseaux avec une entreprise liée à l'une de ces entités adjudicatrices et, d'autre part, présentent les caractéristiques suivantes :

- 1° Les marchés publics de services lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de services avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée ;
- 2° Les marchés publics de fournitures lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de fournitures avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée ;
- 3° Les marchés publics de travaux lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de travaux avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée.

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

Lorsque des services, des fournitures ou des travaux, identiques ou comparables, sont fournis par

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

Article L2511-8

Sont des entreprises liées à une entité adjudicatrice :

- 1° Les entreprises dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice ;
- 2° Les entreprises qui sont susceptibles d'être, directement ou indirectement, soumises à l'influence dominante de l'entité adjudicatrice au sens du deuxième alinéa de l'article L. 1212-2 ;
- 3° Les entreprises qui sont susceptibles d'exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice au même sens ;
- 4° Les entreprises qui sont soumises à l'influence dominante d'une entreprise exerçant elle-même une telle influence dominante sur l'entité adjudicatrice au même sens.

Section 4 - Marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise

Article L2511-9

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics conclus par un organisme constitué exclusivement par des entités adjudicatrices pour exercer une ou plusieurs des activités d'opérateur de réseaux avec l'une de ces entités adjudicatrices ainsi que les marchés publics conclus par une entité adjudicatrice avec un tel organisme lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- 1° L'organisme a été constitué pour exercer son activité pendant une période d'au moins trois ans ;
- 2° Aux termes des statuts de cet organisme, les entités adjudicatrices qui l'ont constitué en sont membres au moins pendant la période mentionnée au 1°.

Chapitre II - Marchés publics conclus par un acheteur

Section 1 - Marchés publics conclus en application de règles internationales

Article L2512-1

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics qui doivent être conclus selon des procédures prévues par :

- 1° Un accord international ou un arrangement administratif, relatif au stationnement de troupes ;
- 2° Un accord international ou un arrangement administratif, conclu entre un Etat membre de l'Union européenne et un ou plusieurs Etats tiers ou une subdivision de ceux-ci, portant sur des travaux, des fournitures ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses parties signataires. Cet accord est communiqué à la Commission européenne ;
- 3° Une organisation internationale.

Article L2512-2

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics qui sont conclus :

- 1° Selon la procédure propre à une organisation internationale lorsque le marché public est entièrement financé par cette organisation internationale ;
- 2° Selon la procédure convenue entre une organisation internationale et l'acheteur lorsque le marché public est cofinancé majoritairement par cette organisation internationale.

Section 2 - Marchés publics liés à la sécurité ou à la protection d'intérêts essentiels de l'Etat

Article L2512-3

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige, à condition que cette sécurité ou cette protection ne puisse pas être garantie par

d'autres moyens.

Section 3 - Autres marchés

Article L2512-4

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics de services conclus avec un acheteur soumis à la présente partie lorsque celui-ci bénéficie, en vertu d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Droit exclusif

Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, DAJ, septembre 2014, p. 14

« Le droit exclusif peut être défini comme la situation dans laquelle est confié à une personne, par un acte législatif ou réglementaire, l'exercice d'une mission d'intérêt général. **Ce droit a pour effet de réserver à cette personne l'exercice de l'activité en cause.** En conséquence, l'acheteur public peut s'adresser à cette personne directement, c'est-à-dire sans formalité de publicité ou de mise en concurrence, pour lui demander une prestation de services. Lorsqu'un droit exclusif est confié à plusieurs opérateurs, on parle alors de droit spécial. Les conditions de validité de ces droits spéciaux sont les mêmes que celles des droits exclusifs ».

CE, 26 janvier 2007, n° 276928, Syndicat des professionnels de la géomatique

« Considérant qu'il résulte de ces stipulations que s'il est loisible aux Etats membres d'accorder à des entreprises gérant des services d'intérêt économique général des droits exclusifs pouvant faire obstacle à l'application des règles du traité relatives à la concurrence, **ces restrictions à la concurrence ne doivent pas excéder les limites de ce qui est nécessaire à l'accomplissement de leur mission particulière et doivent rester proportionnées à ces nécessités** ».

Article L2512-5

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics suivants :

- 1° Les services d'acquisition ou de location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ;
- 2° Les services relatifs à la recherche et développement pour lesquels l'acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation.
La recherche et développement regroupe l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques et à l'exception de la réalisation et de la qualification de prototypes de préproduction, de l'outillage et de l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication. Les démonstrateurs technologiques sont les dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif ;
- 3° Les services relatifs à l'arbitrage et aux autres modes alternatifs de règlement des litiges ;
- 4° Les services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro ;
- 5° Les services financiers liés à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers définis à l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, à des services fournis par des banques centrales ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le Mécanisme européen de stabilité ;
- 6° Les contrats d'emprunt, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers mentionnés au 5° ;
- 7° Lorsqu'ils sont conclus avec une organisation ou une association à but non lucratif :
 - a) Les marchés publics de services d'incendie et de secours ;
 - b) Les marchés publics de services de protection civile ;
 - c) Les marchés publics de services de sécurité nucléaire ;
 - d) Les marchés publics de services ambulanciers, à l'exception de ceux ayant pour objet exclusif le

transport de patients ;

8° Les services juridiques suivants :

- a) Les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires ;
- b) Les services fournis par des administrateurs, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction ;
- c) Les services liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique.

CJUE, 21 mars 2019, aff. C-465/17, Falck Rettungsdienst GmbH, Falck A/S c : Ville de Solingen

L'article 10, sous h), de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doit être interprété en ce sens que l'exception à l'application des règles de passation des marchés publics qu'il prévoit couvre la prise en charge de patients en situation d'urgence dans un véhicule de secours par un secouriste/ambulancier, couverte par le code CPV [Common Procurement Vocabulary (vocabulaire commun pour les marchés publics)] 75252000-7 (services de secours) ainsi que le transport en ambulance qualifié, qui comprend outre la prestation de transport, la prise en charge de patients dans une ambulance par un ambulancier assisté d'un auxiliaire ambulancier, couvert par le code CPV 85143000-3 (services ambulanciers), pour autant, s'agissant dudit transport en ambulance qualifié, qu'il est effectivement assuré par un personnel dûment formé aux premiers secours et qu'il vise un patient pour lequel existe un risque de dégradation de son état de santé durant ce transport.

L'article 10, sous h), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens, d'une part, qu'il s'oppose à ce que des associations d'utilité publique reconnues par le droit national comme des organisations de protection et de défense civiles soient considérées comme « **des organisations ou des associations à but non lucratif** », au sens de cette disposition, dans la mesure où la reconnaissance du statut d'association d'utilité publique n'est pas subordonnée en droit national à la poursuite d'un but non lucratif et, d'autre part, que les organisations ou les associations ayant pour objectif d'assumer des missions sociales, qui sont dépourvues de finalité commerciale et qui réinvestissent d'éventuels bénéfices en vue d'atteindre l'objectif de l'organisation ou de l'association, constituent « des organisations ou des associations à but non lucratif », au sens de ladite disposition.

CE, sect., 8 févr. 1991, n° 57679, Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne et autres

« Ne sauraient légalement avoir recours à ce contrat de vente de droit privé, dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage et qui échappe tant aux règles de passation, notamment aux règles de concurrence, prévues par le code des marchés, qu'au régime d'exécution des marchés de travaux publics, lorsque, comme en l'espèce, l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres ».

CAA Bordeaux, 26 mars 2013, n° 11BX01637, Garde des sceaux, min. Justice

« Il résulte de l'instruction que les contrats de location financière conclus les 19 juin 2000 et 19 février 2004, qui avaient pour objet une prestation de services bancaires, étaient soumis au code des marchés publics ».

Chapitre III - Marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur

Article L2513-1

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics de services conclus par un pouvoir adjudicateur qui :

- 1° Soit sont relatifs aux temps de diffusion ou à la fourniture de programmes lorsqu'ils sont attribués à des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou à des organismes de radiodiffusion ;
- 2° Soit ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes

destinés à la diffusion et qui sont attribués par des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou radiophonique.
La notion de programme inclut le matériel pour programme à l'exclusion du matériel technique.

Article L2513-2

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communications électroniques.

Article L2513-3

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur qui fournit des services postaux au sens du 5° de l'article L. 1212-3 et relatifs :

- 1° Aux services de courrier électronique assurés entièrement par voie électronique, notamment la transmission sécurisée de documents codés par voie électronique, les services de gestion des adresses et la transmission de courrier électronique recommandé ;
- 2° Aux services bancaires et d'investissement et les services d'assurance ;
- 3° Aux services de philatélie ;
- 4° Aux services logistiques associant la remise physique des colis ou leur dépôt à des fonctions autres que postales, tels que les services d'envois express.

Article L2513-4

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics conclus ou organisés par un pouvoir adjudicateur exerçant une ou plusieurs des activités mentionnées au 2° de l'article L. 1212-3 et qui sont relatifs aux activités d'exploration d'une aire géographique dans un but de prospection de pétrole ou de gaz.

Article L2513-5

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur pour l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux qui sont soumis aux articles L. 2514-1 à L. 2514-4 ou le deviennent en application de l'article L. 2514-5.

Chapitre IV - Marchés publics conclus par une entité adjudicatrice

Article L2514-1

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics conclus par une entité adjudicatrice pour l'achat d'eau, lorsque cette entité exerce l'une des activités relatives à l'eau potable mentionnées au 1° de l'article L. 1212-3.

Article L2514-2

Sont soumis aux mêmes règles, les marchés publics conclus par une entité adjudicatrice pour l'achat d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie, lorsque cette entité exerce l'une des activités dans le secteur de l'énergie mentionnées aux a et c du 1° et au 2° de l'article L. 1212-3.

Article L2514-3

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics conclus par une entité adjudicatrice pour la revente ou la location à des tiers, lorsque cette entité ne bénéficie d'aucun droit spécial ou exclusif pour vendre ou louer l'objet de ces marchés publics et que d'autres entités peuvent librement le vendre ou le louer dans les mêmes conditions que l'entité adjudicatrice. Toutefois, le présent article ne s'applique pas lorsque ces marchés publics sont passés par les centrales d'achat.
Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, à sa demande, les catégories de produits et d'activités qu'elles considèrent comme relevant du présent livre en vertu du présent article.

Article L2514-4

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics de services conclus par une entité adjudicatrice qui sont relatifs aux temps de diffusion ou à la fourniture de programmes lorsqu'ils sont attribués à des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou à des organismes de radiodiffusion. La notion de programme inclut le matériel pour programme à l'exclusion du matériel technique.

Article L2514-5

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics conclus par une entité adjudicatrice dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans une aire géographique déterminée d'un Etat membre lorsque la Commission européenne a reconnu que, dans cet Etat ou dans l'aire géographique concernée, cette activité est exercée sur des marchés concurrentiels dont l'accès n'est pas limité.

Chapitre V - Marché de défense ou de sécurité

Article L2515-1

« Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés de défense ou de sécurité :

- 1° Présentant les caractéristiques mentionnées au 1° de l'article L. 2512-1, à l'article L. 2512-4 et au 1° à 3° de l'article L. 2512-5 ;
- 2° Portant sur des services financiers, à l'exception des services d'assurance ;
- 3° Portant sur des armes, munitions ou matériel de guerre lorsque, au sens de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat l'exige ;
- 4° Pour lesquels l'application de la présente partie obligerait à une divulgation d'informations contraire aux intérêts essentiels de sécurité de l'Etat ;
- 5° Conclues en vertu de la procédure propre à une organisation internationale et dans le cadre des missions de celle-ci ou qui doivent être attribués conformément à cette procédure ;
- 6° Conclues selon des règles de passation particulières prévues par un accord international ou un arrangement administratif conclu entre au moins un Etat membre de l'Union européenne et au moins un Etat tiers ;
- 7° Destinés aux activités de renseignement ;
- 8° Conclues dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement mené conjointement par l'Etat et un autre Etat membre de l'Union européenne en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, de tout ou partie des phases ultérieures du cycle de vie de ce produit tel que défini au 3° de l'article L. 1113-1. Lorsque seules participent au programme des personnes relevant d'Etats membres, l'Etat notifie à la Commission européenne, au moment de la conclusion de l'accord ou de l'arrangement de coopération, la part des dépenses de recherche et développement par rapport au coût global du programme, l'accord relatif au partage des coûts ainsi que, le cas échéant, la part envisagée d'achat pour chaque Etat membre telle que définie dans l'accord ou l'arrangement ;
- 9° Y compris pour des achats civils passés dans un pays tiers lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union européenne et que les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone des opérations ;
- 10° Passés par l'Etat et attribués à un autre Etat ou à une subdivision de ce dernier.

Titre II - RÈGLES APPLICABLES

Chapitre unique.

Article L2521-1

Les marchés publics mentionnés au présent livre sont soumis aux règles relatives aux délais de paiement prévues à la section 2 du chapitre II du titre IX du livre Ier.

Article L2521-2

Les marchés publics mentionnés au présent livre sont soumis aux titres Ier et III de loi n° 75-1334 du

31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

Article L2521-3

L'acheteur peut résilier un marché public mentionné au présent livre, dans les conditions fixées au livre Ier.
Il peut résilier un contrat de droit privé mentionné au présent livre, dans les conditions prévues par le code civil.

Article L2521-4

Pour le règlement amiable des différends des parties à un marché public mentionné au présent livre, les dispositions du chapitre VII du titre IX du livre Ier sont applicables, à l'exception des dispositions relatives aux comités consultatifs de règlement amiable des différends.

Article R2521-1

Sans préjudice de dispositions réglementaires spéciales, en application de l'article L. 2500-1, les marchés publics mentionnés aux articles L. 2511-1 à L. 2515-1 sont soumis au présent titre.

Article R2521-2

Les marchés publics mentionnés aux articles L. 2511-1 à L. 2515-1 sont soumis aux règles relatives aux délais de paiement prévues à la section 2 du chapitre II du titre IX du livre Ier et à l'article R. 2112-5.

Article R2521-3

Pour le règlement amiable des différends des parties à un marché public mentionné aux articles L. 2511-1 à L. 2515-1, les dispositions du chapitre VII du titre IX du livre Ier sont applicables, à l'exception des dispositions relatives aux comités consultatifs de règlement amiable des différends.

Article R2521-4

Lorsqu'un marché public mentionné aux articles L. 2511-1 à L. 2515-1 est conclu par un acheteur et a pour objet la réalisation d'un ouvrage qui relève respectivement des articles L. 2411-1, L. 2412-1 et L. 2412-2, il est soumis au livre IV de la présente partie.

Article D. 2521-5

Les dispositions des articles D. 2192-1 et D. 2192-2 sont applicables aux factures émises en exécution des marchés publics mentionnés par les dispositions législatives des chapitres Ier à IV du titre Ier.

Article R. 2521-6

Les dispositions de l'article R. 2192-3 sont applicables aux factures émises en exécution des marchés publics mentionnés par les dispositions législatives des chapitres Ier à IV du titre Ier.

Article L2521-5

Les marchés publics mentionnés aux chapitres Ier à IV du titre Ier du présent livre sont soumis aux règles relatives à la facturation électronique prévues à la section 1 du chapitre II du titre IX du livre Ier de la présente partie.

Livre VI - DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

TROISIÈME PARTIE - CONCESSIONS

Livre préliminaire CONTRATS DE CONCESSION MIXTES

Article L3000-1

Lorsqu'une autorité concédante décide de conclure un contrat destiné à satisfaire des besoins, objectivement dissociables, qui relèvent, d'une part, du droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la présente partie et qui relèvent, d'autre part, du régime juridique particulier applicable aux autres contrats de concession prévu au livre II de la présente partie ou du régime juridique particulier applicable aux autres marchés publics prévu au livre V de la deuxième partie, ce contrat est soumis au droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la présente partie.

Lorsque le contrat mentionné au premier alinéa couvre plusieurs activités dont l'une seulement constitue une activité d'opérateur de réseau, il est soumis aux dispositions applicables à son objet principal. Lorsque l'objet principal du contrat ne peut être objectivement identifié, le contrat est soumis aux dispositions du livre Ier de la présente partie.

Article L3000-2

Lorsqu'une autorité concédante conclut un contrat destiné à satisfaire des besoins, objectivement indissociables, qui relèvent, d'une part, du droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la présente partie et, qui relèvent, d'autre part, du régime juridique particulier applicable aux autres contrats de concessions prévu au livre II de la présente partie ou du régime juridique particulier applicable aux autres marchés publics prévu au livre V de la deuxième partie, ce contrat est soumis aux dispositions applicables à son objet principal.

Lorsque l'objet principal du contrat ne peut être objectivement identifié, le contrat est soumis au droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la présente partie.

Article L3000-3

Lorsqu'un contrat de concession porte sur plusieurs activités, dont l'une au moins constitue une activité d'opérateur de réseaux, et dont l'objet principal peut être déterminé, les règles suivantes s'appliquent :

1° Lorsque le contrat porte à la fois sur une activité d'opérateurs de réseaux autre que celle mentionnée au c du 1° ou au 4° de l'article L. 1212-3 et une autre activité qui n'est pas une activité d'opérateurs de réseaux, il est soumis aux dispositions applicables à son objet principal ;

2° Lorsque le contrat porte à la fois sur une activité d'opérateurs de réseaux mentionnée au c du 1° ou au 4° de l'article L. 1212-3 et une autre activité qui n'est pas une activité d'opérateurs de réseaux, il est soumis aux dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs.

Article L3000-4

Lorsqu'un contrat de concession porte à la fois sur une activité d'opérateurs de réseaux et une autre activité qui n'est pas une activité d'opérateurs de réseaux et pour lequel il est objectivement impossible d'établir à quelle activité il est principalement destiné, il est soumis aux dispositions du livre Ier de la présente partie applicables aux pouvoirs adjudicateurs.

Livre Ier - DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article L3100-1

Sous réserve des dispositions de l'article L. 3200-1, les contrats de concession définis à l'article L. 1121-1 sont régis par les dispositions de la présente partie.

Titre Ier - PRÉPARATION DU CONTRAT DE CONCESSION

Chapitre Ier - Définition du besoin

Article L3111-1

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

Article R3111-1

Les spécifications techniques et fonctionnelles définissent les caractéristiques requises des travaux ou des services.

Elles peuvent se référer au processus spécifique de production ou d'exécution des travaux ou des services demandés, à condition qu'ils soient liés à l'objet du contrat de concession et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs.

CE, 15 novembre 2017, n°412644, Commune du Havre

« Si le fait de fixer seulement une durée maximale ne constitue pas, à lui seul, un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, il traduisait en l'espèce, en raison de l'incertitude sur le **montant des investissements à réaliser et à amortir** qui résultait par ailleurs des imprécisions sur le **périmètre de la concession**, une insuffisante détermination des besoins de la commune ».

CE, 21 septembre 2016, n° 399656, Communauté urbaine du Grand Dijon

« Aucune disposition législative ni aucun principe général n'impose à la collectivité publique qui entend confier à un opérateur économique la gestion de services dont elle a la responsabilité de conclure autant de conventions qu'il y a de services distincts ; qu'elle ne saurait toutefois, sans méconnaître les impératifs de bonne administration ou les obligations générales de mise en concurrence qui s'imposent à elle, donner à une délégation un **périmètre manifestement excessif** ni réunir au sein de la même convention des services qui n'auraient manifestement aucun lien entre eux.

Le juge du référé précontractuel exerce un contrôle **restreint** sur la définition, par la collectivité délégante, du périmètre d'une délégation de service public".

CE, 15 décembre 2008, n° 312350, Communauté intercommunale Villes solidaires

« Considérant que le juge des référés précontractuels a d'une part estimé que la collectivité délégante, en fixant, dans l'avis d'appel public à la concurrence, la durée de principe du contrat à quinze ans, tout en proposant aux sociétés candidates des options portant sur des durées de dix et vingt ans, sans préciser les circonstances qui étaient de nature à justifier une offre sur dix ou sur vingt ans, ni les conditions dans lesquelles elle apprécierait les différentes offres au regard de la durée du contrat, n'avait pas donné aux entreprises candidates à la délégation de service public une information suffisante sur les critères d'appréciation des offres concurrentes ; que d'autre part, il a relevé qu'en tout état de cause, **la durée de la convention, pouvant aller jusqu'à vingt ans, ne saurait être justifiée eu égard à la faiblesse des investissements réclamés au fermier** ».

Article L3111-2

Les travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession sont définis par référence à des spécifications techniques et fonctionnelles.

Article R3111-2

Les spécifications techniques et fonctionnelles ne font pas référence à un mode ou procédé de fabrication particulier, à une provenance ou origine déterminée, à une marque, un brevet ou un type.

Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du contrat de concession ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du contrat de concession n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : « ou équivalent ».

Article R3111-3

L'autorité concédante ne peut pas rejeter une offre au motif qu'elle n'est pas conforme aux spécifications techniques et fonctionnelles si le soumissionnaire prouve dans son offre, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose respectent de manière équivalente ces spécifications.

Chapitre II - Mutualisation

Article L3112-1

Des groupements peuvent être constitués entre des autorités concédantes ou entre une ou plusieurs autorités concédantes et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne sont pas des autorités concédantes afin de passer conjointement un ou plusieurs contrats de concession.

