

Instruction du 28 août 2001 pour l'application du code des marchés publics (Passation des marchés)

28/08/2001

Abrogée par la *circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du code des marchés publics*

TITRE III PASSATION DES MARCHES Chapitre Ier Organes de l'achat public

Section 1 La personne responsable du marché

Article 20

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

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

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

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

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

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

Toutefois, il convient de préciser que, dans le but d'assurer une parfaite concordance des dispositions du code général des collectivités territoriales relatives aux attributions du maire, du président du conseil général et du président du conseil régional, le projet de loi portant diverses mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier (MURCEF) prévoit de confier au président du conseil général et au président du conseil régional la compétence de conclure des marchés sans formalités préalables en raison de leur montant, par délégation du conseil général ou du conseil régional.

Cette faculté est, en effet, en l'état actuel des textes, reconnue au seul maire. Selon ce projet de loi, le président du conseil général et le président du conseil régional devraient pouvoir, par délégation de l'assemblée délibérante, être chargés, pour la durée de leur mandat, de prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés de travaux, fournitures et services, qui peuvent être passés sans formalités préalables en raison de leur montant, lorsque les crédits sont inscrits au budget.

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

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

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

20.2. La personne responsable du marché signe le marché.

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

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

20.3. La compétence du signataire.

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

20.4. Le rôle de la PRM.

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

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

20.4.1. Les fonctions communes à toutes les PRM.

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

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

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

- la publication de l'avis de préinformation ;
- le choix du mode de dévolution du marché (lots ou marché unique : art. 10) ;
- la décision de recourir aux délais d'urgence ;
- le choix de la procédure de passation du marché dans le respect des règles du code ;
- la hiérarchisation des critères et la décision d'ajouter aux critères prévus par le code des critères particuliers dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation dans les procédures autres que l'appel d'offres ;
- la publication de l'avis d'appel public à la concurrence ;
- la négociation des contrats ;
- le choix du titulaire du marché pour les marchés de l'Etat et de ses établissements publics ;
- l'attribution, sur proposition du jury, des primes dans le cas du concours ;
- l'établissement de la liste des candidats admis à remettre une offre dans les procédures de mise en concurrence simplifiée et la motivation du rejet des candidatures non retenues ;
- l'acceptation des sous-traitants éventuels ;

- l'établissement du rapport de présentation du marché.

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

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

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

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

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

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

Section 2 La commission d'appel d'offres

Article 21

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

- 1° En ce qui concerne les administrations centrales de l'Etat et les services à compétence nationale, par le ministre dont ils dépendent ;
- 2° En ce qui concerne les services déconcentrés de l'Etat, par le préfet ;
- 3° En ce qui concerne les établissements publics, par les règles propres à chaque établissement.

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

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

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

21.1. La composition et le fonctionnement de la commission.

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

La seule obligation concerne la présence du représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, membre de la commission avec voix consultative. Quelle que soit sa forme, la personne

responsable du marché doit pouvoir justifier qu'elle a bien effectué cette convocation.

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

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

Contrairement à ce qui se passe pour les marchés des collectivités territoriales, elle ne joue pour les marchés de l'Etat qu'un rôle purement administratif et consultatif décrit au chapitre III du présent titre relatif au déroulement des procédures.

Pour la personne responsable du marché, la commission d'appel d'offres est une aide à la décision.

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

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

Article 22

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

- a) Lorsqu'il s'agit d'une région, le président du conseil régional ou son représentant, président, et cinq membres du conseil élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;
- b) Lorsqu'il s'agit d'un département, le président du conseil général ou son représentant, président, et cinq membres du conseil élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;
- c) Lorsqu'il s'agit d'une commune de 3 500 habitants et plus, le maire ou son représentant, président, et cinq membres du conseil municipal élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;
- d) Lorsqu'il s'agit d'une commune de moins de 3 500 habitants, le maire ou son représentant, président, et trois membres du conseil municipal élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;
- e) Lorsqu'il s'agit d'un établissement public de coopération intercommunale ou d'un syndicat mixte, le président de cet établissement ou de ce syndicat ou son représentant, président, et un nombre de membres égal à celui prévu pour la composition de la commission de la collectivité au nombre d'habitants le plus élevé, désignés par l'assemblée délibérante de l'établissement ou du syndicat. Toutefois, si ce nombre ne peut être atteint, la commission est composée des membres de l'assemblée délibérante de l'établissement de coopération intercommunale ;
- f) Lorsqu'il s'agit d'un autre établissement public local, le représentant légal de l'établissement ou son représentant, président, et deux membres de l'organe délibérant, désignés par celui-ci.

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

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

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

III. - Pour les collectivités mentionnées aux a, b, c et d du I, l'élection des membres titulaires et des suppléants a lieu sur la même liste, sans panachage, ni vote préférentiel. Les listes peuvent comprendre moins de noms qu'il n'y a de sièges de titulaires et de suppléants à pourvoir. En cas d'égalité des restes, le siège revient à la liste qui a obtenu le plus grand nombre de suffrages. Si les listes en cause ont également recueilli le même nombre de suffrages, le siège est attribué au plus âgé des candidats susceptibles d'être proclamés élus.

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

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

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

- 1° Le comptable public ;
- 2° Un représentant du directeur départemental de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ;
- 3° Un représentant du service technique compétent pour suivre l'exécution des travaux ou effectuer le contrôle de conformité lorsque la réglementation impose le concours d'un tel service ou lorsque le marché porte sur des travaux subventionnés par l'Etat ;
- 4° Des personnalités désignées par le président de la commission en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de l'appel d'offres ;
- 5° Dans le cas des établissements publics de santé et des établissements publics médico-sociaux, un représentant du directeur départemental des affaires sanitaires et sociales.