Article L3112-2

La convention constitutive du groupement, signée par ses membres, définit les règles de fonctionnement du groupement. Elle peut confier à l'un ou plusieurs de ses membres la charge de mener tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du contrat de concession au nom et pour le compte des autres membres.

Les autorités concédantes membres du groupement sont solidairement responsables des seules opérations de passation ou d'exécution du contrat de concession qui sont menées conjointement en leur nom et pour leur compte, selon les stipulations de la convention de groupement.

Article L3112-3

Un groupement d'autorités concédantes peut être constitué avec des autorités concédantes d'autres Etats membres de l'Union européenne, à condition que ce choix n'ait pas été fait dans le but de se soustraire à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public. Nonobstant les dispositions de l'article L. 3112-2, et sous réserve des stipulations d'accords internationaux ou d'arrangements administratifs, entre les Etats membres dont ils relèvent, les membres du groupement s'accordent sur la répartition des responsabilités ainsi que sur le droit applicable au contrat de concession, choisi parmi les droits des Etats membres dont ils relèvent.

Article L3112-4

Les contrats de concession conclus par un groupement au sein duquel les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux sont majoritaires obéissent aux règles prévues par la présente partie et par le chapitre préliminaire du titre 1er du livre IV de la première partie du code général des collectivités territoriales ainsi que, le cas échéant, par le chapitre 1er du titre 1er du livre IV de la première partie dudit code.

Chapitre III - Réserve

Article L3113-1

Des contrats de concession peuvent être réservés à des entreprises adaptées mentionnées à l'article L. 5213-13 du code du travail, à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés à l'article L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles ainsi qu'à des structures équivalentes, lorsqu'ils emploient une proportion minimale, fixée par voie réglementaire, de travailleurs handicapés qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

Article R3113-1

L'autorité concédante peut mettre en œuvre la réserve prévue aux articles L. 3113-1 et L. 3113-2 lorsque la proportion minimale mentionnée à ces articles est d'au moins 50 %. La décision de réserver est mentionnée

Article L3113-2

Des contrats de concession peuvent être réservés à des structures d'insertion par l'activité économique mentionnées à l'article L. 5132-4 du code du travail et à des structures équivalentes, lorsqu'elles emploient une proportion minimale, fixée par voie réglementaire, de travailleurs défavorisés.

Article L3113-3

Une autorité concédante ne peut réserver un contrat de concession aux opérateurs économiques qui répondent à la fois aux conditions de l'article L. 3113-1 et de l'article L. 3113-2.

Chapitre IV - Contenu du contrat de concession

Section 1 - Règles générales relatives aux conditions d'exécution

Article L3114-1

Le contrat de concession est conclu par écrit.

Il ne peut contenir de clauses par lesquelles le concessionnaire prend à sa charge l'exécution de services, de travaux ou de paiements étrangers à l'objet de la concession.

Article L3114-2

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

Article L3114-3

L'autorité concédante peut imposer, notamment dans les contrats de concession de défense ou de sécurité, au titre des conditions d'exécution, que les moyens utilisés pour exécuter tout ou partie de la concession, maintenir ou moderniser les travaux ou services réalisés soient localisés sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne afin, notamment, de prendre en compte des considérations environnementales ou sociales ou d'assurer la sécurité des informations et des approvisionnements.

Section 2 - Droits d'entrée, redevances et tarifs

Article L3114-4

Les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le concessionnaire à l'autorité concédante doivent être justifiés dans le contrat de concession.

Article R3114-4

Pour les pouvoirs adjudicateurs dotés d'un comptable public, le contrat de concession indique, lorsqu'il y a lieu, les conditions administratives et techniques auxquelles sont subordonnés l'ordonnement et le paiement.

Article L3114-5

Le versement par le concessionnaire de droits d'entrée à l'autorité concédante est interdit quand le contrat de concession concerne l'eau potable, l'assainissement ou les ordures ménagères et autres déchets.

Article L3114-6

Le contrat détermine les tarifs à la charge des usagers et précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution.

Section 3 - Durée

Article L3114-7

La durée du contrat de concession est limitée. Elle est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire.

Article R3114-1

Pour la détermination de la durée du contrat de concession, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, lorsqu'ils sont nécessaires à l'exploitation des travaux ou des services concédés.

Sont notamment considérés comme tels les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel.

Article R3114-2

Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat ne doit pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat.

Article D3114-3

L'autorité compétente de l'Etat mentionnée à l'article L. 3114-8 est le directeur départemental des finances publiques.

Article L3114-8

Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les contrats de concession ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par l'autorité compétente de l'Etat, à l'initiative de l'autorité concédante, des justifications de dépassement de cette durée. Les conclusions de cet examen sont communiquées, le cas échéant, aux membres de l'organe délibérant compétent, avant toute délibération de celui-ci.

Section 4 - Part du contrat exécutée par des tiers**Article L3114-9**

L'autorité concédante peut imposer aux soumissionnaires :

1° De confier à des petites et moyennes entreprises, au sens de la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, une part minimale fixée par voie réglementaire de travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession.

Les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas aux opérateurs économiques qui sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices ;

2° De confier à des tiers une part minimale fixée par voie réglementaire de travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession ;

3° D'indiquer dans leur offre s'ils entendent confier à des tiers une part des travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession et, dans l'affirmative, le pourcentage qu'elle représente dans la valeur estimée de la concession.

Cette exigence doit être indiquée dans les documents de la consultation.

Article R3114-5

En application de l'article L. 3114-9, la part des services ou travaux que le soumissionnaire doit confier à des petites et moyennes entreprises ou à des tiers ne peut être inférieure à 10 % de la valeur globale estimée du contrat de concession.

Article L3114-10

Ne sont pas considérés comme tiers les opérateurs économiques qui se sont groupés pour obtenir des contrats de concession, non plus que les entreprises qui leur sont liées au sens de l'article L. 3211-8.

Titre II - PROCÉDURE DE PASSATION**Article L3120-1**

Les contrats de concession sont passés conformément aux règles de procédure prévues aux chapitres I à V du présent titre, sous réserve des règles particulières propres à certains d'entre eux prévues par le chapitre VI du présent titre.

Chapitre Ier - Détermination des règles procédurales applicables**Article L3121-1**

L'autorité concédante organise librement une procédure de publicité et mise en concurrence qui conduit au choix du concessionnaire dans le respect des dispositions des chapitres I à V du présent titre et des règles de procédure fixées par décret en Conseil d'Etat.

Elle peut recourir à la négociation.

Ces dispositions s'appliquent sous réserve des règles particulières du chapitre VI du présent titre.

CE 20 oct. 2006, n° 289234, Cne d'Andeville

« Il résulte des dispositions du premier alinéa de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales que pour qualifier un contrat de délégation de service public et en déduire les règles qui s'appliquent à sa passation, il appartient au juge, non seulement de déterminer l'objet du contrat envisagé, mais aussi d'apprécier si les modalités de rémunération du cocontractant sont substantiellement liées aux résultats de l'exploitation de l'activité...b) Contrat ayant pour objet de confier au cocontractant la gestion du service de la restauration scolaire destinée à une école primaire, d'un centre de loisir et d'un pôle jeunes d'une commune. Cocontractant percevant de la commune une rémunération fixe mais dont les trois-quarts des recettes, environ, sont constituées d'une redevance versée par les familles et d'une participation du département et de la caisse d'allocations familiales variant selon le nombre d'usagers. Une rémunération calculée selon ces modalités est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le contrat est donc une délégation de service public...c) Le c) de l'article L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales prévoit une procédure allégée de passation pour les délégations de faible montant. Une délégation entre dans le champ de ces dispositions lorsque, soit le montant prévisionnel de l'ensemble des sommes à percevoir par le délégataire, qu'elles soient liées ou non au résultat de l'exploitation du service, et quelle que soit leur origine, n'excède pas 106 000 euros pour toute la durée de la convention, soit ce montant n'excède pas 68 000 euros par an et la durée de la convention ne dépasse pas trois ans ».

Article L3121-2

Par dérogation aux dispositions de l'article L. 3121-1, l'autorité concédante peut passer un contrat de concession sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat, lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse ou d'une urgence particulière, le respect d'une telle procédure est inutile ou impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'autorité concédante.

Caractère impossible**CE, 14 février 2017, n°405157, SMPA**

« En cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de

l'assurer elle-même, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service, conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de concession de services sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites. La durée de ce contrat ne saurait excéder celle requise pour mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la personne publique entend poursuivre l'exécution de la concession de services ou, au cas contraire, lorsqu'elle a la faculté de le faire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance ».

Section 1 - Calcul de la valeur estimée du contrat de concession

Article R3121-1

La valeur estimée du contrat de concession est calculée selon une méthode objective, précisée dans les documents de la consultation mentionnés à l'article R. 3122-7. Elle correspond au chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire pendant la durée du contrat.

Le choix de la méthode de calcul utilisée par l'autorité concédante ne peut avoir pour effet de soustraire le contrat de concession aux dispositions du présent livre qui lui sont applicables, notamment en scindant les travaux ou services.

Article R3121-2

Pour estimer la valeur du contrat de concession, l'autorité concédante prend notamment en compte :

- 1° La valeur de toute forme d'option et les éventuelles prolongations de la durée du contrat de concession ;
- 2° Les recettes perçues sur les usagers des ouvrages ou des services, autres que celles collectées pour le compte de l'autorité concédante ou d'autres personnes ;
- 3° Les paiements effectués par l'autorité concédante ou toute autre autorité publique ou tout avantage financier octroyé par l'une de celles-ci au concessionnaire ;
- 4° La valeur des subventions ou de tout autre avantage financier octroyés par des tiers pour l'exploitation de la concession ;
- 5° Les recettes tirées de toute vente d'actifs faisant partie de la concession ;
- 6° La valeur de tous les fournitures et services mis à la disposition du concessionnaire par l'autorité concédante, à condition qu'ils soient nécessaires à l'exécution des travaux ou à la prestation des services ;
- 7° Toutes primes ou tous paiements au profit des candidats ou des soumissionnaires.

Article R3121-3

Lorsque l'ouvrage ou le service concédé fait l'objet d'une attribution en lots séparés, l'autorité concédante tient compte de la valeur globale estimée de la totalité de ces lots. L'autorité concédante peut décider de mettre en œuvre soit une procédure commune de mise en concurrence pour l'ensemble des lots, soit une procédure de mise en concurrence propre à chaque lot. Elle détermine la procédure à mettre en œuvre pour la passation en fonction de la valeur cumulée des lots et, pour les contrats relevant du 2° de l'article R. 3126-1, en fonction de leur objet.

Article R3121-4

La valeur du contrat de concession à prendre en compte pour déterminer les règles procédurales à mettre en œuvre pour la passation du contrat est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis de concession ou, dans les cas où un tel avis n'est pas prévu, au moment où l'autorité concédante engage la procédure de passation.

Lorsque la valeur du contrat de concession au moment de l'attribution est supérieure de plus de 20 % à sa valeur précédemment estimée et qu'elle excède alors le seuil européen qui figure dans l'avis annexé au présent code, une nouvelle procédure de passation est mise en œuvre si les règles procédurales applicables aux contrats dont la valeur excède ce

seuil n'ont pas été respectées.

Section 2 - Passation des contrats de concessions

Sous-section 1 - Contrats de concession passés avec publicité et mise en concurrence préalables

Article R3121-5

Les contrats de concession sont passés dans le respect des règles de procédure prévues par les chapitres Ier à V du présent titre, sous réserve des règles particulières propres aux contrats de concession relevant du chapitre VI du présent titre.

Sous-section 2 - Contrats de concession passés sans publicité ni mise en concurrence préalables

Article R3121-6

Les contrats de concession peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants :

- 1° Le contrat de concession ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ;
- 2° Lorsque aucune candidature ou aucune offre n'a été reçue ou lorsque seules des candidatures irrecevables au sens de l'article L. 3123-20 ou des offres inappropriées au sens de l'article R. 3124-4 ont été déposées, pour autant que les conditions initiales du contrat ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne si elle le demande ;
- 3° En cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve l'autorité concédante publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service concédé par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, à la condition, d'une part, que la continuité du service soit justifiée par un motif d'intérêt général et, d'autre part, que la durée de ce nouveau contrat de concession n'excède pas celle requise pour mettre en œuvre une procédure de passation.

Chapitre II - Engagement de la procédure de passation

Section 1 - Publicité préalable

Article L3122-1

Afin de susciter la plus large concurrence, les autorités concédantes procèdent à une publicité dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par décret en Conseil d'Etat, selon l'objet du contrat de concession ou sa valeur estimée hors taxe.

Fiche DAJ, Modalités de publicité applicables à la passation des contrats de concession

Sous-section 1 - Avis de concession

Article R3122-1

L'autorité concédante qui envisage d'attribuer un contrat de concession publie un avis de concession qui comporte notamment une description de la concession et des conditions de participation à la procédure de passation.

Cet avis est établi conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011.

Sous-section 2 - Supports de publication

Article R3122-2

L'autorité concédante publie l'avis de concession dans les trois supports suivants :
 1° Au Journal officiel de l'Union européenne ;
 2° Au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces légales ;
 3° Dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.

Article R3122-3

L'autorité concédante peut faire paraître, en sus de l'avis de concession mentionné à l'article R. 3122-2, un avis de publicité complémentaire sur un autre support que celui choisi à titre obligatoire.
 Cet avis complémentaire peut, le cas échéant, ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de concession publié à titre obligatoire, à condition qu'il indique expressément les références de ce dernier.

Sous-section 3 - Modalités de publication des avis de concession

Article R3122-4

Les avis destinés à être publiés au Journal officiel de l'Union européenne sont transmis par voie électronique à l'Office des publications de l'Union européenne qui se charge de leur publication au Journal officiel de l'Union européenne.

Article R3122-5

La publication d'un avis de concession sur tout autre support que le Journal officiel de l'Union européenne ne peut intervenir avant sa publication par l'Office des publications de l'Union européenne.
 L'autorité concédante peut toutefois procéder à une publication, au niveau national, lorsqu'elle n'a pas été avisée de la publication au Journal officiel de l'Union européenne dans les quarante-huit heures suivant la confirmation de la réception de l'avis par l'Office des publications de l'Union européenne.
 L'avis de concession publié au niveau national ne peut fournir plus de renseignements que ceux qui sont contenus dans l'avis adressé à l'Office des publications de l'Union européenne et fait mention de la date d'envoi de l'avis à l'Office des publications de l'Union européenne.

Article R3122-6

L'autorité concédante doit être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi des avis de concession.

Section 2 - Communications et échanges d'informations

Sous-section 1 - Consignation des étapes de la procédure

Article L3122-2

L'autorité concédante consigne, par tout moyen approprié, les étapes de la procédure de passation des contrats de concession.

Article R3122-7

Les documents de la consultation sont constitués de l'ensemble des documents fournis par l'autorité concédante ou auxquels elle se réfère, pour définir l'objet, les spécifications techniques et fonctionnelles, les conditions de passation et d'exécution du contrat de

concession, ainsi que le délai de remise des candidatures ou des offres et, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur.
 Ils comprennent notamment l'avis de concession, le cahier des charges de la concession et, le cas échéant, l'invitation à présenter une offre.

Article R3122-8

Toute modification des documents de la consultation est communiquée à l'ensemble des opérateurs économiques, aux candidats admis à présenter une offre ou à tous les soumissionnaires, dans des conditions garantissant leur égalité et leur permettant de disposer d'un délai suffisant pour remettre leurs candidatures ou leurs offres.

Article R3122-9

Les documents de la consultation sont mis à disposition, par voie électronique, sur un profil d'acheteur défini à l'article R. 3122-10, à compter de la date de publication d'un avis de concession ou de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre.
 Le texte de l'avis de concession ou de l'invitation précise l'adresse internet à laquelle il peut être pris connaissance des documents de la consultation.

Article R3122-10

Le profil d'acheteur est la plate-forme de dématérialisation permettant notamment aux autorités concédantes de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires. Un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code détermine les fonctionnalités et les exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur.

Article R3122-11

Par dérogation à l'article R. 3122-9, lorsque, dans des circonstances dûment justifiées, pour des raisons de sécurité exceptionnelle, des raisons techniques ou en raison du caractère particulièrement sensible d'informations commerciales nécessitant un niveau de protection très élevé, l'autorité concédante est dans l'impossibilité d'offrir un accès dématérialisé à certains documents de la consultation, elle indique, dans l'avis de concession ou l'invitation à présenter une offre, que ces documents seront transmis par des moyens autres qu'électroniques. Le délai de réception des offres tient compte de cette impossibilité.

Article R3122-12

L'autorité concédante communique, au plus tard six jours avant la date limite fixée pour la réception des candidatures ou des offres, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sollicités en temps utile par les candidats ou soumissionnaires.

Sous-section 2 - Confidentialité

Article L3122-3

L'autorité concédante ne peut communiquer les informations confidentielles qu'elle détient dans le cadre d'un contrat de concession, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation de la valeur globale ou détaillée des offres.
 Toutefois, l'autorité concédante peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être

divulguées.

L'autorité concédante peut imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'elle communique dans le cadre de la procédure de passation du contrat de concession.

Article R3122-13

Les moyens de communication utilisés ne peuvent avoir pour effet de restreindre l'accès des opérateurs économiques à la procédure de passation du contrat de concession.

Les transmissions, les échanges et le stockage d'informations sont effectués de manière à assurer l'intégrité des données et la confidentialité des candidatures et des offres et à garantir que l'autorité concédante ne prend connaissance du contenu des candidatures et des offres qu'à l'expiration du délai prévu pour leur présentation.

Article R3122-14

A l'exception des cas prévus aux articles R. 3122-4 et R. 3122-9, l'autorité concédante choisit le ou les moyens de communication avec les opérateurs économiques. Ce choix est indiqué dans l'avis de concession ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation.

Article R3122-15

Lorsque l'autorité concédante utilise des moyens électroniques, elle assure la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire, selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code.

Article R3122-16

Les dispositifs et les systèmes utilisés pour communiquer par voie électronique, ainsi que leurs caractéristiques techniques, doivent être compatibles avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées.

Les frais d'accès au réseau sont à la charge de chaque candidat ou soumissionnaire.

Article R3122-17

Les candidats ou soumissionnaires peuvent adresser à l'autorité concédante une copie de sauvegarde des documents transmis par voie électronique dans des conditions fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code. Cette copie ne peut être prise en considération que si elle est parvenue à l'autorité concédante dans le délai prescrit pour le dépôt, selon le cas, des candidatures ou des offres.

Article R3122-18

L'autorité concédante peut exiger que les candidats et soumissionnaires joignent une traduction en français aux documents qu'ils ont remis rédigés dans une autre langue.

Sous-section 3 - Mise à disposition des documents de la consultation

Article L3122-4

L'autorité concédante offre, par voie électronique, un accès gratuit, libre, direct et complet aux documents de la consultation, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

Sous-section 4 - Moyens de communication et échanges d'informations

Article L3122-5

Les communications et les échanges d'informations effectués pour la procédure de passation d'un contrat de concession peuvent être réalisés par voie électronique, selon des modalités et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

Chapitre III - Phase de candidature

Section 1 - Motifs d'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession

[Fiche DAJ, Modalités de mise en concurrence des contrats de concession](#)

Article R3123-1

L'autorité concédante vérifie les conditions de participation relatives aux capacités et aux aptitudes des candidats nécessaires à la bonne exécution du contrat de concession.

Article R3123-2

L'autorité concédante ne peut exiger des candidats que des renseignements et documents à caractère non discriminatoire et proportionnés à l'objet du contrat de concession ainsi que des renseignements et documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager.

Elle peut notamment exiger que les personnes morales indiquent, dans leur candidature, les noms et les qualifications professionnelles des personnes qui seront chargées de l'exécution du contrat de concession.

Article R3123-3

L'autorité concédante peut exiger, si l'objet ou les conditions du contrat le justifient, des renseignements relatifs à l'habilitation préalable des candidats, en application des articles R. 2311-1 et suivants du code de la défense. Elle peut accorder à ceux qui ne sont pas habilités au moment du dépôt de leur candidature un délai supplémentaire pour obtenir cette habilitation. Elle indique ce délai dans l'avis de concession ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation.

Article R3123-4

Lorsque l'autorité concédante décide d'exiger des candidats des niveaux minimaux de capacité, ceux-ci doivent être liés et proportionnés à l'objet du contrat de concession.

Article R3123-5

Les renseignements, documents et les niveaux minimaux de capacité demandés au titre de la présente sous-section sont précisés par l'autorité concédante dans l'avis de concession ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation.

Sous-section 1 - Exclusions de plein droit

Article L3123-1

Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts, et pour les contrats de concession qui ne sont pas des contrats de concession de défense ou de sécurité aux articles 225-4-1 et 225-4-7 du code pénal, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

La condamnation définitive pour l'une de ces infractions ou pour recel d'une de ces infractions d'un

membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale entraîne l'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions.

L'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession au titre du présent article s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation.

Article L3123-2

Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles. La liste de ces impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales est fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie qui figure en annexe au présent code.

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

Article L3123-3

Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes :

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

2° Qui font l'objet, à la date à laquelle l'autorité concédante se prononce sur la recevabilité de leur candidature, d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer en application des articles L. 653-1 à L. 653-8 du code de commerce, ou d'une mesure équivalente prévue par un droit étranger ;

3° Admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger, et qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la période prévisible d'exécution du contrat de concession.

Article L3123-4

Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes qui :

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

2° Au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la procédure de passation du contrat de concession, n'ont pas mis en œuvre l'obligation de négociation prévue au 2° de l'article L. 2242-1 du code du travail ;

3° Ont été condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du code pénal ou qui sont des personnes physiques condamnées à une peine d'exclusion des marchés publics.

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

Cette exclusion n'est pas applicable à la personne qui établit qu'elle n'a pas fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire en application de l'article 775-1 du code de procédure pénale, qu'elle a régularisé sa situation, qu'elle a réglé l'ensemble des amendes et indemnités dues, qu'elle a collaboré activement avec les autorités chargées de l'enquête, qu'elle a, le cas échéant, réalisé ou engagé la régularisation de sa situation au regard de l'obligation de négociation du 2° de l'article L. 2242-1 du code du travail et, enfin, qu'elle a pris des mesures

concrètes de nature à prévenir la commission d'une nouvelle infraction pénale ou d'une nouvelle faute.

Cette exclusion n'est pas non plus applicable en cas d'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du code pénal ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 du code pénal ou des articles 702-1 ou 703 du code de procédure pénale.

Article L3123-5

Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative prise en application de l'article L. 8272-4 du code du travail.

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

Article L3123-6

L'autorité concédante peut, à titre exceptionnel, autoriser un opérateur économique qui serait dans un cas d'exclusion prévu aux sous-sections 1 et 3 de la présente section, à participer à la procédure de passation d'un contrat de concession, à condition que cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, que le contrat de concession en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique et qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des contrats de concession.

Sous-section 2 - Exclusions à l'appréciation de l'autorité concédante

Article L3123-7

L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur.

Article L3123-8

L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui ont entrepris d'influer indûment le processus décisionnel de l'autorité concédante ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du contrat de concession, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.

Article L3123-9

L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes à l'égard desquelles elle dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence.

Article L3123-10

L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens.

Constitue une telle situation toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du contrat de concession ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du contrat de concession.

Article L3123-11

L'autorité concédante qui envisage d'exclure un opérateur économique en application de la présente sous-section doit le mettre à même de présenter ses observations, d'établir dans un délai raisonnable et par tout moyen qu'il a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements précédemment énoncés et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du contrat de concession n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement.

Sous-section 3 - Exclusions de plein droit propres aux contrats de concession de défense ou de sécurité

Article L3123-12

Les motifs d'exclusion de plein droit prévus à la fois par la sous-section 1 de la présente section et la présente sous-section s'appliquent à la passation des contrats de concession de défense ou de sécurité.

Article L3123-13

Sont exclues des contrats de concession de défense ou de sécurité :

1° Les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 226-13, 222-52 à 222-59 ou 413-10 à 413-12 du code pénal, aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense ou à l'article L. 317-8 du code de la sécurité intérieure. L'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la décision du juge ;

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

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

Cette exclusion n'est pas applicable à la personne qui, après avoir été mise à même de présenter ses observations, établit dans un délai raisonnable et par tout moyen, qu'elle a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements précédemment énoncés et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du contrat de concession n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement.

Article L3123-14

Les dispositions de l'article L. 3123-6 sont applicables à la passation des contrats de concession de défense ou de sécurité.

Article R3123-6

Pour les contrats de concession de défense ou de sécurité, l'autorité concédante indique dans l'avis de concession si la procédure de passation est ouverte aux opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen.

Article R3123-7

Lorsque l'autorité concédante décide d'ouvrir la procédure de passation aux opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen, elle indique, dans l'avis de concession, les critères d'accessibilité sur le fondement desquels l'autorisation de participer à la procédure peut être accordée.

Ces critères sont établis notamment au regard des impératifs de sécurité d'information et d'approvisionnement, de la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'Etat, de l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense européenne, des objectifs de développement durable, de l'obtention d'avantages mutuels et des exigences de réciprocité.

Article R3123-8

Lorsque l'autorité concédante décide d'autoriser les opérateurs économiques de pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen à participer à la procédure de passation de la concession, le candidat n'ayant pas la qualité d'opérateur économique européen produit à l'appui de sa candidature tous documents, renseignements ou justificatifs permettant d'évaluer s'il répond aux critères d'accessibilité à la procédure indiqués dans l'avis de concession.

Sous-section 4 - Changement de situation des opérateurs économiques au regard des motifs d'exclusion

Article L3123-15

Lorsqu'un opérateur économique est, au cours de la procédure de passation d'un contrat de concession, placé dans l'une des situations mentionnées aux sous-sections 1 à 3 de la présente section, il informe sans délai l'autorité concédante de ce changement de situation.

Dans cette hypothèse, l'autorité concédante exclut le candidat de la procédure de passation du contrat de concession pour ce motif.

Sous-section 5 - Groupements d'opérateurs économiques et travaux ou services confiés à des tiers

Article L3123-16

Lorsque le motif d'exclusion de la procédure de passation concerne un membre d'un groupement d'opérateurs économiques, l'autorité concédante exige son remplacement par un autre opérateur économique qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande, sous peine d'exclusion du groupement de la procédure.

Article L3123-17

Les personnes à l'encontre desquelles il existe un motif d'exclusion ne peuvent se voir confier une partie des travaux ou services d'un contrat de concession.

Lorsqu'une personne à l'encontre de laquelle il existe un motif d'exclusion est présentée au stade de la procédure de passation du contrat de concession, l'autorité concédante exige son remplacement par un autre opérateur économique qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion, dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le candidat ou le soumissionnaire, sous peine d'exclusion de la procédure.

Article R3123-9

Peuvent se porter candidats des groupements d'opérateurs économiques.

Article R3123-10

L'autorité concédante ne peut exiger que le groupement d'opérateurs économiques ait une forme juridique déterminée lors de la présentation d'une candidature ou d'une offre.

Toutefois, l'autorité concédante peut exiger que les groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme juridique déterminée après l'attribution du contrat de concession dans la mesure où cela est nécessaire à sa bonne exécution. Dans ce cas, l'autorité concédante précise la forme qui sera imposée après attribution dans les documents de la consultation.

Sous-section 6 - Réduction du nombre de candidats

Article R3123-11

L'autorité concédante peut limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre. Dans ce cas, elle fixe, dans les documents de la consultation, un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et, le cas échéant, un nombre maximum. Le nombre de candidats admis à présenter une offre doit garantir une concurrence effective.

Article R3123-12

L'autorité concédante procède à la sélection des candidats en appliquant des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du contrat de concession relatifs à leurs capacités et à leurs aptitudes. Ces critères sont mentionnés dans les documents de la consultation.

Article R3123-13

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum indiqué dans les documents de la consultation, l'autorité concédante peut continuer la procédure avec le ou les seuls candidats sélectionnés.

Section 2 - Conditions de participation

Article L3123-18

L'autorité concédante ne peut imposer aux candidats des conditions de participation à la procédure de passation autres que celles propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du contrat de concession.

Lorsque la gestion d'un service public est concédée, ces conditions de participation peuvent notamment porter sur l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.

Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution.

Article L3123-19

Après examen des capacités et aptitudes des candidats, l'autorité concédante élimine les candidatures incomplètes ou irrecevables et dresse la liste des candidats admis à participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession.

Article L3123-20

Est irrecevable une candidature présentée par un candidat qui ne peut participer à la procédure de passation en application des articles L. 3123-1 à L. 3123-14, L. 3123-16 et L. 3123-17 ou qui ne possède pas les capacités ou les aptitudes exigées en application de la présente section.

Article L3123-21

Pour la passation d'un contrat de concession de défense ou de sécurité, l'autorité concédante peut écarter un opérateur économique qui ne dispose pas des capacités techniques. Ces capacités sont

appréciées au regard, notamment, de l'implantation hors du territoire de l'Union européenne de l'outillage, du matériel, de l'équipement technique, du personnel, du savoir-faire et des sources d'approvisionnement dont il dispose pour exécuter la concession, faire face à d'éventuelles augmentations des besoins par suite d'une crise ou pour assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des prestations faisant l'objet de la concession.

Sous-section 1 - Délai de réception des candidatures

Article R3123-14

L'autorité concédante fixe le délai de réception des candidatures en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire.

Le délai minimum de réception des candidatures, accompagnées le cas échéant des offres, est de :

1° Trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de concession ;

2° Vingt-cinq jours lorsque l'autorité concédante accepte que les candidatures lui soient transmises par voie électronique.

Article R3123-15

Lorsque les candidatures ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du contrat ou après consultation sur place de documents complémentaires, le délai de réception des candidatures est fixé de manière à permettre aux opérateurs économiques concernés de prendre connaissance des informations nécessaires au dépôt de leur candidature.

Sous-section 2 - Eléments à produire par le candidat

Article R3123-16

Le candidat produit, à l'appui de sa candidature, une déclaration sur l'honneur attestant :

1° Qu'il ne fait l'objet d'aucune exclusion de la participation à la procédure de passation des contrats de concession prévue aux articles L. 3123-1 à L. 3123-14 ;

2° Que les renseignements et documents relatifs à ses capacités et à ses aptitudes, exigés en application des articles L. 3123-18, L. 3123-19 et L. 3123-21 et dans les conditions fixées aux articles R. 3123-1 à R. 3123-8, sont exacts.

Article R3123-17

Le candidat produit, au plus tard avant l'attribution du contrat, tout document attestant qu'il ne fait l'objet d'aucune exclusion de la participation à la procédure de passation des contrats de concession prévue aux articles L. 3123-1 à L. 3123-14.

Article R3123-18

Pour justifier qu'il a satisfait aux obligations prévues à l'article L. 3123-2, le candidat produit un certificat délivré par les administrations et organismes compétents.

La liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales devant donner lieu à délivrance d'un certificat ainsi que la liste des administrations et organismes compétents figurent dans un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code.

Article R3123-19

Si le candidat s'appuie sur les capacités et aptitudes d'autres opérateurs économiques, il justifie des capacités et aptitudes de ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pendant toute l'exécution du contrat. Cette preuve peut être apportée par tout

moyen approprié.

En ce qui concerne la capacité financière, l'autorité concédante peut exiger que l'opérateur économique et les autres entités en question soient solidairement responsables de l'exécution du contrat de concession.

Sous-section 3 - Examen des candidatures

Article R3123-20

Avant de procéder à l'examen des candidatures, l'autorité concédante qui constate que manquent des pièces ou informations dont la production était obligatoire conformément aux dispositions des articles R. 3123-1 à R. 3123-8 et aux articles R. 3123-16 à R. 3123-19 peut demander aux candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié. Elle informe alors les autres candidats de la mise en œuvre de la présente disposition.

Article R3123-21

Ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession :

1° Les candidats qui produisent une candidature incomplète, le cas échéant après mise en œuvre des dispositions de l'article R. 3123-20, ou contenant de faux renseignements ou documents ;

2° Les candidats qui produisent une candidature irrecevable.

Chapitre IV - Phase d'offre

Section 1 - Organisation de la négociation des offres

Article L3124-1

Lorsque l'autorité concédante recourt à la négociation pour attribuer le contrat de concession, elle organise librement la négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation.

Article R3124-1

Lorsque l'autorité concédante fait usage de la possibilité de négocier prévue à l'article L. 3121-1, elle peut décider de limiter le nombre de soumissionnaires admis à participer à la négociation.

Elle procède à la sélection du ou des soumissionnaires en appliquant les critères d'attribution fixés aux articles R. 3124-4 et R. 3124-5.

CE, 14 oct. 2019, n° 418317, Société Les Téléskis de la Croix Fry

« Règlement de consultation d'une délégation de service public de remontées mécaniques prévoyant que les clauses du document de consultation pourront faire l'objet d'observations ou de propositions alternatives motivées de la part des candidats, qui seront intégrées dans leur proposition. Cahier des charges imposant aux candidats de proposer en plus des investissements de renouvellement, les investissements nouveaux ou toute autre proposition visant à contribuer au développement de la station, avec la réalisation a minima de deux télésièges et d'une retenue collinaire permettant l'installation d'un réseau de neige de culture sur le secteur croix de Fry...», En estimant qu'il résulterait de ces dispositions, qui **n'interdisaient pas aux candidats de formuler des propositions alternatives s'agissant des investissements qu'elles visent**, que l'offre de la société, qui avait proposé, lors de la phase de négociation, deux solutions à la commune délégante, l'une portant sur l'extension des réseaux d'enneigement artificiel sans construction d'une nouvelle retenue d'altitude, l'autre prévoyant

la réalisation d'un lac d'altitude, n'était pas pour ce motif irrégulière, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit ».

CE, 21 février 2014, n°373159, Sté Dalkia France

« Le juge de cassation exerce un contrôle de qualification juridique sur l'appréciation portée par le juge du référé précontractuel sur le point de savoir si les adaptations apportées à l'objet du contrat au cours de la consultation engagée sur le fondement de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et exemptes de caractère discriminatoire entre entreprises concurrentes et si, par suite, la procédure peut sans irrégularité être menée à son terme...», 2) En retenant qu'excédait cette marge d'adaptation l'insertion dans un projet de convention de délégation de service public d'une clause, absente du projet initial, permettant au délégataire, dans le cas où un recours administratif ou contentieux à l'encontre de la convention ou de ses actes détachables n'aurait pas été définitivement réglé au cours des quatre premières années de l'exécution du contrat, d'une part, d'exiger de l'autorité délégante qu'elle résilie de plein droit le contrat dont la durée pouvait ainsi être réduite des cinq sixièmes, d'autre part, de limiter substantiellement le montant des investissements nouveaux auxquels il s'engageait, le juge du référé précontractuel a exactement qualifié les faits de l'espèce ».

Section 3 - Délais de remise des offres

Article R3124-2

L'autorité concédante fixe le délai de remise des offres en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire, et, lorsqu'il y a lieu, conformément aux dispositions de l'article R. 3122-11, de l'impossibilité d'offrir un accès dématérialisé aux documents de la consultation.

Sous réserve des dispositions de l'article R. 3123-14, le délai minimum de remise des offres est de :

1° Vingt-deux jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre ;

2° Dix-sept jours lorsque l'autorité concédante accepte que les offres lui soient transmises par voie électronique.

Article R3124-3

Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du contrat ou après consultation sur place de documents complémentaires, le délai de réception des offres est fixé de manière à permettre aux opérateurs économiques concernés de prendre connaissance des informations nécessaires au dépôt de leur offre.

Section 3 - Choix de l'offre

Sous-section 1 - Offres irrégulières ou inappropriées

Article L3124-2

L'autorité concédante écarte les offres irrégulières ou inappropriées.

Article L3124-3

Une offre est irrégulière lorsqu'elle ne respecte pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation.

Article L3124-4

Une offre est inappropriée lorsqu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences de l'autorité concédante spécifiés dans les documents de la consultation.

Sous-section 2 - Choix de l'offre présentant le meilleur avantage économique global

Article L3124-5

Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. Lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers.

Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective. Ils sont rendus publics dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

Les modalités d'application du présent article sont prévues par voie réglementaire.

Article R3124-4

Pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde, conformément aux dispositions de l'article L. 3124-5, sur une pluralité de critères non discriminatoires. Au nombre de ces critères, peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation.

Les critères et leur description sont indiqués dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation.

[CE, 20 déc. 2019, n° 428290, Sté EDEIS](#)

« La cour a estimé, par une appréciation souveraine, exempte de dénaturation, que le département de Mayotte **n'avait tenu compte du nombre d'emplois locaux induits que comme d'un sous-critère du premier critère pour apprécier les mérites respectifs des offres des candidats**. Par suite, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le département n'avait pas mis en œuvre un critère qu'il n'aurait pas rendu préalablement public.

Par ailleurs, **un critère ou un sous-critère relatif au nombre d'emplois locaux dont la création sera induite par la gestion et l'exploitation d'un port, lequel est une infrastructure concourant notamment au développement de l'économie locale, doit être regardé comme en lien direct avec les conditions d'exécution du contrat de délégation de la gestion de ce port et, pourvu qu'il soit non discriminatoire, comme permettant de contribuer au choix de l'offre présentant un avantage économique global pour l'autorité concédante**. Il suit de là que c'est sans commettre d'erreur de droit ni entacher son arrêt d'insuffisance de motivation que la cour a jugé qu'en l'espèce, **un tel sous-critère, qui n'implique pas, par lui-même, de favoriser des entreprises locales**, n'était pas entaché d'irrégularité. Par ailleurs, en relevant notamment que les candidats avaient été informés de ce que leur offre devait présenter avec précision les perspectives de création d'emplois en lien avec le trafic portuaire, la cour a implicitement mais nécessairement répondu au moyen d'appel tiré de ce que les prétentions des candidats ne pouvaient pas être vérifiées par le département ».

Article R3124-5

L'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance. Leur hiérarchisation est indiquée dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation.

L'autorité concédante peut modifier, à titre exceptionnel, l'ordre des critères pour tenir compte du caractère innovant d'une solution présentée dans une offre. Une telle modification ne doit pas être discriminatoire. Une offre est considérée comme présentant une solution innovante lorsqu'elle comporte des performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel, et qu'elle ne pouvait être prévue par une autorité concédante diligente. L'autorité concédante publie un nouvel avis de concession ou envoie une nouvelle invitation à présenter une offre dans le respect des délais fixés aux articles R. 3124-2 et R.

3124-3.

Article R3124-6

Les offres qui n'ont pas été éliminées en application de l'article L. 3124-2 sont classées par ordre décroissant sur la base des critères prévus aux articles R. 3124-4 et R. 3124-5. L'offre la mieux classée est retenue.

Section 4 - Accès aux contrats de concession de défense ou de sécurité d'opérateurs économiques ou de produits d'Etats tiers

Article L3124-6

Les concessions de défense ou de sécurité, exclues ou exemptées de l'accord sur les marchés publics ou d'un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie, sont passées avec des opérateurs économiques d'Etats membres de l'Union européenne.

Les autorités concédantes peuvent toutefois autoriser, au cas par cas, les opérateurs économiques de pays tiers à l'Union européenne à participer à une procédure de passation.

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

Article L3124-7

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

Chapitre V - Achèvement de la procédure

Section 1 - Information des candidats et des soumissionnaires évincés

Article L3125-1

Dès qu'il a fait son choix, l'acheteur le communique aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

Article R3125-1

L'autorité concédante notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre.

Cette notification précise les motifs de ce rejet et, pour les soumissionnaires, le nom du ou des attributaires ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de l'offre. Elle comporte l'indication de la durée du délai de suspension que l'autorité concédante s'impose, eu égard notamment au mode de transmission retenu.

Article R3125-2

L'autorité concédante respecte un délai de seize jours entre la date d'envoi de la notification et la date de conclusion du contrat de concession. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de cette notification à l'ensemble des candidats et soumissionnaires intéressés.

Le respect de ces délais n'est pas exigé lorsque le contrat de concession est attribué au seul opérateur ayant participé à la consultation.

Article R3125-3

L'autorité concédante communique aux soumissionnaires ayant présenté une offre qui n'a pas été éliminée en application de l'article L. 3124-2 les caractéristiques et les avantages

relatifs de l'offre retenue, dans les quinze jours de la réception d'une demande à cette fin.

Article R3125-4

Lorsque l'autorité concédante décide de ne pas attribuer le contrat de concession ou de recommencer la procédure, elle informe, dans les plus brefs délais, les candidats ou soumissionnaires des motifs de sa décision.

Article R3125-5

Le contrat de concession peut être signé électroniquement, selon les modalités fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.

Section 2 - Signature du contrat de concession

Article L3125-2

L'autorité concédante rend public le choix de l'offre retenue, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

Article R3125-6

L'autorité concédante envoie pour publication un avis d'attribution dans un délai maximal de quarante-huit jours à compter de la notification du contrat de concession. Cet avis est établi conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011.

Article R3125-7

L'avis d'attribution est publié au Journal officiel de l'Union européenne et selon les mêmes modalités de transmission que celles définies aux articles R. 3122-4 à R. 3122-6.

Chapitre VI - Règles particulières à la passation de certains contrats de concession

Article L3126-1

Les règles de passation particulières à certains contrats à raison de leur objet ou selon que leur valeur estimée hors taxe est inférieure ou non au seuil européen qui figure dans l'avis annexé au présent code sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Article L3126-2

Par dérogation aux dispositions de l'article L. 3122-2, l'autorité concédante n'est pas tenue de consigner les étapes de la procédure de passation des contrats de concession mentionnées à l'article L. 3126-1.

Article L3126-3

Sans préjudice des dispositions du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route modifié, les contrats de concession relevant de son article 5, paragraphe 3 sont soumis aux dispositions des titres Ier et II, à l'exception des articles L. 3113-1 à L. 3113-3, du second alinéa de l'article L. 3114-1 et des articles L. 3114-2, L. 3114-3 et L. 3114-7 à L. 3114-10.

Article R3126-1

Le présent chapitre s'applique aux contrats de concession suivants :

1° Les contrats de concession dont la valeur estimée est inférieure au seuil européen qui figure dans un avis annexé au présent code ;

2° Les contrats de concession qui ont, quelle que soit leur valeur estimée, pour objet :

- a) Les activités relevant du c du 1° de l'article L. 1212-3 ;
 - b) Un des services sociaux ou des autres services spécifiques, dont la liste figure dans l'avis annexé au présent code ;
 - c) L'exploitation de services de transport de voyageurs relevant de l'article 5, paragraphe 3 du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route.
- Ces contrats de concession sont passés conformément aux règles de procédure prévues au présent titre, sous réserve des règles particulières prévues par le présent chapitre.

CE, 18 septembre 2019, n° 430368, CCIRB

« En renvoyant aux activités mentionnées au 3° du I de l'article 11 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, l'article 10 du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 s'est fondé sur le critère matériel de l'objet du contrat pour exclure l'application des règles de passation particulières applicables aux contrats dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure au seuil européen, au nombre desquelles figure l'obligation pour l'autorité concédante, prévue au II de l'article 27 du décret, de fixer les critères d'attribution du contrat par ordre décroissant d'importance, aux contrats relatifs à la mise à disposition, à l'exploitation ou à l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, quelle que soit leur valeur estimée et qu'ils soient conclus par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice.

Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Bastia que le contrat de concession du service public de distribution d'eau potable de la CCIRB a pour objet l'exploitation des installations de production, de stockage et de distribution d'eau potable en vue d'assurer la fourniture d'eau aux usagers du service. Un contrat ayant un tel objet est au nombre de ceux que vise le 2° de l'article 10 du décret du 1er février 2016 précité. Il résulte dès lors de ce qui a été dit au point précédent que le juge des référés a commis une erreur de droit en jugeant qu'eu égard à la valeur estimée du contrat, la CCIRB était tenue de procéder à une hiérarchisation des critères d'attribution des offres et d'indiquer cette hiérarchie dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation. Ainsi, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois, la CCIRB et l'OEHC sont fondés à demander l'annulation de l'ordonnance qu'ils attaquent ».

Article R3126-2

Lorsqu'un contrat de concession a pour objet à la fois une activité visée au b du 2° de l'article R. 3126-1 et une autre activité de services, il est passé :

- 1° Selon les règles applicables à son objet principal lorsque cette autre activité de services ne relève pas du présent chapitre. L'objet principal du contrat est déterminé en fonction de la valeur estimée la plus élevée de ces activités respectives ;
- 2° Selon les règles applicables aux contrats qui relèvent du b du 2° de l'article R. 3126-1 lorsque l'autre activité est également visée au même article.

Section 1 - Publicité préalable

Article R3126-3

L'autorité concédante qui envisage d'attribuer un contrat de concession, publie un avis de concession, qui comporte notamment une description de la concession et des conditions de participation à la procédure de passation. L'avis de concession est établi conformément au modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code.

Article R3126-4

L'autorité concédante publie l'avis de concession au Bulletin officiel des annonces des

marchés publics ou dans un journal d'annonces légales.
Elle apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant des services ou des travaux en cause, une publication dans une revue spécialisée correspondant au secteur économique concerné ou au Journal officiel de l'Union européenne est en outre nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le contrat de concession.

Article R3126-5

Par dérogation à l'article R. 3126-4, lorsque la valeur estimée des contrats de concession visés au b du 2° de l'article R. 3126-1 est égale ou supérieure au seuil européen qui figure dans un avis annexé au présent code, l'autorité concédante publie l'avis de concession au Journal officiel de l'Union européenne ainsi qu'au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces légales.

Article R3126-6

Les dispositions de l'article R. 3122-5 ne sont pas applicables aux contrats de concession qui relèvent du présent chapitre.
Par dérogation à l'alinéa précédent, les contrats de concession ayant pour objet un des services sociaux ou autres services spécifiques dont la liste est publiée par avis annexé au présent code sont soumis aux dispositions de l'article R. 3122-5 lorsque leur valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen qui figure dans un avis annexé au présent code.

Section 2 - Communications et échanges d'information

Article R3126-7

Dans l'hypothèse où l'autorité concédante utilise des moyens électroniques, elle assure la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire, selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. Celles-ci tiennent compte des caractéristiques du contrat, notamment de la nature et du montant des travaux ou services en cause.

Section 3 - Candidatures

Article R3126-8

L'autorité concédante fixe le délai de réception des candidatures en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire.

Section 4 - Offres

Article R3126-9

L'autorité concédante fixe le délai de remise des offres en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire, et, lorsqu'il y a lieu, conformément aux dispositions de l'article R. 3122-11, de l'impossibilité d'offrir un accès dématérialisé aux documents de la consultation.

Article R3126-10

L'article R. 3124-5 n'est pas applicable aux contrats de concession relevant du présent chapitre.

Section 5 - Achèvement de la procédure

Article R3126-11

Les dispositions de la section 1 du chapitre V du présent titre ne sont pas applicables aux contrats de concession qui relèvent du présent chapitre.
Par dérogation à l'alinéa précédent, les contrats de concession ayant pour objet un des services sociaux ou autres services spécifiques dont la liste est publiée par un avis annexé au présent code sont soumis aux dispositions de la section 1 du chapitre V du présent titre lorsque leur valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen qui figure dans un avis annexé au présent code.

Article R3126-12

Lorsqu'un candidat ou soumissionnaire écarté lui en fait la demande, l'autorité concédante lui communique les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre ainsi que le nom du ou des attributaires du contrat de concession, dans un délai de quinze jours suivant la réception de cette demande.

Article R3126-13

Les dispositions de la section 3 du chapitre V du présent titre ne sont pas applicables aux contrats de concession qui relèvent du présent chapitre.
Par dérogation à l'alinéa précédent, les contrats de concession ayant pour objet un des services sociaux ou autres services spécifiques dont la liste est publiée par un avis annexé au présent code sont soumis aux dispositions de la section 2 du chapitre V du présent titre lorsque leur valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen qui figure dans un avis annexé au présent code.
Toutefois, pour ces derniers, l'autorité concédante peut n'envoyer qu'un avis global chaque trimestre, au plus tard quarante-huit jours après la fin de chaque trimestre.

Section 6 - Dispositions particulières aux contrats de concession de services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route

Article R3126-14

Les contrats de concession visés au c du 2° de l'article R. 3126-1 ne sont pas soumis au 1° de l'article R. 3121-6.

Titre III - EXÉCUTION DU CONTRAT DE CONCESSION

Chapitre Ier - Transparence et rapport d'information de l'autorité concédante

Section 1 - Mise à disposition des données essentielles

Sous-section 1 - Mise à disposition des données essentielles par l'autorité concédante

Article L3131-1

Dans des conditions fixées par voie réglementaire, l'autorité concédante rend accessibles, sous un format ouvert et librement réutilisable, les données essentielles du contrat de concession, sous réserve des dispositions de l'article L. 3122-3 et à l'exception des informations dont la divulgation serait contraire à l'ordre public.

Article R3131-1

L'autorité concédante offre sur son profil d'acheteur un accès libre, direct et complet aux données essentielles du contrat de concession.

Ces données essentielles portent sur :

- 1° La passation du contrat ;
- 2° Le contenu du contrat de concession ;
- 3° L'exécution du contrat, notamment lorsqu'il y a lieu, sa modification.

Un arrêté du ministre chargé de l'économie qui figure en annexe au présent code fixe la liste de ces données essentielles ainsi que les modalités de leur publication.

Sous-section 2 - Mise à disposition de données par le concessionnaire en cas de gestion concédée d'un service public

Article L3131-2

Lorsque la gestion d'un service public est concédée, le concessionnaire fournit à l'autorité concédante, sous format électronique, dans un standard ouvert librement réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé, les données et les bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public faisant l'objet du contrat et qui sont indispensables à son exécution.

Pour les contrats de concession pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis de concession a été envoyé à la publication avant la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, le concessionnaire n'est tenu de transmettre les données et bases de données qu'à la seule fin de préparer le renouvellement du contrat.

Article R3131-2

Le rapport prévu par l'article L. 3131-5 est produit chaque année par le concessionnaire, avant le 1er juin.

Il tient compte des spécificités du secteur d'activité concerné et respecte les principes comptables d'indépendance des exercices et de permanence des méthodes retenues pour l'élaboration de chacune de ses parties, tout en permettant la comparaison entre l'année en cours et la précédente. Toutes les pièces justificatives des éléments de ce rapport sont tenues par le concessionnaire à la disposition de l'autorité concédante, dans le cadre de son droit de contrôle.

Article L3131-3

Le concessionnaire peut, dès la conclusion du contrat de concession ou au cours de son exécution, être dispensé de tout ou partie des obligations prévues par l'article L. 3131-2 par décision motivée de l'autorité concédante fondée sur des motifs d'intérêt général et rendue publique.

Article R3131-3

Le rapport comprend, notamment :

1° Les données comptables suivantes :

a) Le compte annuel de résultat de l'exploitation de la concession rappelant les données présentées l'année précédente au titre du contrat en cours. Pour l'établissement de ce compte, l'imputation des charges s'effectue par affectation directe pour les charges directes et selon des critères internes issus de la comptabilité analytique ou selon une clé de répartition dont les modalités sont précisées dans le rapport pour les charges indirectes, notamment les charges de structure ;

b) Une présentation des méthodes et des éléments de calcul économique annuel et pluriannuel retenus pour la détermination des produits et charges directs et indirects imputés au compte de résultat de l'exploitation, les méthodes étant identiques d'une année sur l'autre sauf modification exceptionnelle et dûment motivée ;

c) Un état des variations du patrimoine immobilier intervenues dans le cadre du contrat ;

d) Un état des autres dépenses de renouvellement réalisées dans l'année conformément aux obligations contractuelles ;

2° Une analyse de la qualité des ouvrages ou des services demandés au concessionnaire, comportant tout élément qui permette d'apprécier la qualité des ouvrages ou des services exploités et les mesures proposées par le concessionnaire pour une meilleure satisfaction des usagers. La qualité des ouvrages ou des services est notamment appréciée à partir d'indicateurs, proposés par le concessionnaire ou demandés par l'autorité concédante et définis par voie contractuelle.

Article L3131-4

L'autorité concédante ou un tiers désigné par celle-ci peut extraire et exploiter librement tout ou partie de ces données et bases de données, notamment en vue de leur mise à disposition à titre gratuit à des fins de réutilisation à titre gratuit ou onéreux.

Les données et bases de données fournies par le concessionnaire sont mises à disposition ou publiées dans le respect des articles L. 311-5 à L. 311-7 du code des relations entre le public et l'administration.

Article R3131-4

Lorsque la gestion d'un service public est concédée, le rapport comprend également :

1° Les données comptables suivantes :

a) Un compte rendu de la situation des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé, comportant notamment une description des biens et, le cas échéant, le programme d'investissement, y compris au regard des normes environnementales et de sécurité ;

b) Un état du suivi du programme contractuel d'investissements en premier établissement et du renouvellement des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé ainsi qu'une présentation de la méthode de calcul de la charge économique imputée au compte annuel de résultat d'exploitation de la concession ;

c) Un inventaire des biens désignés au contrat comme biens de retour et de reprise du service concédé ;

d) Les engagements à incidences financières, y compris en matière de personnel, liés à la concession et nécessaires à la continuité du service public ;

2° Une annexe comprenant un compte rendu technique et financier comportant les informations utiles relatives à l'exécution du service, notamment les tarifs pratiqués, leur mode de détermination et leur évolution, ainsi que les autres recettes d'exploitation.

Section 2 - Rapport d'information à l'autorité concédante

Article L3131-5

Le concessionnaire produit chaque année un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat de concession et une analyse de la qualité

des ouvrages ou des services.

Lorsque la gestion d'un service public est concédée, y compris dans le cas prévu à l'article L. 1121-4, ce rapport permet en outre aux autorités concédantes d'apprécier les conditions d'exécution du service public.

Section 3 - Observatoire économique de la commande publique

Article R3131-5

Les travaux de l'Observatoire économique de la commande publique prévus aux articles R. 2196-2 à R. 2196-4 portent également sur les contrats de concession.

Chapitre II - Occupation domaniale et biens de la concession

Article L3132-1

Lorsque le contrat de concession emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée.

Article L3132-2

Le contrat de concession peut attribuer au concessionnaire des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise.

Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.

Article L3132-3

Le concessionnaire peut être autorisé, avec l'accord expressément formulé de l'autorité concédante, à conclure des baux ou droits réels d'une durée excédant celle du contrat de concession.

Les autorisations données par l'autorité concédante, ainsi que les baux et droits réels qui en résultent, constituent des accessoires au contrat de concession et sont, à l'issue de la durée du contrat, transférés à l'autorité concédante.

Article L3132-4

Lorsqu'une autorité concédante de droit public a conclu un contrat de concession de travaux ou a concédé la gestion d'un service public :

1° Les biens, meubles ou immeubles, qui résultent d'investissements du concessionnaire et sont nécessaires au fonctionnement du service public sont les biens de retour. Dans le silence du contrat, ils sont et demeurent la propriété de la personne publique dès leur réalisation ou leur acquisition ;

2° Les biens, meubles ou immeubles, qui ne sont pas remis au concessionnaire par l'autorité concédante de droit public et qui ne sont pas indispensables au fonctionnement du service public sont les biens de reprise. Ils sont la propriété du concessionnaire, sauf stipulation contraire prévue par le contrat de concession ;

3° Les biens qui ne sont ni des biens de retour, ni des biens de reprise, sont des biens propres. Ils sont et demeurent la propriété du concessionnaire.

Article L3132-5

Au terme du contrat de concession de travaux ou du contrat concédant un service public, les biens de retour mentionnés à l'article L. 3132-4 qui ont été amortis au cours de l'exécution du contrat de concession font retour dans le patrimoine de la personne publique gratuitement, sous réserve des stipulations du contrat permettant à celle-ci de faire reprendre par le concessionnaire les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public.

L'octroi au concessionnaire, pour la durée du contrat, de la propriété des biens nécessaires au service public autres que les ouvrages établis sur la propriété d'une personne publique ou certains droits réels sur ces biens ne peut faire obstacle au retour gratuit de ces biens dans le patrimoine de la

personne publique, sous réserve des stipulations permettant à celle-ci de faire reprendre par le concessionnaire les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public.

Article L3132-6

Le contrat de concession de travaux ou le contrat concédant un service public peut également prévoir une faculté de reprise au profit de la personne publique concédante au terme du contrat, moyennant un prix convenu entre les parties ou, le cas échéant, gratuitement, des biens appartenant au concessionnaire qui ne sont pas nécessaires au fonctionnement du service public.

Chapitre III - Exécution financière

Section 1 - Facturation électronique

Sous-section 1 - : Transmission et réception des factures sous forme électronique

Article L3133-1

Les titulaires de contrats de concession conclus avec l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics transmettent leurs factures sous forme électronique. Le présent article n'est pas applicable aux contrats de concession de défense ou de sécurité.

Article L3133-2

L'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics acceptent les factures transmises sous forme électronique par les titulaires de contrats de concession mentionnés à l'article L. 3133-1.

Article L3133-3

Sans préjudice de l'article L. 3133-2, les autorités concédantes acceptent les factures conformes à la norme de facturation électronique définie par voie réglementaire et transmises sous forme électronique par les titulaires de contrats de concession.

Article L3133-4

Les articles L. 3133-2 et L. 3133-3 ne sont pas applicables aux contrats de concession de défense ou de sécurité lorsque leur passation et leur exécution sont déclarées secrètes ou doivent s'accompagner de mesures particulières de sécurité.

Article L3133-5

Les modalités d'application de la présente sous-section, notamment les éléments essentiels que doivent contenir les factures électroniques, sont définies par voie réglementaire. Sous-section 2 : Portail public de facturation

Article L3133-6

Une solution mutualisée, mise à disposition par l'Etat et dénommée " portail public de facturation ", permet le dépôt, la réception et la transmission des factures sous forme électronique. Pour la mise en œuvre des obligations résultant de la sous-section 1 de la présente section, utilisent le portail public de facturation :

1° L'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics ;

2° Les titulaires de contrats de concession conclus avec une autorité concédante mentionnée au 1°.

Article L3133-7

Ne sont pas soumises à la présente sous-section les factures émises en exécution des contrats de concession passés par :

1° L'Etat et ses établissements publics en cas d'impératif de défense ou de sécurité nationale ;

2° La Caisse des dépôts et consignations ;

3° L'établissement public mentionné à l'article L. 2142-1 du code des transports ;

4° La SNCF, SNCF Réseau et SNCF Voyageurs.

Article L3133-8

Les modalités d'application de la présente sous-section sont précisées par voie réglementaire.

Paragraphe 1 - Norme de facturation électronique

Article D3133-1

La norme de facturation électronique mentionnée à l'article L. 3133-3 est celle fixée par la décision (UE) 2017/1870 de la Commission européenne du 16 octobre 2017 concernant la publication de la référence de la norme européenne sur la facturation électronique et de la liste des syntaxes en vertu de la directive 2014/55/ UE du Parlement européen et du Conseil.

Paragraphe 2 - Mentions obligatoires des factures sous forme électronique

Article D3133-2

Sans préjudice des mentions obligatoires fixées par les dispositions législatives ou réglementaires, les factures mentionnées aux articles L. 3133-1 à L. 3133-3 comportent les mentions suivantes :

- 1° La date d'émission de la facture ;
- 2° La désignation de l'émetteur et du destinataire de la facture ;
- 3° Le numéro unique basé sur une séquence chronologique et continue établie par l'émetteur de la facture, la numérotation pouvant être établie dans ces conditions sur une ou plusieurs séries ;
- 4° En cas de contrat exécuté au moyen de bons de commande, le numéro du bon de commande ou, dans les autres cas, les références du contrat ou le numéro de l'engagement attribué par le système d'information financière et comptable du destinataire de la facture ;
- 5° La désignation du payeur, avec l'indication, pour les personnes publiques, du code d'identification du service chargé du paiement ;
- 6° La date de livraison des fournitures ou d'exécution des services ou des travaux ;
- 7° La quantité et la dénomination précise des produits livrés, des prestations et travaux réalisés ;
- 8° Le prix unitaire hors taxes des produits livrés, des prestations et travaux réalisés ou, lorsqu'il y a lieu, leur prix forfaitaire ;
- 9° Le montant total de la facture, le montant total hors taxes et le montant de la taxe à payer, ainsi que la répartition de ces montants par taux de taxe sur la valeur ajoutée, ou, le cas échéant, le bénéfice d'une exonération ;
- 10° L'identification, le cas échéant, du représentant fiscal de l'émetteur de la facture ;
- 11° Le cas échéant, les modalités de règlement ;
- 12° Le cas échéant, les renseignements relatifs aux déductions ou versements complémentaires. Les factures comportent en outre les numéros d'identité de l'émetteur et du destinataire de la facture, attribués à chaque établissement concerné ou, à défaut, à chaque personne en application de l'article R. 123-221 du code de commerce. Pour les émetteurs ne disposant pas du numéro d'identité mentionné à l'alinéa précédent, un arrêté du ministre chargé du budget, annexé au présent code, fixe l'identifiant qui doit être porté sur les factures.

Sous-section 2 : Portail public de facturation

Article R3133-3

Un arrêté du ministre chargé du budget, annexé au présent code, définit les modalités techniques selon lesquelles le dépôt, la transmission et la réception des factures sont effectués sur le portail public de facturation en application de l'article L. 3133-6. Ces modalités garantissent la réception immédiate et intégrale des factures et assure la fiabilité de l'identification de l'émetteur, l'intégrité des données, la sécurité, la confidentialité et la traçabilité des échanges. L'utilisation du portail public de facturation est exclusive de tout autre mode de transmission. Lorsqu'une facture lui est transmise en dehors de ce portail, la personne publique destinataire ne peut la rejeter qu'après avoir informé l'émetteur par tout moyen de l'obligation prévue à l'article L. 3133-1 et l'avoir invité à s'y conformer en utilisant ce portail.

Section 2 - Délais de paiement

Sous-section 1 - Fixation du délai de paiement

Article L3133-10

Les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entités adjudicatrices, paient les sommes dues en principal en exécution d'un contrat de concession dans un délai prévu par celui-ci ou, à défaut, dans un délai fixé par voie réglementaire et qui peut être différent selon les catégories de pouvoirs adjudicateurs.

Lorsqu'un délai de paiement est prévu dans le contrat de concession, il ne peut excéder le délai prévu par voie réglementaire.

Article R3133-10

Le délai de paiement prévu au premier alinéa de l'article L. 3133-10 est fixé à trente jours pour les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice.

Article L3133-11

Les entités adjudicatrices mentionnées aux 2° et 3° de l'article L. 1212-1 paient les sommes dues en principal en exécution d'un contrat de concession dans le délai prévu à l'article L. 441-6 du code de commerce.

Article R3133-11

Par dérogation à l'article R. 3133-10, le délai de paiement est fixé à :

- 1° Cinquante jours pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées ;
- 2° Soixante jours pour les entreprises publiques au sens du II de l'article 1er de l'ordonnance du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/ CEE du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, à l'exception de celles ayant la nature d'établissements publics locaux.

Sous-section 2 - Intérêts moratoires, indemnités forfaitaire et complémentaire pour frais de recouvrement

Article L3133-12

Le retard de paiement est constitué lorsque les sommes dues au créancier, qui a rempli ses obligations légales et contractuelles, ne sont pas versées par le pouvoir adjudicateur à l'échéance prévue au contrat de concession ou à l'expiration du délai de paiement.

Article L3133-13

Le retard de paiement ouvre droit, dans les conditions prévues à la présente sous-section, à des

intérêts moratoires, à une indemnité forfaitaire et, le cas échéant, à une indemnisation complémentaire versés au créancier par le pouvoir adjudicateur.

Dès le lendemain de l'expiration du délai de paiement ou de l'échéance prévue par le contrat de concession, le retard de paiement fait courir, de plein droit et sans autre formalité, des intérêts moratoires dont le taux est fixé par voie réglementaire.

Il donne lieu, de plein droit et sans autre formalité, au versement d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement, dont le montant est fixé par voie réglementaire.

Lorsque les frais de recouvrement exposés sont supérieurs au montant de l'indemnité forfaitaire prévue à l'alinéa précédent, le créancier peut demander une indemnisation complémentaire, sur justification.

Paragraphe 1 - Dispositions générales

Article R3133-12

Sous réserve des dispositions prévues aux articles R. 3133-13 à R. 3133-17, le délai de paiement court à compter de la date de réception de la demande de paiement par le pouvoir adjudicateur ou, si le contrat de concession le prévoit, toute autre personne habilitée à cet effet.

Article R3133-13

Lorsque la date de réception de la demande de paiement est incertaine ou antérieure à la date d'exécution des prestations, le délai de paiement court à compter de la date d'exécution des prestations.

Article R3133-14

La date de réception de la demande de paiement et la date d'exécution des prestations sont constatées par les services du pouvoir adjudicateur ou, le cas échéant, par le maître d'œuvre ou la personne habilitée à cet effet.

A défaut, la date de la demande de paiement augmentée de deux jours fait foi. En cas de litige, il appartient au créancier d'apporter la preuve de cette date.

La date de réception de la demande de paiement ne peut faire l'objet d'un accord contractuel entre le pouvoir adjudicateur et son créancier.

Article R3133-15

Lorsque la demande de paiement relève de l'obligation de facturation électronique prévue à l'article 1er de l'ordonnance n° 2014-697 du 26 juin 2014 relative au développement de la facturation électronique, la date de réception de la demande de paiement par le pouvoir adjudicateur correspond :

1° Lorsque les factures sont transmises par échange de données informatisé, à la date à laquelle le système d'information budgétaire et comptable de l'Etat horodate l'arrivée de la facture et, pour les autres pouvoirs adjudicateurs, à la date de notification du message électronique l'informant de la mise à disposition de la facture sur la solution mutualisée, définie à l'article 2 de l'ordonnance n° 2014-697 du 26 juin 2014 relative au développement de la facturation électronique ;

2° Lorsque les factures sont transmises par le mode portail ou service, à la date de notification au pouvoir adjudicateur du message électronique l'informant de la mise à disposition de la facture sur cette solution mutualisée.

Paragraphe 2 - Dispositions propres à certains contrats de concession

Article R3133-16

Lorsque le contrat de concession prévoit une procédure de vérification de la conformité des prestations, il peut prévoir que le délai de paiement court à compter de la date à laquelle

cette conformité est constatée, si cette date est postérieure à la date de réception de la demande de paiement.

La durée de la procédure de vérification ne peut excéder trente jours. Toutefois, une durée plus longue peut être prévue par le contrat de concession, à condition que cela ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier, notamment au regard de l'usage ou des bonnes pratiques. A défaut de décision expresse dans ce délai, les prestations sont réputées conformes.

Paragraphe 3 - Disposition propre à l'intervention d'un tiers habilité à recevoir les demandes de paiement

Article R3133-17

Si le pouvoir adjudicateur recourt à un prestataire dont l'intervention conditionne le paiement des sommes dues, l'intervention de celui-ci ne modifie pas le délai de paiement qui s'impose au pouvoir adjudicateur.

Paragraphe 4 - Disposition propre aux indemnités de résiliation

Article R3133-18

En cas de versement d'une avance, le délai de paiement de celle-ci court à compter de :

1° La date de notification du contrat de concession ;
2° Lorsque le contrat de concession le prévoit, la date de notification de l'acte qui emporte commencement d'exécution des prestations correspondant à l'avance.

Dans les autres cas, le délai de paiement court à compter de la date à laquelle les conditions prévues par le contrat de concession pour le versement de l'avance sont remplies ou, dans le silence du contrat, à compter de sa date de notification.

Article R3133-19

Lorsque la constitution d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire est exigée, le délai de paiement de l'avance ne peut courir avant la réception de cette garantie ou de cette caution.

Article R3133-20

En cas de versement d'une indemnité de résiliation, le délai de paiement de cette indemnité court à compter de la date à laquelle le montant de l'indemnité est arrêté, une fois la décision de résiliation notifiée.

Sous-section 3 - Interruption du délai de paiement

Article R3133-21

Lorsque la demande de paiement ne comporte pas l'ensemble des pièces et des mentions prévues par la loi ou par le contrat de concession ou que celles-ci sont erronées ou incohérentes, le délai de paiement peut être interrompu une seule fois par le pouvoir adjudicateur.

Pour les pouvoirs adjudicateurs dotés d'un comptable public, cette interruption ne peut intervenir qu'avant l'ordonnancement de la dépense.

Article R3133-22

L'interruption du délai de paiement mentionné à l'article R. 3133-21 fait l'objet d'une notification au créancier par tout moyen permettant d'attester une date certaine de réception.

Cette notification précise les raisons imputables au créancier qui s'opposent au paiement, ainsi que les pièces à fournir ou à compléter.

Article R3133-23

A compter de la réception de la totalité des pièces et mentions prévues à l'article R. 3133-21, un nouveau délai de paiement est ouvert. Ce délai est de trente jours ou égal au solde restant à courir à la date de réception de la notification de l'interruption si ce solde est supérieur à trente jours.

Article R3133-24

Lorsque l'ordonnateur et le comptable public ne relèvent pas de la même personne morale et ont convenu d'un délai de règlement conventionnel dans les conditions prévues à l'article 12 du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique, ce nouveau délai ne peut être inférieur à quinze jours augmentés du délai prévu pour l'intervention du comptable public dans le cadre de ce délai de règlement conventionnel.

Sous-section 4 - Intérêts moratoires, indemnités forfaitaire et complémentaire pour frais de recouvrement**Article L3133-14**

Les entreprises publiques définies au II de l'article 1er de l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entités adjudicatrices mentionnées aux 2° et 3° de l'article L. 1212-1 sont passibles d'une amende administrative dont le montant ne peut dépasser deux millions d'euros en cas de dépassement du délai maximal de paiement fixé par voie réglementaire mentionné à l'article L. 3133-10, recherché et constaté dans les conditions fixées aux articles L. 450-1 à L. 450-4, L. 450-7 et L. 450-8 du code de commerce.

L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 470-2 du même code. Le montant de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

Article R3133-25

Le taux des intérêts moratoires mentionné à l'article L. 3133-13 est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de huit points de pourcentage.

Article R3133-26

Les intérêts moratoires courent à compter du lendemain de l'expiration du délai de paiement ou de l'échéance prévue par le contrat de concession jusqu'à la date de mise en paiement du principal incluse.

Article D3133-27

Le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement est fixé à 40 euros.

Article R3133-28

Les intérêts moratoires et l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement sont payés dans un délai de quarante-cinq jours suivant la mise en paiement du principal.

Chapitre IV - Exécution du contrat de concession par des tiers**Article L3134-1**

Le concessionnaire peut confier à des tiers une part des services ou travaux faisant l'objet du contrat

de concession. Il demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du contrat de concession.

Article R3134-1

Le concessionnaire indique à l'autorité concédante, après l'attribution du contrat et, au plus tard, au début de son exécution, le nom, les coordonnées et les représentants légaux des tiers participant à ces services ou travaux dans la mesure où ces informations sont connues à ce stade.

Article L3134-2

Lorsqu'un tiers à l'encontre duquel il existe un motif d'exclusion est présenté par le concessionnaire au stade de l'exécution du contrat de concession, l'autorité concédante exige son remplacement par un tiers qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion dans les conditions prévues par voie réglementaire.

Article R3134-2

Le concessionnaire informe l'autorité concédante de tout changement relatif aux informations mentionnées à l'article R. 3134-1 intervenant au cours de l'exécution du contrat de concession ainsi que des informations requises pour tout nouveau tiers qui participe ultérieurement à ces services ou travaux

Article R3134-3

Pour l'application de l'article L. 3134-2, l'autorité concédante exige le remplacement du tiers concerné dans un délai de dix jours à compter de la réception de sa demande par le concessionnaire.

Article L3134-3

Les contrats de concession relevant de l'article 5, paragraphe 3 du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route modifié sont soumis aux dispositions du présent titre, à l'exception des dispositions des articles L. 3134-1 et L. 3134-2.

Article R3134-4

Les contrats de concession relevant de l'article 5, paragraphe 3 du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route sont soumis aux dispositions du présent titre, à l'exception des dispositions du présent chapitre.

Chapitre V - Modification du contrat de concession**Article L3135-1**

Un contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, lorsque :

- 1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;
- 2° Des travaux ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;
- 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
- 4° Un nouveau concessionnaire se substitue au concessionnaire initial du contrat de concession ;
- 5° Les modifications ne sont pas substantielles ;
- 6° Les modifications sont de faible montant.

Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer **la nature globale du contrat de concession**.

CE, 9 mars 2018, n° 409972, Commune du Mont-Saint-Michel

« Les parties [...] ne peuvent, par simple avenant, apporter des modifications substantielles au contrat en introduisant des conditions qui, **si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu conduire à admettre d'autres candidats ou à retenir une autre offre que celle de l'attribitaire** »

La nature globale du contrat de concession**CE, Ass., 26 avril 2018, n° 394398, Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique**

« Il ressort des caractéristiques du contrat de concession décrites au point 2 que le fait que la concession porte à la fois sur la construction d'une nouvelle infrastructure et sur l'exploitation de l'aéroport existant constitue un élément essentiel du montage financier retenu. Ces deux objets doivent, dès lors, être regardés comme formant un ensemble unique et indissociable. Dans ces conditions, une modification du contrat de concession initial qui consisterait à retirer du périmètre de la concession l'ensemble des missions relatives à la réalisation de l'aérodrome de Notre-Dame-des-Landes et à confier à la société AGO des missions nouvelles relatives à l'aérodrome de Nantes-Atlantique dont elle assure l'exploitation en vertu du même contrat ne pourrait qu'être regardée, eu égard à son ampleur, comme **changeant la nature globale du contrat initial**. Elle introduirait, en outre, des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de sélection initiale, auraient pu attirer d'autres participants ou permis l'admission de candidats autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ».

CJCE, 19/06/2008, Aff. C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH

« En vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50 lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché (voir, en ce sens, arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France, C-337/98, Rec. p. I-8377, points 44 et 46).

La modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme **substantielle** lorsqu'elle **introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue** »

CE 15 novembre 2017, n° 409728, Commune d'Aix-en-Provence

« Cette modification doit être regardée, **eu égard à son ampleur**, comme **changeant la nature globale du contrat initial** ; qu'elle introduit, en outre, des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu attirer davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ».

Article L3135-2

Lorsque l'autorité concédante apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif, le concessionnaire a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat, conformément aux dispositions du 4° de l'article L. 6.

Section 1 - Modifications autorisées**Sous-section 1 - Clauses contractuelles****Article R3135-1**

Le contrat de concession peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur

montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de **clauses de réexamen** ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

Clauses de réexamen**Fiche DAJ, Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, p.2**

« L'acheteur et l'autorité concédante sont donc dans l'obligation d'informer les candidats potentiels dans les documents de la consultation du réexamen éventuel de certaines conditions d'exécution du contrat. Il pourrait ainsi prévoir une éventuelle **modification de sa clause de variation de prix en cas de survenance de certains événements** qui pourraient altérer en cours d'exécution l'équilibre financier de son contrat. Les conditions de sa mise en œuvre et les modalités de modification du prix doivent néanmoins être précisées dans le contrat initial car elles constituent des éléments susceptibles d'influer sur les offres des candidats et par conséquent sur les conditions initiales de mise en concurrence. La clause de réexamen peut également comporter des options dès lors que celles-ci ont été formulées de manière suffisamment claire, précise et univoque dans les pièces contractuelles. Les options recouvrent notamment les tranches optionnelles, les reconductions ou encore les prestations complémentaires ».

Sous-section 2 - Travaux ou services supplémentaires devenus nécessaires**Article R3135-2**

Le contrat de concession peut être modifié lorsque, sous réserve de la limite fixée à l'article R. 3135-3, des travaux ou services supplémentaires sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le contrat de concession initial, à la condition qu'un changement de concessionnaire soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment aux exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre de la concession initiale.

Changement de titulaire impossible**Directive 2014/24/UE, 26 février 2014, Article 72**

« Les marchés et les accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive dans l'un des cas suivants: [...] b) pour les travaux, services ou fournitures supplémentaires du contractant principal qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, lorsqu'un changement de contractant:

- i. est impossible **pour des raisons économiques ou techniques** telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre de le marché initial ; et
- ii. **présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour le pouvoir adjudicateur.**

Toutefois, toute augmentation de prix ne peut pas être supérieure à 50 % de la valeur du marché initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification ».

CE, Ass., 26 avril 2018, n° 394398, Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique

« Participerait d'une lecture erronée de ce dispositif de transposition toute interprétation consistant à ne pas combiner la condition générale posée par l'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, tenant à l'absence de modification de la nature globale du contrat, avec les dispositions des 2° et 3° de l'article 36 du décret du 1er février 2016 qui prévoient, respectivement, la possibilité pour le concédant, sans nouvelle mise en concurrence, d'introduire des travaux ou services supplémentaires,

dès lors qu'un changement de concessionnaire est « impossible pour des raisons économiques ou techniques » et entraîne pour le concédant « une augmentation substantielle des coûts » ou encore la possibilité de modifier le contrat lorsque cette modification est « rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir ».

CE, 23 décembre 2016, N° 397096, M.E

« Si les requérants soutiennent que des clauses prévoyant de nouveaux travaux, notamment pour la réalisation de nouvelles sections d'autoroute, constitueraient des clauses réglementaires, qui méconnaîtraient les dispositions citées au point 4 ci-dessus, un tel moyen doit, en tout état de cause, être écarté, dès lors qu'il ressort des pièces des dossiers, d'une part, que les travaux en cause, dont le montant n'est pas supérieur à 50% du montant des contrats initiaux, ont pour objet soit de répondre aux risques liés à l'accroissement du trafic, soit d'améliorer la sécurité routière, qu'ils répondent ainsi à des besoins d'intérêt général et qu'ils sont devenus nécessaires pour assurer l'exploitation des concessions et, d'autre part, qu'un changement de concessionnaire serait impossible du fait des liens étroits entre les équipements concernés et les biens et services concédés et de nature à entraîner, pour l'Etat, une augmentation substantielle des coûts en raison des indemnités qui seraient dues ».

Article R3135-3

Lorsque le contrat de concession est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant de la modification prévue à l'article R. 3135-2 ne peut être supérieur à 50 % du montant du contrat de concession initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées dans le respect des dispositions du présent article, cette limite s'applique au montant de chaque modification.

Ces modifications consécutives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Article R3135-4

Pour le calcul du montant de la modification mentionnée à l'article R. 3135-2, le montant actualisé du contrat de concession initial est le montant de référence lorsque le contrat de concession comporte une clause d'indexation. Dans le cas contraire, le montant actualisé du contrat de concession initial est calculé en tenant compte de l'inflation moyenne.

Sous-section 3 - Circonstances imprévues

Article R3135-5

Le contrat de concession peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des **circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir**.

Dans ce cas, les dispositions des articles R. 3135-3 et R. 3135-4 sont applicables.

Circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir.

CE, Ass., 26 avril 2018, n° 394398, Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique

« Participerait d'une lecture erronée de ce dispositif de transposition toute interprétation consistant à ne pas combiner la condition générale posée par l'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, tenant à l'absence de modification de la nature globale du contrat, avec les dispositions des 2° et 3° de l'article 36 du décret du 1er février 2016 qui prévoient, respectivement, la possibilité pour le concédant, sans nouvelle mise en concurrence, d'introduire des travaux ou services supplémentaires, dès lors qu'un changement de concessionnaire est « impossible pour des raisons économiques ou techniques » et entraîne pour le concédant « une augmentation substantielle des coûts » ou encore

la possibilité de modifier le contrat lorsque cette modification est « rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir.

Le Conseil d'Etat estime, en conséquence, que la modification par avenant de la concession afin, notamment, de retirer de son périmètre l'ensemble des missions relatives à la réalisation de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes ne pourrait être retenue qu'en méconnaissance des règles de modification des concessions (CE, 15 novembre 2017, Commune d'Aix-en-Provence, n° 409728, 409799) ».

Fiche DAJ, Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, p.4

« En application du 3° de l'article 139 du décret sur les marchés publics, du 3° de l'article 137 du décret sur les marchés publics de défense ou de sécurité et du 3° de l'article 36 du décret sur les contrats de concession, l'acheteur public ou l'autorité concédante peut modifier son contrat lorsqu'il est confronté à des circonstances imprévues ou imprévisibles. Ce sont des circonstances extérieures qu'un acheteur ou une autorité concédante, bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation du contrat initial, n'aurait pu prévoir, compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature et des caractéristiques du projet particulier, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de l'attribution du marché et la valeur prévisible de celui-ci¹⁴. Cette hypothèse **s'apparente à la notion de sujétions techniques imprévues** évoquée à l'article 20 du code des marchés publics de 2006 qui recouvrait toutes les difficultés matérielles rencontrées en cours d'exécution d'un marché public. [...] le décret n° 2016-360 dispose que **la modification doit être limitée à 50 % du montant du marché initial et ne doit pas altérer la nature globale du contrat**. Par ailleurs, lorsque plusieurs modifications successives sont opérées, le calcul de cette limite s'effectue au regard de chaque modification. A cet égard, il convient de préciser que l'acheteur ne saurait recourir à des modifications successives dans le but de se soustraire aux obligations de publicité et de mise en concurrence telles qu'imposées par les règles relatives à la commande publique ».

CE, 30 juillet 2003, n° 223445, Commune de Lens

« Ne peuvent être regardées comme des sujétions techniques imprévues au sens de ces dispositions, que des **difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché**, présentant un caractère **exceptionnel, imprévisibles** lors de la conclusion du contrat et **dont la cause est extérieure aux parties** »

CE, 22 déc. 1976, n°94998, Depussé

« [...] cons. qu'il résulte de l'instruction qu'en raison de l'instabilité du sol sur lequel ont été édifiés les bâtiments du groupe scolaire, l'entreprise a... a été contrainte d'accomplir des travaux de fondations à une profondeur de 10 mètres ; que ces travaux supplémentaires **excédaient**, compte tenu des conditions d'exécution prévues au devis, **les communes prévisions des parties lors de la passation du marché** ; qu'ainsi et bien que ces travaux n'aient pas préalablement fait l'objet d'un ordre écrit de la ville de Rethel, le sieur a... a droit à une indemnité pour sujétions imprévues [...] »

Sous-section 4 - Substitution d'un nouveau concessionnaire

Article R3135-6

Le contrat de concession peut être modifié lorsqu'un nouveau concessionnaire se substitue à celui auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession, dans l'un des cas suivants :

- 1° En application d'une clause de réexamen ou d'une option définie à l'article R. 3135-1 ;
- 2° Dans le cas d'une cession du contrat de concession, à la suite d'opérations de restructuration du concessionnaire initial. Le nouveau concessionnaire justifie des capacités économiques, financières, techniques et professionnelles fixées initialement par l'autorité concédante. Cette cession ne peut être effectuée dans le but de soustraire le contrat de concession aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

En application d'une clause de réexamen

Fiche DAJ, Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, p.5

« Toutefois, même dans l'hypothèse où le changement de cocontractant est prévu dans le cadre d'une clause de réexamen, la cession peut être regardée comme **irrégulière** si **ce changement intervient immédiatement après la conclusion du contrat et avant même le début de l'exécution des prestations sans motif légitime**, dans la mesure où l'identité du titulaire est un élément déterminant du contrat ».

Concl. Y. BOT sous CJUE, 27 octobre 2009, Aff.C-91/08, Wall AG/Stadt Frankfurt am Main, pt 153

« Lorsque, dans le cadre d'une procédure de passation d'une concession de services, l'identité du sous-traitant est un élément essentiel sur lequel le pouvoir adjudicateur s'est fondé pour attribuer la concession, l'obligation de transparence requiert des États membres qu'ils organisent une nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque le concessionnaire souhaite procéder à un changement de sous-traitant avant même l'exécution des premières prestations et sans qu'il ait été avancé de raisons légitimes »

Cession à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial

Fiche DAJ, Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, p.5

« La cession d'un contrat au profit d'un nouveau titulaire est admise dans les cas suivants : lorsqu'elle intervient à la suite d'une **opération de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité**, assurée par un autre opérateur qui remplit les critères de sélection qualitativement établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à se soustraire à l'application de la présente directive ».

Réponse du Ministère de l'intérieur, JO Sénat du 26/01/2017, p. 298

« Les modifications de contrats de délégation de service public sont régies par les articles 55 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et 36 du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatifs aux contrats de concession. L'article 36 du décret prévoit que le contrat de concession peut-être modifié « lorsqu'un nouveau concessionnaire se substitue à celui auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession dans le cas d'une cession du contrat de concession, à la suite d'opérations de restructuration du concessionnaire initial ». Le changement de statut juridique du titulaire d'un contrat de délégation de service public se traduit par une cession du contrat **vers un nouveau délégataire identifié**. Cette substitution suppose la conclusion d'un avenant au contrat. Le changement de délégataire ne doit toutefois s'accompagner d'aucun autre changement qui serait de nature à affecter de manière substantielle un élément essentiel du contrat. La cession du contrat ne peut de plus être effectuée dans le but de soustraire le contrat de concession aux obligations de publicité et de mise en concurrence ».

Concl. Y. BOT sous CJUE, 27 octobre 2009, Wall AG/Stadt Frankfurt am Main, Aff. C-91/08, pts. 67 à 72.

« En effet, le changement de sous-traitant intervient sans motif légitime, après la conclusion du contrat et avant l'exécution des premières prestations, alors même que le concessionnaire s'est prévalu de la renommée et de l'expertise technique du sous-traitant lors de la remise de son offre. Selon nous, une telle pratique, si elle est admise par le pouvoir adjudicateur, viole l'obligation de transparence et le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires. En agissant ainsi, le pouvoir adjudicateur soustrait l'offre de FES, telle qu'elle a été modifiée, à un examen sérieux et transparent des différentes candidatures, ce qui est susceptible de procurer à l'entreprise un avantage injustifié pour l'obtention du contrat ».

CJCE, 19 juin 2008, Aff. C-454/06, Preetext Nachrichtenagentur GmbH

« Il est également constant que, depuis le transfert des services OTS d'APA à APA-OTS au cours de l'année 2000, le pouvoir adjudicateur effectue les paiements relatifs à ce service directement à APA-OTS et non plus à APA.

Toutefois, **le transfert de l'activité en question présente certaines caractéristiques particulières qui permettent de conclure que de telles modifications, introduites dans une situation telle que celle au principal, ne constituent pas le changement d'un terme essentiel du marché.**

En effet, il ressort du dossier qu'APA-OTS est une **filiale détenue à 100 % par APA**, que cette dernière dispose d'un **pouvoir de direction sur APA-OTS** et qu'il **existe entre ces deux entités un contrat de transfert des pertes et des bénéfices**, assumés par APA. En outre, il ressort du dossier qu'une personne habilitée à représenter APA a assuré le pouvoir adjudicateur que, à la suite du transfert des services OTS, APA était responsable **solidairement avec APA-OTS et que la prestation globale existante resterait inchangée.**

Un tel arrangement représente, en substance, une **réorganisation interne du cocontractant, laquelle ne modifie pas de manière essentielle les termes du marché initial** ».

CE, Section des finances, Avis n°364803, 8 juin 2000

« La cession d'un marché ou d'une délégation de service public doit s'entendre de la **reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat.** Elle ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et, s'agissant de concessions, le prix demandé aux usagers. Lorsque la modification substantielle de l'un de ces éléments implique nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat, ce contrat, même conclu sous forme d'un avenant, doit être soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence préalables ».

Sous-section 5 - Modification non substantielle

Article R3135-7

Le contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ne sont pas substantielles.

Pour l'application de l'article L. 3135-1, une modification est considérée comme substantielle, notamment, lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

- 1° Elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ;
- 2° Elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat de concession initial ;
- 3° Elle étend considérablement le champ d'application du contrat de concession ;
- 4° Elle a pour effet de remplacer le concessionnaire auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession par un nouveau concessionnaire, en dehors des hypothèses visées à l'article R. 3135-6.

Modification substantielle

CE, 9 mars 2018, n° 409972, Commune du Mont-Saint-Michel

« Les parties [...] ne peuvent, par simple avenant, apporter des modifications substantielles au contrat en introduisant des conditions qui, **si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu conduire à admettre d'autres candidats ou à retenir une autre offre que celle de l'attributaire** ».

CJCE, 19/06/2008, Aff. C-454/06, Preetext Nachrichtenagentur GmbH

« La modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, **si elles avaient figuré dans la procédure de passation**

initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue.

De même, une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle **lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus.** Cette dernière interprétation est confirmée à l'article 11, paragraphe 3, sous e) et f), de la directive 92/50, lequel impose, pour les marchés publics de services ayant pour objet, exclusivement ou majoritairement, des services figurant à l'annexe I A de cette directive, des restrictions quant à la mesure dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à la procédure négociée pour attribuer des services en supplément de ceux faisant l'objet d'un marché initial.

Une modification peut également être considérée comme substantielle **lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial** ».

Modification considérable de l'objet du marché

CJUE, 29 avril 2010, Aff. C-160/08, Commission contre République fédérale d'Allemagne

« Il convient de rappeler qu'une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle et, partant, comme constituant une nouvelle passation de marché, au sens de la directive 92/50 ou de la directive 2004/18, **notamment lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus** »

CE, Section des finances, Avis n°364803, 8 juin 2000

« La cession d'un marché ou d'une délégation de service public doit s'entendre de la reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat. Elle **ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et, s'agissant de concessions, le prix demandé aux usagers.** Lorsque la modification substantielle de l'un de ces éléments implique nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat, ce contrat, même conclu sous forme d'un avenant, doit être soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence préalables »

Sous-section 6 - Modification de faible montant

Article R3135-8

Le contrat de concession peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur au seuil européen qui figure dans l'avis annexé au présent code et à 10 % du montant du contrat de concession initial, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions énoncées à l'article R. 3135-7 sont remplies.

Les dispositions de l'article R. 3135-4 sont applicables au cas de modification prévu au présent article.

Article R3135-9

Lorsque plusieurs modifications successives relevant de l'article R. 3135-8 sont effectuées, l'autorité concédante prend en compte leur montant cumulé.

Section 2 - Avis de modification

Article R3135-10

Pour les contrats de concession ne relevant pas du chapitre VI du titre II du présent livre, l'autorité concédante publie un avis de modification du contrat de concession dans les hypothèses prévues aux articles R. 3135-2 et R. 3135-5.

Cet avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions fixées aux articles R. 3122-4 à R. 3122-6, conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires

standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation des marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011.

Avis de modification

Commission européenne, Règlement d'exécution (UE) 2015/1986 du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés public, Annexe XVII.

Chapitre VI - Fin des relations contractuelles

Section 1 - Résiliation des contrats de concession

Article L3136-1

Sans préjudice des dispositions de l'article L. 6 et des dispositions législatives spéciales, l'autorité concédante peut résilier le contrat de concession dans les cas prévus à la présente section.

Article L3136-2

L'autorité concédante peut résilier le contrat de concession en cas de force majeure.

Force majeure

CE, Ass., 26 avril 2018, n° 394398, Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique

« En vertu des stipulations du II de l'article 74 du cahier des charges annexé à la convention du 20 décembre 2010 : « Aucune partie au contrat de concession n'encourt de responsabilité pour n'avoir pas accompli ou pour avoir accompli avec retard une obligation (...), dans la mesure où un tel manquement ou retard résulte directement d'événements présentant les caractéristiques de la force majeure, c'est-à-dire extérieurs aux parties, imprévisibles et irrésistibles ». En vertu des stipulations du I de l'article 81 du même cahier des charges : « Au cas où, à la suite de la survenance d'un événement défini au (...) II de l'article 74, le bouleversement de l'équilibre économique de la concession se prolonge ou est de nature à se prolonger nécessairement plus de douze mois, le contrat de concession peut être résilié par arrêté conjoint des ministres chargés de l'aviation civile, de l'économie et du budget » ou, « à la demande du concessionnaire » par le tribunal administratif compétent.

En cas de résiliation pour ce motif, l'Etat est tenu de verser au concessionnaire une indemnité correspondant au préjudice subi, dont le montant net d'impôts et toutes charges déduites est égal à l'intégralité de l'encours des financements privés externes, des fonds propres et quasi-fonds propres apportés par les actionnaires, des coûts ou, le cas échéant, des gains de rupture des instruments de couverture, du montant des frais de résiliation des contrats de financement externes ainsi que de résiliation anticipée des contrats passés avec ses prestataires. Dans une telle hypothèse, aucun manque à gagner n'est pris en compte dans le montant de cette indemnisation. La notion de force majeure, telle que l'a appliquée la jurisprudence du Conseil d'Etat aux contrats administratifs, notamment aux concessions, repose sur le constat d'un bouleversement de l'économie du contrat tel, par son ampleur et sa durée, qu'il peut en justifier la résiliation, ainsi que le prévoient d'ailleurs les stipulations du I de l'article 81 du cahier des charges annexés à la convention citées au point 7. Le Conseil d'Etat observe que le bouleversement économique du contrat liant l'Etat à la société AGO n'est pas contestable. Aucune des étapes du calendrier prévisionnel de mise en service du nouvel aéroport figurant à l'annexe 9 au cahier des charges de la concession n'a été respectée : le concessionnaire n'a pas terminé les études d'avant-projet de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, ni a fortiori entrepris les travaux de construction de l'infrastructure, ni satisfait à ses obligations financières. Toutefois l'application de ces stipulations supposerait, d'une part, que les circonstances invoquées par la partie qui s'en prévaut aient eu directement pour effet de bouleverser l'économie du

contrat et, 5/8 5 d'autre part, qu'elles présentent un triple caractère d'extériorité aux parties, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. Or, le Conseil d'Etat estime que, même en acceptant par hypothèse de la regarder comme la cause principale du dérapage **des étapes essentielles de l'exécution de la convention, l'occupation illégale du site de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes par des opposants à ce projet, mise en avant dans la demande d'avis, ne suffirait pas à caractériser un lien direct et ne remplirait pas cette triple condition.** La circonstance qui a fait durablement obstacle à la bonne exécution du contrat tient moins à l'occupation des terrains d'emprise du projet, situation qui se rencontre dans le déroulement d'autres projets, qu'à sa pérennisation en raison de diverses décisions du Gouvernement de mettre un terme à l'opération d'évacuation par les forces de l'ordre commencée au mois de septembre 2012, puis de **s'abstenir de recourir par la suite à nouveau à la force publique pour procéder à des expulsions**, au profit de démarches de dialogue puis de consultation locale du public. **Le rôle ainsi joué par l'Etat, qui en tant qu'autorité concédante est également partie à la convention, ferait obstacle à ce que soient regardées comme remplies les conditions d'extériorité aux parties et d'irrésistibilité, à supposer même que puisse être retenue l'imprévisibilité de cette situation.** A la lumière des analyses précédentes, la circonstance que la société concessionnaire se soit abstenue d'invoquer une situation de force majeure serait, en tout état de cause, dénuée d'incidence, dès lors que les conditions de cette invocation ne sont pas réunies et que ces conditions sont appréciées objectivement sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le concessionnaire et le concédant ».

CE, 14 juin 2000, n° 184722, Commune de Staffelfelden

« Au cas où des circonstances imprévisibles ont pour effet de bouleverser le contrat et où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre le concessionnaire, comme d'ailleurs le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu.

La pollution qui a frappé le site de captage d'eau des sources d'I. avait un caractère irrésistible et a constitué, en raison de son ampleur qui en interdit l'exploitation pendant une période qui pourrait atteindre deux siècles, un événement imprévisible au moment où a été conclu le contrat d'approvisionnement en eau de la commune. Contrairement à ce que soutient celle-ci, l'économie du contrat qui liait la société S. à la commune a, à la suite de cet événement, été bouleversé, non seulement pendant la période courant du 4 février 1988 au 13 juillet 1989, au cours de laquelle la société a dû acquérir de l'eau distribuée par la ville de M. un prix trois fois supérieur à celui payé par la commune en application des stipulations contractuelles, mais également postérieurement à cette date du 13 juillet 1989 à partir de laquelle a été mis en service le captage de la forêt de la H., le prix payé par la société étant en moyenne supérieur d'environ deux fois à celui payé par la commune. Dans ces conditions, compte tenu du refus de la commune de réviser la tarification de l'eau qui est distribuée sur son territoire, la poursuite par la société de l'exécution du contrat se heurtait à un obstacle insurmontable ».

CE, 13 juillet 1968, n°73161, Serfati

« cons. qu'en vertu d'une convention conclue le 26 novembre 1957 entre le département de la Seine et la société franco-africaine des bois, aux droits de laquelle se trouve la société "établissements Serfati", le département a autorisé cette société à occuper un terrain situé dans l'emprise du port de Gennevilliers et faisant partie du domaine public ; que cette convention stipulait qu'elle était passée pour 25 ans ; qu'elle imposait à la société l'obligation d'établir les installations nécessaires à la création d'un dépôt de bois d'industrie et prévoyait que les constructions édifiées sur ce terrain et les améliorations qui y seraient apportées resteraient sans indemnité la propriété du département en fin d'occupation normale ou en cas de résiliation anticipée ; qu'enfin la société s'engageait à effectuer un trafic annuel minimum, la résiliation pouvant être prononcée si la moyenne annuelle du trafic total était, pendant trois années calendaires, inférieure à un certain tonnage ».

« cons., d'autre part, que la circonstance que les événements d'Algérie auraient perturbé l'activité de la société requérante ne saurait en tout état de cause constituer un cas de force

majeure de nature à exonérer ladite société du respect de ses obligations contractuelles, alors que ces événements ne pouvaient être regardés comme imprévisibles à la date de la passation du contrat ».

CE, 9 décembre 1932, n° 89655, Compagnie des tramways de Cherbourg

« Considérant que, au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat, il appartient au concédant de prendre les mesures nécessaires pour que le concessionnaire puisse assurer la marche du service public dont il a la charge, et notamment de lui fournir une aide financière pour pourvoir aux dépenses extracontractuelles afférentes à la période d'imprévision, mais que cette obligation ne peut lui incomber que si le bouleversement du contrat présente un caractère temporaire ; que, au contraire, dans le cas où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais des contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable ; que, dans cette hypothèse, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire ».

Article L3136-3

Lorsque le contrat de concession est un contrat administratif, l'autorité concédante peut le résilier :

1° En cas de faute d'une gravité suffisante du concessionnaire ;

2° Pour un motif d'intérêt général, conformément aux dispositions du 5° de l'article L. 6.

Résilier pour un motif d'intérêt général

CE, 26 mars 2018, n° 401060, Société Balineau

« Lorsque le juge est saisi d'une demande d'indemnisation du manque à gagner résultant de la résiliation unilatérale d'un marché public pour motif d'intérêt général, il lui appartient, pour apprécier l'existence d'un préjudice et en évaluer le montant, de tenir compte du bénéfice que le requérant a, le cas échéant, tiré de la réalisation, en qualité de titulaire ou de sous-traitant d'un nouveau marché passé par le pouvoir adjudicateur, de tout ou partie des prestations qui lui avaient été confiées par le marché résilié.

Dans l'hypothèse où, à la date à laquelle le juge statue sur le litige relatif à la résiliation, il résulte de l'ensemble des circonstances particulières de l'espèce que, alors même qu'il n'a pas exécuté de telles prestations dans les conditions mentionnées ci-dessus ou que leur exécution n'est pas en cours, **le titulaire du marché résilié est susceptible d'être chargé, dans un délai raisonnable, de tout ou partie de ces prestations à l'occasion d'un nouveau marché, il appartient au juge de surseoir à statuer sur l'existence et l'évaluation du préjudice né de la résiliation ».**

CE, 27 février 2015, n°357028, Commune de Béziers

« Une convention conclue entre deux personnes publiques relative à l'organisation du service public ou aux modalités de réalisation en commun d'un projet d'intérêt général ne peut faire l'objet d'une résiliation unilatérale que si un motif d'intérêt général le justifie, notamment en cas de bouleversement de l'équilibre de la convention ou de disparition de sa cause. En revanche, la seule apparition, au cours de l'exécution de la convention, d'un déséquilibre dans les relations entre les parties n'est pas de nature à justifier une telle résiliation »

CE, 7 mai 2013, n°365043, Société auxiliaire de parcs de la région parisienne

« Eu égard à l'impératif d'ordre public imposant de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation, **la nécessité de mettre fin à une convention dépassant la durée prévue par la loi d'une délégation de service public constitue un motif**

d'intérêt général justifiant sa résiliation unilatérale par la personne publique, sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge ».

CE, 19 décembre 2012, n° 350341, Société AB Trans

« Considérant, toutefois, que si les principes généraux applicables aux contrats administratifs permettent aux personnes publiques, sans qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle ne le prévoient, de résilier un contrat pour un motif d'intérêt général, sous réserve de l'indemnisation du préjudice éventuellement subi par le cocontractant, ces mêmes principes ne s'opposent pas à ce que **des stipulations contractuelles écartent, comme en l'espèce, tout droit à indemnisation en cas de résiliation du contrat par la personne publique** ».

CAA Douai, 29 novembre 2011, n° 10DA00608, Foure Lagadec Aviation

« Considérant, d'autre part, que la **volonté d'assurer une meilleure exploitation du domaine public**, notamment en percevant des redevances auprès d'occupants du domaine public bénéficiant antérieurement de sous-locations non autorisées, fait partie des motifs d'intérêt général pouvant justifier qu'il soit mis fin à un contrat d'occupation du domaine public avant son terme ».

CE, 4 mai 2011, n° 334280, Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes

« En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, l'autorité concédante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier un contrat de concession, sous réserve des droits à indemnité du concessionnaire. L'étendue et les modalités de cette indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le concessionnaire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé ; que ce principe, découlant de l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités, ne s'appliquant pas aux personnes privées, **rien ne s'oppose à ce que des stipulations prévoient une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi par le cocontractant privé de l'administration** ».

CE, 19 janvier 2011, n°323924, Commune de Limoges

« Considérant qu'ainsi qu'il a été dit, il était loisible à la COMMUNE DE LIMOGES d'adopter un nouveau mode de gestion de l'activité d'hôtellerie et de restauration jusqu'alors exercée dans le cadre de la convention d'occupation du domaine public conclue avec la société Albatros ; que **l'intention de la commune de soumettre le futur exploitant de l'activité d'hôtellerie et de restauration à des obligations de service public tenant notamment aux horaires et jours d'ouverture de l'établissement constituait un motif d'intérêt général suffisant pour décider la résiliation la convention d'occupation du domaine public** conclue avec la société Albatros » ;

CE, 21 décembre 2007, Région Limousin et autres

« Considérant que les régions requérantes ont signé le 21 février 2001 un protocole d'accord avec l'Etat, puis, le 13 novembre 2001, avec l'Etat, la Société nationale des chemins de fer français (SNCF) et Réseau ferré de France (RFF), une convention-cadre dont l'objet est le financement et la réalisation de la modernisation de la liaison ferrée Paris-Orléans-Limoges-Toulouse et de la mise en service de six rames de TGV rendues pendulaires ; qu'elles ont signé le même jour avec les mêmes partenaires une convention relative au financement et à la réalisation de l'étude d'avant-projet détaillé ; qu'elles ont enfin signé avec l'Etat le 12 septembre 2002 une convention relative au financement du contrôle externe ; que si le protocole d'accord du 21 février 2001, qui ne fixe qu'un objectif et prévoit sa concrétisation par des conventions ultérieures, constitue une simple déclaration commune d'intention sans portée juridique, les trois conventions signées les 13 novembre 2001 et 12 septembre 2002 présentent en revanche le caractère de contrats susceptibles de mettre en jeu la responsabilité contractuelle de l'Etat ».

« Considérant que **si l'Etat a pu mettre fin unilatéralement à ses engagements contractuels pour un motif d'intérêt général, eu égard notamment au coût élevé et à la faible rentabilité socio-économique du projet de liaison par rames pendulaires, ses co-contractants sont toutefois en droit d'obtenir réparation du préjudice résultant de la résiliation unilatérale de ces contrats**

particuliers par l'Etat, même en l'absence de toute faute de ce dernier, dès lors qu'aucune stipulation contractuelle n'y fait obstacle ».

CE, 8 juillet 2005, n°259615, JEDJIGA

« Considérant qu'aucune disposition du décret du 15 février 1988 pris par l'application de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale ne distingue, entre les vacataires et les contractuels, quant à la possibilité qu'a l'administration de résilier à tout moment le contrat d'un agent non titulaire pour un motif d'intérêt général ; que, dès lors, tant le moyen tiré de l'erreur de qualification juridique qu'aurait commise la cour en jugeant que Mme X était une vacataire et non une contractuelle, que celui, tiré de ce que la cour aurait dénaturé les termes de l'arrêté du 4 juillet 1991 pour reconnaître à l'intéressée la qualité de vacataire, sont inopérants et doivent, par suite, être écartés ;

Considérant qu'en jugeant, par un arrêt suffisamment motivé et exempt de dénaturation, que **l'intérêt du service reposant sur des motifs budgétaires et scientifiques pouvait justifier qu'il soit mis fin, avant le terme de six ans, aux fonctions de Mme X, la cour n'a pas omis de répondre au moyen tiré de ce que la requérante bénéficiait d'un contrat à durée déterminée de six ans et non d'un régime de vacances** ».

CE, 31 juillet 1996, n°126594, Société des téléphériques du Mont Blanc

« Il appartient à l'autorité concédante, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire, de mettre fin avant son terme à un contrat de concession, dès lors qu'il existe des motifs d'intérêt général justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service soit abandonnée ou établie sur des bases nouvelles. Elle peut user de cette faculté alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle, n'en a organisé l'exercice. La cession de 74 % des actions de la société titulaire d'une concession de remontées mécaniques attribuée par une commune à une société d'économie mixte contrôlée par une commune limitrophe autorisait la commune concédante, à cause des risques de conflits d'intérêt qu'elle entraînait, à regarder son **co-contractant comme ne présentant plus les garanties au vu desquelles la concession lui avait été attribuée, et, pour ce motif d'intérêt général, à prononcer la résiliation de cette concession** ».

CE, 2 février 1987, n° 81131 n°82432 n°82437 et n°82443, Société TV6

« S'il appartient à l'autorité concédante, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire, de mettre fin avant son terme, à un contrat de concession, **elle ne peut ainsi rompre unilatéralement ses engagements que pour des motifs d'intérêt général** justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service concédé doit être abandonnée ou établie sur des bases nouvelles ».

CE, 6 mai 1985, n° 41589 41699, Association Eurolat

« [...] l'une de ces **clauses interdisait la résiliation du bail** avant le remboursement complet du prêt accordé par le Crédit foncier de France, sauf accord de cet établissement bancaire, auquel devait être consentie par l'Association une hypothèque sur les immeubles qu'elle devait construire, et alors même que ledit établissement aurait refusé de se substituer pour la gestion du service à l'exploitant défaillant ; que ces **clauses, incompatibles** avec les principes de la domanialité publique **avec les nécessités du fonctionnement d'un service public, doivent être regardées comme nulles** ».

CE, 22 janvier 1965, n° 59122, Sté des établissements Michel Aubrun

« le concédant n'est, en cas de résiliation unilatérale d'un marché pour des **motifs d'ordre technique**, tenu à aucune réparation à l'égard d'un sous-traitant travaillant avec le co-contractant en vertu d'un sous-traité que le concédant n'a pas approuvé, la circonstance que le co-contractant ait confié au sous-contractant l'exécution d'une partie des travaux ne saurait le priver de la faculté de réclamer au concédant une indemnité de résiliation comprenant la totalité du préjudice subi par lui du

fait de l'interruption de ces travaux, c'est-à-dire couvrant le remboursement pour l'ensemble des travaux y compris ceux qui ont été sous-traités, des frais effectivement engagés et des gains que le co-contactant pouvait normalement escompter de la réalisation de ces travaux, dans la limite des sommes qui lui auraient été dues si il n'avait pas sous-traité une partie des travaux ».

CE, 23 mai 1962, n° 41178, Ministre des Finances et des Affaires économiques c. Société financière d'exploitations industrielles

« Considérant qu'en l'absence de toute faute de sa part, l'entrepreneur a **droit à la réparation intégrale du préjudice** résultant pour lui de la résiliation anticipée du contrat, y compris la **totalité du manque à gagner, compte tenu du montant des travaux garantis par ledit contrat et non exécutés** ; que ce manque à gagner doit être apprécié au moment de la résiliation selon les prix en vigueur à cette date ».

Article L3136-4

Lorsqu'un opérateur économique est, au cours de l'exécution d'un contrat de concession, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux articles L. 3123-1 à L. 3123-5 et aux articles L. 3123-7 à L. 3123-13, l'autorité concédante peut résilier le contrat de concession pour ce motif.
L'opérateur informe sans délai l'autorité concédante de ce changement de situation.
Toutefois, l'autorité concédante ne peut prononcer la résiliation du contrat de concession lorsque l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce, à condition qu'elle ait été informée sans délai de son changement de situation.

Procédure de redressement judiciaire

Article L. 631-1 du code de commerce

« Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements.
La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30 ».

Instruction ministérielle n° 12-005-M0 du 26 janvier 2012

« Lorsqu'une entreprise titulaire d'un contrat fait l'objet d'une mesure de redressement judiciaire, la personne publique doit adresser une mise en demeure à l'administrateur, qui dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer sur la poursuite du marché en cours (article L. 622-13 du Code de commerce). Si l'administrateur judiciaire se prononce pour la continuation du contrat, la personne publique ne peut, sans commettre de faute, procéder à sa résiliation de manière unilatérale sauf motif d'intérêt général caractérisé ».

CE, 24 octobre 1990, n° 87327, Régie immobilière de la Ville de Paris

« Considérant que par un jugement du 2 mai 1985, le tribunal de commerce de Poitiers a prononcé le règlement judiciaire de la Société des Etablissements Serge et Roger Louis ; que si l'article 44-3 du cahier des clauses administratives générales applicable au marché en cause stipule qu'"en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de l'entrepreneur, la résiliation est prononcée, sauf si dans le mois qui suit la décision de justice intervenue, le syndic décide de poursuivre l'exécution du marché. La résiliation, si elle est prononcée, prend effet à la date de la décision du syndic de renoncer à poursuivre l'exécution du marché ou de l'expiration du délai d'un mois ci-dessus", la fixation de ce délai d'un mois est illégale comme n'étant pas prévue par les dispositions de la loi du 13 juillet 1967 ; que par une lettre du 27 mai 1983, le syndic au règlement judiciaire de la Société Louis a fait connaître à la Régie immobilière de la ville de Paris son intention de poursuivre

l'exécution du marché ; qu'ainsi et alors même qu'il aurait simultanément demandé l'ouverture de discussions sur la fixation d'un nouveau prix pour les travaux déjà exécutés, le syndic ne peut être regardé comme ayant renoncé à poursuivre l'exécution du marché ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin de statuer sur le caractère solidaire ou conjoint de groupement des Sociétés Louis et Ziller Technik, la résiliation du marché de la Société Louis et la mise en régie aux frais de Ziller Technik étaient irrégulières et ne sauraient ouvrir droit à une indemnisation au profit de la Régie immobilière de la ville de Paris ni au titre du marché de substitution passé avec la société Baudin-châteauneuf ni au titre d'un prétendu préjudice ; »

CE, 20 juillet 1988, Sté industrielle nantaise des techniques appliquées du bâtiment

« Considérant qu'aux termes de l'article 38 de la loi susvisée du 13 juillet 1967 : "le syndic conserve en cas de règlement judiciaire la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours" ; Considérant que, par un jugement du 1er février 1979, le tribunal de commerce de Nantes a prononcé le règlement judiciaire de la société INDUSTRIELLE NANTAISE DES TECHNIQUES APPLIQUEES DU BATIMENT (S.I.N.T.A.B.) ; que si l'article 47-3 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés de travaux publics dispose qu'"en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, la résiliation est prononcée, sauf si dans le mois qui suit la décision de justice intervenue, le syndic décide de poursuivre l'exécution du marché", la fixation de ce délai d'un mois est illégal comme n'étant pas prévue par les dispositions de la loi du 13 juillet 1967 ; que si, par une lettre du 16 mai 1979, l'office d'H.L.M. de la ville d'Angers a demandé au syndic de la société INDUSTRIELLE NANTAISE DES TECHNIQUES APPLIQUEES DU BATIMENT (S.I.N.T.A.B.) de lui faire connaître s'il était en mesure d'exécuter les travaux de plâtrerie qui avaient été attribués à la société par le marché passé pour la construction de 161 logements et qui avaient fait l'objet de l'ordre de service du 10 décembre 1978, il résulte de l'instruction que le 19 juin 1979, date à laquelle l'office a averti le syndic de la résiliation sans indemnité du marché, le syndic de la société n'avait pas répondu à la lettre du 16 mai 1979 ; que, dans ces conditions, l'office était en droit, à cette date, de prendre la mesure contestée ; qu'ainsi la société INDUSTRIELLE NANTAISE DES TECHNIQUES APPLIQUEES DU BATIMENT (S.I.N.T.A.B.) et son syndic, Me Collet, ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nantes a rejeté leur demande d'indemnité ».

Article L3136-5

Lorsqu'un contrat de concession n'aurait pas dû être attribué à un opérateur économique en raison d'un **manquement grave** aux obligations prévues par le droit de l'Union européenne en matière de contrats de concession qui a été reconnu par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre de la procédure prévue à l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'autorité concédante peut le résilier.

Manquement grave

Article 44 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession

« Les États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices aient la possibilité, dans les conditions déterminées par le droit national applicable, de résilier une concession en cours lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

- a) une modification de la concession a eu lieu, laquelle aurait requis une nouvelle procédure d'attribution de concession conformément à l'article 43;
- b) le contractant se trouvait, lors de l'attribution du contrat, dans une des situations visées à l'article 38, paragraphe 4, et aurait dès lors dû être exclu de la procédure d'attribution de concession;
- c) **la Cour de justice de l'Union européenne estime, dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qu'un État membre a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des traités parce qu'un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice appartenant à cet État membre a attribué la concession en question sans respecter les obligations qui lui incombent en vertu des traités et de la présente directive ».**

Article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

« Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne ».

Article L3136-6

L'autorité concédante peut résilier le contrat de concession lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification qui méconnaîtrait les dispositions du chapitre V du présent titre.

Modification**Article 44 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession**

« Les États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices aient la possibilité, dans les conditions déterminées par le droit national applicable, de résilier une concession en cours lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

a) **une modification de la concession a eu lieu, laquelle aurait requis une nouvelle procédure d'attribution de concession conformément à l'article 43 ».**

CE, 15 nov. 2017, n°409728, 409799, Commune d'Aix-en-Provence et SEMEPA

« Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, par une convention conclue le 9 juin 2016, la commune d'Aix-en-Provence et la SEMEPA ont entendu résilier la convention relative à la concession de la gestion du service public du stationnement payant sur voirie et de l'exploitation de sept parcs de stationnement publics du 29 décembre 1986 en tant qu'elle concerne l'exploitation des ouvrages hors voirie Bellegarde, Cardeurs, Carnot, Méjanès, Mignet, Pasteur et Signoret ainsi que la convention de délégation de service public du 24 octobre 2003 conclue pour l'exploitation du parc de La Rotonde.

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la convention conclue le 29 décembre 1986 entre la commune d'Aix-en-Provence et la SEMEPA, qui avait pour objet de concéder la gestion du service public du stationnement hors voirie et du service public du stationnement sur voirie, constituait, du fait notamment des conditions de son équilibre financier, un ensemble unique ; **que, alors même que la commune d'Aix-en-Provence et la SEMEPA ont déclaré procéder à la " résiliation partielle " de cette convention, la convention du 9 juin 2016 avait pour objet la modification du contrat de concession initial ; que cette modification doit être regardée, eu égard à son ampleur, comme changeant la nature globale du contrat initial ;** qu'elle introduit, en outre, des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu attirer davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ; que, par suite, le moyen soulevé par le préfet tiré de ce que cette modification de la convention conclue le 29 décembre 1986 est intervenue en méconnaissance des règles de modification des contrats de concession est de nature à créer un doute sérieux sur sa validité ».

Section 2 - Modalités particulières d'indemnisation du concessionnaire**Article L3136-7**

En cas d'annulation ou de résiliation du contrat de concession par le juge, faisant suite au recours d'un tiers, le concessionnaire peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'autorité concédante.

D'annulation ou de résiliation du contrat de concession par le juge, faisant suite au recours d'un tiers**CE, 4 avril 2014, n°358994, Tarn et Garonne**

« Considérant qu'indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles ; que cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité ; que les requérants peuvent éventuellement assortir leur recours d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; que la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini ; que, toutefois, dans le cadre du contrôle de légalité, le représentant de l'Etat dans le département est recevable à contester la légalité de ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la conclusion du contrat, date à laquelle les recours déjà engagés et non encore jugés perdent leur objet ;

Considérant que le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini ; que les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ;

Considérant que, saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences ; qu'ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat ; qu'en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci ; qu'il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés ».

CE, 16 juillet 2010, n° 291545, TROPIC

« Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; qu'à partir de la conclusion du contrat, et

dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ;

Considérant que, ainsi saisi de telles conclusions par un concurrent évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ; que, par ailleurs, une requête contestant la validité d'un contrat peut être accompagnée d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son exécution ;

Considérant qu'il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours ; que toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date ».

Indemnisation des dépenses utiles à l'autorité concédante

CE, 9 mars 2018, n°406669 – Société GSN-DSP

« Considérant que le co-contractant de l'administration dont le contrat a été annulé par le juge peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, **au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé** ; que, dans le cas où le contrat a été annulé en raison d'une faute de l'administration, le co-contractant peut en outre, sous réserve du partage de responsabilités découlant le cas échéant de ses propres fautes, prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute de l'administration ; qu'à ce titre il peut demander le paiement des sommes correspondant aux autres dépenses exposées par lui pour l'exécution du contrat et aux gains dont il a été effectivement privé par son annulation, notamment du bénéfice auquel il pouvait prétendre, si toutefois l'indemnité à laquelle il a droit sur un terrain quasi-contractuel ne lui assure pas déjà une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée ; que, saisi d'une demande d'indemnité sur ce fondement, il appartient au juge d'apprécier si le préjudice allégué présente un caractère certain et s'il existe un lien de causalité direct entre la faute de l'administration et le préjudice ».

« Considérant que si le régime juridique applicable à l'indemnisation des frais financiers a été précisé par les dispositions du I de l'article 56 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, il résulte de l'article 78 de la même ordonnance que ces dispositions ne s'appliquent que lorsque l'annulation, la résolution ou la résiliation d'un contrat résulte d'une décision juridictionnelle intervenue à compter du 31 janvier 2016, lendemain du jour de la publication de l'ordonnance ».

CE 7 déc. 2012, Commune de Castres, n° 351752

« que pour condamner la commune à indemniser la société des dépenses utiles à la commune, elle a commis une deuxième **erreur de droit** en faisant **reposer sur la commune la charge de la preuve de l'inutilité de ces dépenses** ; qu'elle a commis une troisième erreur de droit et une erreur de qualification juridique des faits en estimant que la **société pouvait obtenir le remboursement des dépenses utiles sans tenir compte des fautes particulièrement graves qu'elle avait commises, lesquelles révélaient un manquement au principe de loyauté** »

« qu'en estimant que l'affectation au budget général de la commune des sommes versées par la société ne faisait pas obstacle à ce que la trésorerie ainsi apportée soit regardée comme utile à la

commune, alors que **l'utilité de la dépense doit être appréciée par rapport au service concerné, elle a commis une cinquième erreur de droit** ».

CE, 16 novembre 2005, n° 262360 - M. Auguste et Commune de Nogent-sur-Marne

« Considérant que le cocontractant de l'administration dont le contrat est entaché de nullité peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, **au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé** ».

« dans le cas où le contrat en cause est une concession de service public, il peut notamment, à ce titre, demander à être **indemnisé de la valeur non amortie, à la date à laquelle les biens nécessaires à l'exploitation du service font retour à l'administration, des dépenses d'investissement qu'il a consenties**, ainsi que du **déficit** qu'il a, le cas échéant, supporté à raison de cette exploitation, compte tenu notamment des **dotations aux amortissements** et des **frais afférents aux emprunts éventuellement contractés pour financer les investissements**, pour autant toutefois qu'il soit établi, au besoin après expertise, que ce **déficit était effectivement nécessaire, dans le cadre d'une gestion normale, à la bonne exécution du service** ».

Article L3136-8

Parmi les dépenses mentionnées à l'article L. 3136-7 figurent, s'il y a lieu, les frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat y compris, le cas échéant, les coûts pour le concessionnaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat.

La prise en compte des frais liés au financement est subordonnée à la mention, dans les annexes du contrat de concession, des principales caractéristiques des financements à mettre en place pour les besoins de l'exécution de la concession.

Article L3136-9

Lorsqu'une clause du contrat de concession fixe les modalités d'indemnisation du concessionnaire en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat de concession par le juge, elle est réputée **divisible** des autres stipulations du contrat.

Divisible

CE, 4 mai 2011, n° 334280, chambre de commerce et d'industrie de Nîmes

« En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, l'autorité concédante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier un contrat de concession, sous réserve des droits à indemnité du concessionnaire. L'étendue et les modalités de cette indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le concessionnaire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé ; que ce principe, découlant de l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités, ne s'appliquant pas aux personnes privées, **rien ne s'oppose à ce que des stipulations prévoient une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi par le cocontractant privé de l'administration** ».

« que, dès lors, en se fondant, pour statuer sur les conclusions de la CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE NIMES, UZES, BAGNOLS, LE VIGAN relatives à l'indemnisation de la valeur des investissements financés sur ses fonds propres, sur un principe selon lequel les stipulations contractuelles ne pouvaient avoir pour effet, quel que soit le statut du cocontractant de l'administration, soit d'exclure toute indemnisation de celui-ci, soit de prévoir une indemnisation manifestement disproportionnée par rapport au préjudice subi, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit ;

Considérant, toutefois, que la chambre de commerce et d'industrie est un établissement public ; que le contrat qu'elle a souscrit ne pouvait dès lors, en application du principe énoncé ci-dessus, prévoir une indemnisation manifestement disproportionnée par rapport à son préjudice ; que ce motif, dont

l'examen n'implique l'appréciation d'aucune circonstance de fait, doit être substitué au motif erroné retenu par l'arrêt attaqué, dont il justifie sur ce point le dispositif ».

CE, 19 Décembre 2007, n° 260327, Société Sogeparc-CGST-Compagnie générale de stationnement

« Considérant que, pour le juge du contrat, la nullité du contrat est une question d'ordre public ; que, par suite, lorsqu'il constate la nullité de certaines stipulations du contrat, il appartient à ce juge de s'interroger, le cas échéant d'office, sur le point de savoir si ces stipulations sont ou non divisibles du contrat afin de déterminer si leur nullité entraîne ou non celle de l'ensemble du contrat ».

Article L3136-10

Lorsque la personne publique concédante résilie avant son terme normal le contrat de concession de travaux ou le contrat concédant un service public, le concessionnaire a droit à l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens, à titre gratuit, dans le patrimoine de la personne publique s'ils n'ont pas été totalement amortis, dans les conditions suivantes :

1° Lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, l'indemnité à laquelle peut prétendre le concessionnaire est égale à la valeur nette comptable des biens ;

2° Lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation supérieure à la durée du contrat, l'indemnité à laquelle peut prétendre le concessionnaire est égale à la valeur nette comptable des biens telle qu'elle résulterait de leur amortissement sur la durée du contrat.

L'indemnité à la charge de la personne publique ne saurait excéder le montant calculé au titre des alinéas précédents.

Chapitre VII - Règlement alternatif des différends

Section 1 - Conciliation et médiation

Article L3137-1

Les parties à un contrat administratif peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur dans les conditions fixées par les chapitres Ier et II du titre II du livre IV du code des relations entre le public et l'administration.

Article L3137-2

Les parties à un contrat de concession de droit privé peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur dans les conditions fixées par les dispositions du chapitre Ier du titre VI du livre Ier et du chapitre II du titre Ier du livre V du code de procédure civile.

Section 2 - Transaction

Article L3137-3

Les parties à un contrat de concession peuvent recourir à une transaction ainsi que le prévoit l'article 2044 du code civil.

Section 3 - Arbitrage

Article L3137-4

Ainsi qu'en dispose le premier alinéa de l'article 2060 du code civil, les autorités concédantes qui sont des personnes morales de droit public ne peuvent recourir à l'arbitrage, sauf dans les cas prévus par la loi, notamment ceux mentionnés par l'article L. 311-6 du code de justice administrative.

Article L3137-5

Le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant des personnes privées dans l'exécution des contrats de concession est possible dans les conditions définies par le livre IV du

code de procédure civile.

Livre II - AUTRES CONTRATS DE CONCESSION

Article L3200-1

Sans préjudice de dispositions législatives spéciales, les catégories de contrats de concession mentionnées au titre Ier du présent livre sont soumises aux règles particulières définies au titre II. Les dispositions du présent livre ne s'appliquent pas aux contrats de concession relevant de l'article 5, paragraphe 3 du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route modifié.

Article R3200-1

Les dispositions du présent livre ne s'appliquent pas aux contrats de concession relevant de l'article 5, paragraphe 3 du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route.

Titre Ier - CHAMP D'APPLICATION

Chapitre Ier - Relations internes au secteur public

Section 1 - Quasi-régie

Article L3211-1

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession conclus par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, avec une personne morale de droit public ou de droit privé lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;

2° La personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées soit par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, soit par d'autres personnes morales que celui-ci contrôle, soit par ce pouvoir adjudicateur et d'autres personnes morales qu'il contrôle ;

3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

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

Fiche DAJ, Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public

CE, 14 nov. 2018, n° 405628, Préfet du Puy-de-Dôme

« Il résulte de la combinaison des articles L. 1531-1, L. 1521-1 et L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales (CGCT) que, hormis le cas, prévu par l'article L. 1521-1 du CGCT, où l'objet social de la société s'inscrit dans le cadre d'une compétence que la commune n'exerce plus du fait de son transfert, après la création de la société, à un établissement public de coopération intercommunale, la participation d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales à une société publique locale (SPL), qui lui confère un siège au conseil d'administration ou au conseil de surveillance et a nécessairement pour effet de lui ouvrir droit à participer au vote des décisions prises par ces organes, est exclue lorsque cette collectivité territoriale ou ce groupement de collectivités territoriales n'exerce pas l'ensemble des compétences sur lesquelles porte l'objet social de la société ».

Contrôle analogue

CJCE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal

« La directive 93/36, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, ce qui n'est pas le cas dans l'hypothèse où, à la fois, **la collectivité territoriale exerce sur la personne juridiquement distincte d'elle un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services** et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non ».

CJCE, 11 janvier 2005, C-26/03, Stadt Halle

« Conformément à la jurisprudence de la Cour, il n'est pas exclu qu'il puisse y avoir d'autres circonstances dans lesquelles l'appel à la concurrence n'est pas obligatoire même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Il en est ainsi dans l'hypothèse où l'autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, exerce sur l'entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent (voir, en ce sens, arrêt Teckal, précité, point 50). Il convient de rappeler que, dans le cas précité, l'entité distincte était entièrement détenue par des autorités publiques. En revanche, **la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.**

Il faut, à cet égard, relever tout d'abord que le rapport entre une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. En revanche, tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente ».

Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession

« Toutefois, **eu égard aux caractéristiques particulières des organismes publics à adhésion obligatoire, tels que les organisations chargées de la gestion ou de l'exécution de certains services publics, cette règle [l'interdiction de toute participation de capitaux privés au sein de la personne contrôlée] ne devrait pas s'appliquer dans les cas où la participation d'opérateurs économiques privés spécifiques dans le capital de la personne morale contrôlée est rendue obligatoire par des dispositions législatives nationales en conformité avec les traités, à condition que cette participation ne donne pas une capacité de contrôle ou de blocage et ne confère pas une influence décisive sur les décisions de la personne morale contrôlée.** Il convient en outre de préciser que la participation privée directe dans le capital de la personne morale contrôlée constitue le seul élément déterminant.

Par conséquent, le fait que le ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle ou la ou les entités adjudicatrices de contrôle comportent une participation de capitaux privés ne fait pas obstacle à l'attribution de contrats publics à la personne morale contrôlée, sans appliquer les procédures prévues par la présente directive, étant donné que ces participations ne nuisent pas à la concurrence entre les opérateurs économiques privés ».

CJUE, 13 juin 2013, C-386/11

« Un contrat tel que celui en cause au principal, par lequel, sans instaurer une coopération entre les entités publiques contractantes en vue de la mise en œuvre d'une mission de service public commune, une entité publique confie à une autre entité publique la mission de nettoyer certains bâtiments à usage de bureaux, de locaux administratifs et d'établissements scolaires, tout en se réservant le pouvoir de contrôler la bonne exécution de cette mission, moyennant une compensation financière censée correspondre aux coûts engendrés par la réalisation de ladite mission, la seconde entité étant en outre autorisée à recourir à des tiers ayant éventuellement la capacité d'agir sur le

marché pour l'accomplissement de cette mission, constitue un marché public de services au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous d), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ».

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

« Il résulte des dispositions des articles L. 300-4 (deuxième alinéa) et L. 300-5-2 du code de l'urbanisme qu'une collectivité territoriale peut concéder la réalisation d'opérations d'aménagement à une société publique locale d'aménagement (SPLA), créée sur le fondement de l'article L. 327-1 du même code et qui ne peut dès lors exercer son activité que pour le compte de ses actionnaires et sur leur territoire, sans publicité ni mise en concurrence préalables, à la condition que cette collectivité exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Pour être regardée comme exerçant un tel contrôle sur cette société, conjointement avec la ou les autres personnes publiques également actionnaires, cette collectivité doit non seulement participer au capital mais également aux organes de direction de cette société...»²) Cas d'une commune détenant 1,076% du capital de la SPLA et qui, d'une part, ne dispose pas d'un représentant propre au sein de son conseil d'administration, alors que cette instance, principal organe de direction de la société, approuve les concessions d'aménagement et n'y a voix délibérative que de façon indirecte, par l'intermédiaire d'un représentant commun des petits actionnaires, d'autre part, ne peut seule requérir l'inscription d'un projet à l'ordre du jour et, enfin, n'est directement représentée qu'au sein d'organes ne disposant pas de pouvoir décisionnaire en matière d'exécution des concessions d'aménagement confiées à la société. Pas d'erreurs de droit ni de qualification juridique à avoir estimé que la commune ne pouvait pas être regardée comme participant, de façon effective, aux organes de direction de la société ni, par suite, comme exerçant sur elle, même conjointement avec les autres actionnaires, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Exclusion du bénéfice de la dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme prévue par l'article L. 300-5-2 du même code ».

CJCE, 17 juillet 2008, C-371/05, Commission/Italie

« Il en résulte que ladite commune avait la **faculté d'influencer de manière déterminante tant les objectifs stratégiques que les décisions importantes** d'ASI par la désignation des membres des organes de direction de cette société et d'un fonctionnaire communal chargé d'orienter et de contrôler l'action de celle-ci. Ladite faculté suffit à caractériser l'existence d'un **pouvoir de contrôle structurel et fonctionnel** de la commune de Mantoue sur ladite société analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, de sorte que la première condition posée par la Cour au point 50 de l'arrêt Teckal, précité, est remplie ».

CJCE, 11 mai 2006, C-340/04, Carbotermo et Consorzio Alisei

« Pour apprécier si le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, il convient de **tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes.** Il doit résulter de cet examen que la société adjudicataire est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions de ladite société. Il doit s'agir d'une **possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société.**

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

Article L3211-2

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession conclus par une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, avec :

1° Soit le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, y compris lorsque ce contrôle est exercé conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, dans les conditions fixées à l'article L. 3211-3 ;

2° Soit une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale à laquelle est attribué le contrat de concession ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Article L3211-3

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession conclus par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, qui n'exerce pas sur une personne morale un contrôle dans les conditions prévues à l'article L. 3211-1, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services ;

2° La personne morale réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs ;

3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Article L3211-4

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

1° Les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ;

2° Ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée ;

3° La personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

Contrôle conjoint

CJUE, 29 nov. 2012, C-182/11, Econord SpA,

Lorsque plusieurs autorités publiques, en leur qualité de pouvoir adjudicateur, établissent en commun une entité chargée d'accomplir leur mission de service public ou lorsqu'une autorité publique adhère à une telle entité, la condition établie par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle ces autorités, afin d'être dispensées de leur obligation d'engager une procédure de passation de marchés publics selon les règles du droit de l'Union, doivent exercer conjointement sur cette entité un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services est remplie lorsque chacune de ces autorités participe tant au capital qu'aux organes de direction de ladite entité.

CJCE, 13 novembre 2008, C-324/07, Coditel Brabant SA

« Dans le cas où plusieurs autorités publiques détiennent une entité concessionnaire à laquelle elles confient l'accomplissement d'une de leurs missions de service public, le contrôle que ces autorités publiques exercent sur cette entité peut être exercé conjointement par ces dernières ».

Article L3211-5

Le pourcentage d'activités mentionné à la présente section est déterminé en prenant en compte le chiffre d'affaires total moyen ou tout autre paramètre approprié fondé sur les activités, tel que les coûts supportés, au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du contrat de concession.

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

Section 2 - Coopération entre pouvoirs adjudicateurs

Article L3211-6

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession par lesquels les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, établissent ou mettent en œuvre une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° La mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général ;

2° Les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération.

Ce pourcentage d'activités est déterminé dans les conditions fixées à l'article L. 3211-5.

Coopération

Fiche DAJ, Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public, p. 5-6

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

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

Considérations d'intérêt général

Fiche DAJ, Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public, p. 6

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

Section 3 - Contrats de concession attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée

Article L3211-7

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession qui, d'une part, sont conclus par une entité adjudicatrice avec une entreprise liée ou par un organisme exclusivement constitué par plusieurs entités adjudicatrices en vue de réaliser une ou plusieurs activités d'opérateur de réseau avec une entreprise liée à l'une de ces entités adjudicatrices et, d'autre part, présentent les caractéristiques suivantes :

1° S'agissant des contrats de concession de services lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du contrat au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de services avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles

celle-ci est liée ;

2° S'agissant des contrats de concession de travaux lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du contrat au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de travaux avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée.

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

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

Article L3211-8

Sont des entreprises liées à une entité adjudicatrice au sens de la présente partie :

- 1° Les entreprises dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice ;
- 2° Les entreprises qui sont susceptibles d'être, directement ou indirectement, soumises à l'influence dominante de l'entité adjudicatrice au sens du deuxième alinéa de l'article L. 1212-2 ;
- 3° Les entreprises qui sont susceptibles d'exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice au même sens ;
- 4° Les entreprises qui sont soumises à l'influence dominante d'une entreprise exerçant elle-même une telle influence dominante sur l'entité adjudicatrice au même sens.

Section 4 - Contrats de concession attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise

Article L3211-9

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession conclus par un organisme constitué exclusivement par des entités adjudicatrices pour exercer une ou plusieurs des activités d'opérateur de réseaux avec l'une de ces entités adjudicatrices ainsi que les contrats de concession conclus par une entité adjudicatrice avec un tel organisme lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- 1° L'organisme a été constitué pour exercer son activité pendant une période d'au moins trois ans ;
- 2° Aux termes des statuts de cet organisme, les entités adjudicatrices qui l'ont constitué en sont membres au moins pendant la période mentionnée au 1°.

Chapitre II - Contrats de concession conclus par une autorité concédante

Section 1 - Contrats de concession conclus en application de règles internationales

Article L3212-1

Lorsqu'ils sont conclus par des autorités concédantes, sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession qui doivent être conclus selon des procédures prévues par :

- 1° Un accord international ou un arrangement administratif, conclu entre un Etat membre de l'Union européenne et un ou plusieurs Etat tiers ou une subdivision de ceux-ci, portant sur des travaux ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses parties signataires. Cet accord est communiqué à la Commission européenne ;
- 2° Une organisation internationale.

Article L3212-2

Lorsqu'ils sont conclus par des autorités concédantes, sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession qui sont conclus :

- 1° Selon la procédure propre à une organisation internationale lorsque le contrat de concession est entièrement financé par cette organisation internationale ;
- 2° Selon la procédure convenue entre une organisation internationale et un pouvoir adjudicateur, lorsque le contrat de concession est cofinancé majoritairement par cette organisation internationale.

Section 2 - Contrats de concession liés à la sécurité ou à la protection d'intérêts essentiels de l'Etat

Article L3212-3

Lorsqu'ils sont conclus par des autorités concédantes, sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige, à condition que cette sécurité ou cette protection ne puisse pas être garantie par d'autres moyens.

Section 3 - Autres contrats de concession

Article L3212-4

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession suivants :

- 1° Les services d'acquisition ou de location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ;
 - 2° Les services relatifs à la recherche et développement pour lesquels l'acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation ;
 - 3° Les services relatifs à l'arbitrage et aux autres modes alternatifs de règlement des litiges ;
 - 4° Les services financiers liés à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers définis à l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, à des services fournis par des banques centrales ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le Mécanisme européen de stabilité ;
 - 5° Les contrats d'emprunt, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers mentionnés au 4° ;
 - 6° Lorsqu'ils sont conclus avec une organisation ou une association à but non lucratif :
 - a) Les contrats de concession de services d'incendie et de secours ;
 - b) Les contrats de concession de services de protection civile ;
 - c) Les contrats de concession de services de sécurité nucléaire ;
 - d) Les contrats de concession de services ambulanciers, à l'exception de ceux ayant pour objet exclusif le transport de patients ;
 - 7° Les services juridiques suivants :
 - a) Les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires ;
 - b) Les services fournis par des administrateurs, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction ;
 - c) Les services liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique ;
 - 8° Les services qui :
 - a) Soit sont relatifs aux temps de diffusion ou à la fourniture de programmes lorsqu'ils sont attribués à des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou à des organismes de radiodiffusion ;
 - b) Soit ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion et attribués par des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou radiophonique.

Au sens du présent 8°, la notion de programme inclut le matériel pour programme à l'exclusion du matériel technique ;
 - 9° Les services d'exploitation de la loterie attribués à un opérateur économique sur la base d'un droit exclusif.
- Les dispositions instituant un tel droit exclusif sont publiées au Journal officiel de l'Union européenne ;
- 10° Les services de transport aérien basés sur l'octroi d'une licence d'exploitation au sens de l'article L. 6412-2 du code des transports.

CJUE, 6 juin 2019, aff. C-264/18, Ministerraad

« Ainsi, en ce qui concerne, en premier lieu, les services d'arbitrage et de conciliation, visés à l'article 10, sous c), de la directive 2014/24, le considérant 24 de celle-ci énonce que les organismes ou personnes fournissant des services d'arbitrage et de conciliation ainsi que d'autres modes alternatifs similaires de règlement des conflits sont sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation de marchés publics.

En effet, les arbitres et conciliateurs doivent toujours être acceptés par toutes les parties au litige et sont désignés d'un commun accord par celles-ci. Un organisme public qui lancerait une procédure de passation de marchés publics pour un service d'arbitrage ou de conciliation ne saurait, dès lors, imposer à l'autre partie l'adjudicataire de ce marché en tant qu'arbitre ou conciliateur commun.

Compte tenu de leurs caractéristiques objectives, les services d'arbitrage et de conciliation, visés à cet article 10, sous c), ne sont, partant, pas comparables aux autres services inclus dans le champ d'application de la directive 2014/24. Il s'ensuit que c'est sans porter atteinte au principe de l'égalité de traitement que le législateur de l'Union a pu, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, écarter les services visés à l'article 10, sous c), de la directive 2014/24 du champ d'application de cette dernière ».

CE, sect., 8 févr. 1991, n° 57679, Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne et autres

« Ne sauraient légalement avoir recours à ce contrat de vente de droit privé, dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage et qui échappe tant aux règles de passation, notamment aux règles de concurrence, prévues par le code des marchés, qu'au régime d'exécution des marchés de travaux publics, lorsque, comme en l'espèce, l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres ».

CAA Bordeaux, 26 mars 2013, n° 11BX01637, Garde des sceaux, min. Justice

« Il résulte de l'instruction que les contrats de location financière conclus les 19 juin 2000 et 19 février 2004, qui avaient pour objet une prestation de services bancaires, étaient soumis au code des marchés publics ».

Chapitre III - Contrats de concession conclus par un pouvoir adjudicateur**Article L3213-1**

Lorsqu'ils sont conclus par des pouvoirs adjudicateurs, sont soumis aux règles définies au titre II, les contrats de concession de services conclus avec un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, une ou plusieurs entités adjudicatrices mentionnées au 1° de l'article L. 1212-1 ou un opérateur économique lorsqu'ils bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Droit exclusif**Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, DAJ, septembre 2014, p. 14**

« Le droit exclusif peut être défini comme la situation dans laquelle est confié à une personne, par un acte législatif ou réglementaire, l'exercice d'une mission d'intérêt général. **Ce droit a pour effet de réserver à cette personne l'exercice de l'activité en cause.** En conséquence, l'acheteur public peut s'adresser à cette personne directement, c'est-à-dire sans formalité de publicité ou de mise en concurrence, pour lui demander une prestation de services. Lorsqu'un droit exclusif est confié à plusieurs opérateurs, on parle alors de droit spécial. Les conditions de validité de ces droits spéciaux sont les mêmes que celles des droits exclusifs ».

CE, 26 janvier 2007, n° 276928, Syndicat des professionnels de la géomatique

« Considérant qu'il résulte de ces stipulations que s'il est loisible aux Etats membres d'accorder à des entreprises gérant des services d'intérêt économique général des droits exclusifs pouvant faire obstacle à l'application des règles du traité relatives à la concurrence, **ces restrictions à la concurrence ne doivent pas excéder les limites de ce qui est nécessaire à l'accomplissement de leur mission particulière et doivent rester proportionnées à ces nécessités** ».

Article L3213-2

Lorsqu'ils sont conclus par des pouvoirs adjudicateurs, sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communications électroniques.

Chapitre IV - Contrats de concession conclus par une entité adjudicatrice**Article L3214-1**

Lorsqu'ils sont conclus par des entités adjudicatrices, sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession de services conclus avec un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, une ou plusieurs entités adjudicatrices mentionnées au 1° de l'article L. 1212-1 ou un opérateur économique lorsqu'ils bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les actes juridiques de l'Union établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités d'opérateur de réseau.

Article L3214-2

Lorsqu'ils sont conclus par des entités adjudicatrices, sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession conclus par les entités adjudicatrices dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans une aire géographique déterminée d'un Etat membre, lorsque la Commission européenne a reconnu que, dans cet Etat ou dans l'aire géographique concernée, cette activité est exercée sur des marchés concurrentiels dont l'accès n'est pas limité.

Chapitre V - Contrats de concession de défense ou de sécurité**Article L3215-1**

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession de défense ou de sécurité :

- 1° Présentant les caractéristiques mentionnées aux articles L. 3212-4, L. 3213-1 et L. 3213-2 ;
- 2° Pour lesquels, lorsque la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat ne peut être garantie par d'autres mesures :
 - a) L'application de la présente partie obligerait à une divulgation d'informations contraire aux intérêts essentiels de sécurité de l'Etat ;
 - b) L'attribution et l'exploitation sont déclarées secrètes ou doivent être assorties de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions nationales en vigueur ;
- 3° Conclues en vertu de la procédure propre à une organisation internationale et dans le cadre des missions de celle-ci ou qui doivent être attribués conformément à cette procédure ;
- 4° Conclues selon des règles de passation particulières prévues par un accord international ou un arrangement administratif, relatif au stationnement de troupes ou conclu entre au moins un Etat membre de l'Union européenne et au moins un Etat tiers ;
- 5° Conclues dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement mené conjointement par l'Etat et un autre Etat membre de l'Union européenne en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, de tout ou partie des phases ultérieures du cycle de vie de ce produit tel que défini au 3° de l'article L. 1113-1. Lorsque seules participent au programme des personnes relevant d'Etats membres, l'Etat notifie à la Commission européenne, au moment de la conclusion de l'accord ou de l'arrangement de coopération, la part des dépenses de recherche et développement par rapport au coût global du programme, l'accord relatif au partage des coûts ainsi que, le cas échéant, la part envisagée d'achat pour chaque Etat membre telle que définie

dans l'accord ou l'arrangement ;
 6° Passés dans un pays tiers, lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union européenne et que les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques implantés dans la zone des opérations ;
 7° Passés par l'Etat et attribués à un autre Etat ou à une subdivision de ce dernier.

Titre II - RÈGLES APPLICABLES

Chapitre unique.

Article L3221-1

Les contrats de concessions mentionnés au présent livre ne sont pas soumis aux titres I et II du livre Ier de la présente partie.

Article R3221-1

Sans préjudice de dispositions réglementaires spéciales, en application de l'article L. 3200-1, les contrats de concession mentionnés aux articles L. 3211-1 à L. 3215-1 sont soumis au régime juridique particulier défini au présent titre.

Article L3221-2

L'attribution des contrats de concession mentionnés à l'article L. 3214-1 est soumise à la publication d'un avis d'attribution dans les conditions prévues par voie réglementaire.

Article R3221-2

Pour l'application de l'article L. 3214-1, l'autorité concédante publie un avis d'attribution lorsque les conditions cumulatives suivantes sont remplies :
 1° La valeur estimée du contrat de concession est égale ou supérieure au seuil mentionné dans un avis figurant en annexe du présent code ;
 2° La législation sectorielle de l'Union européenne ne prévoit pas d'obligations de transparence pour l'attribution de ce contrat

Article L3221-3

Les dispositions des articles L. 3132-4 à L. 3132-6 s'appliquent lorsqu'il y a lieu.

Article R3221-3

Les contrats de concession mentionnés aux articles L. 3211-1 à L. 3215-1 sont soumis aux règles relatives aux délais de paiement prévues à la section 2 du chapitre III du titre III du livre Ier et à l'article R. 3114-4.

Article L3221-4 Les contrats de concession mentionnés au présent livre sont soumis aux règles relatives aux délais de paiement prévues à la section 2 du chapitre III du titre III du livre Ier.

Article D3221-4

Les dispositions des articles D. 3133-1 et D. 3133-2 sont applicables aux factures émises en exécution des contrats de concession mentionnés par les dispositions législatives des chapitres Ier à IV du titre Ier.

Article L3221-5

L'autorité concédante peut résilier un contrat de concession mentionné au présent livre, dans les conditions fixées au livre Ier.
 Elle peut résilier un contrat de droit privé mentionné au présent livre dans les conditions prévues par le code civil.

Article R. 3221-5

Les dispositions de l'article R. 3133-3 sont applicables aux factures émises en exécution des contrats de concession mentionnés par les dispositions législatives des chapitres Ier à IV du titre Ier.

Article L3221-6

Pour le règlement amiable des différends entre les parties à un contrat de concession mentionné au présent livre, les dispositions du chapitre VII du titre III du livre Ier sont applicables.

Art. L. 3221-7

Les contrats de concession mentionnés aux chapitres I à IV du titre Ier du présent livre sont soumis aux règles relatives à la facturation électronique prévues à la section 1 du chapitre III du titre III du livre Ier de la présente partie.

Livre III - DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

ANNEXE