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

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

compris les établissements publics de santé et médico-sociaux.

22.1. Composition de la commission.

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

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

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

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

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

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

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

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

22.2. Rôle de la commission.

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

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

Article 23

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

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

Si, après une première convocation, ce quorum n'est pas atteint, la commission d'appel d'offres est à nouveau convoquée.

Elle se réunit alors valablement sans condition de quorum.

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

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

23.1. La convocation.

Elle n'est soumise à aucune condition de forme.

Tous les membres composant une commission doivent être convoqués. La formalité est substantielle, qu'il s'agisse des membres à voix délibérative ou des membres à voix consultative. Son omission entache la procédure d'irrégularité.

L'irrégularité due à l'absence de convocation n'est pas couverte par le fait que, sans participer à la délibération, l'intéressé a fait connaître son avis.

23.2. Le délai franc.

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

Ce délai vaut également pour la deuxième convocation.

23.3. Le quorum.

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

Il est donc de 4 membres en ce qui concerne la région, le département et la commune de plus de 3 500 habitants. Ce quorum est de trois membres pour les communes de moins de 3 500 habitants. Il est de deux pour les établissements publics de santé. Il inclut nécessairement la personne du président de la commission.

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

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

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

23.4. Le procès-verbal.

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

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

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

Le Conseil d'Etat estime que la partie d'un contrat comportant les noms et prénoms du titulaire ne constitue pas, de ce <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

seul fait, un document nominatif, mais il réserve le cas où le contrat aurait porté l'adresse ou la date de naissance de l'individu, éléments dont la divulgation n'est pas permise.

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

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

Article 24

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

24.1. Composition.

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

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

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

24.2. Désignation de personnalités en raison de leur compétence.

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

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

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

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

Section 4 **Le jury de concours**

Article 25

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

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

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

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

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

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

Tous les membres du jury ont voix délibérative.

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

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

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

25.1. Composition.

Le jury de concours est désigné spécifiquement pour chaque opération. Il est constitué à partir de la commission d'appel d'offres du III de l'article 8 (pour les groupements de commande) ou à partir d'une commission d'appel d'offres composée dans les conditions définies aux articles 21 (pour l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial) et 22 (pour les collectivités locales et leurs établissements publics).

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

25.2. Personnalités désignées et personnes qualifiées.

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

25.2.1. Les personnalités désignées.

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

25.2.2. Les personnes qualifiées.

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

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

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

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

25.3. Indépendance du jury.

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

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

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

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

25.4. Fonctionnement du jury de concours.

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

Chapitre II

Définition des procédures

Article 26

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

Cet article rappelle que la procédure d'appel d'offres peut être utilisée quel que soit le montant du marché. Cette procédure apporte de très grandes garanties en termes de transparence, de collégialité des décisions et de mise en concurrence.

Cependant, lorsque le montant des prestations à réaliser est inférieur à un certain seuil ou que les caractéristiques du marché le justifient, il est possible de recourir aux procédures définies aux articles : 28 à 31 (marchés sans formalités préalables), 32 (mise en concurrence simplifiée), 35 (marchés négociés), 36 et 37 (appel d'offres sur performances et marchés de conception-réalisation), 38 (concours) et 74 (marchés de maîtrise d'oeuvre).

Article 27

Lorsqu'il est fonction d'un seuil, le choix de la procédure applicable est déterminé dans les conditions suivantes :
I. - En ce qui concerne les travaux, est prise en compte la valeur de tous les travaux se rapportant à une même opération ou à un même ouvrage, quel que soit le nombre d'entrepreneurs auxquels la personne responsable du marché fait appel.

II. - En ce qui concerne les fournitures, est prise en compte, quel que soit le nombre de fournisseurs auxquels la personne responsable du marché fait appel :

a) si les besoins de la personne publique donnent lieu à un ensemble unique de livraisons de fournitures homogènes, la valeur de l'ensemble de ces fournitures ;

b) si les besoins de la personne publique donnent lieu à des livraisons récurrentes de fournitures homogènes, la valeur de l'ensemble des fournitures correspondant aux besoins d'une année.

Le caractère homogène des fournitures est apprécié par référence à une nomenclature définie par arrêté interministériel.

III. - En ce qui concerne les services, est prise en compte, quel que soit le nombre de prestataires auxquels la personne responsable du marché fait appel :

a) si les besoins de la personne publique donnent lieu à un ensemble unique de prestations homogènes et concourant à une même opération, la valeur de l'ensemble de ces prestations ;

b) si les besoins de la personne publique donnent lieu à des réalisations récurrentes de prestations homogènes et concourant à une même opération, la valeur de l'ensemble des prestations correspondant aux besoins d'une année ;

c) si les besoins de la personne publique donnent lieu à la réalisation continue de prestations homogènes, la valeur de l'ensemble de ces prestations sur la durée totale de leur réalisation.

Le caractère homogène des prestations de services est apprécié par référence à une nomenclature définie par arrêté interministériel.

IV. - En ce qui concerne les marchés comportant des lots, est prise en compte la valeur estimée de la totalité des lots.

Le choix de la procédure à mettre en oeuvre se détermine en fonction d'un seuil, c'est-à-dire après avoir estimé le montant et les caractéristiques des prestations à réaliser, ou en fonction de la nature et des caractéristiques du marché qui autorisent des procédures particulières, notamment négociées.

Lorsque le choix de la procédure dépend d'un seuil, le mode de calcul du montant du marché revêt une importance particulière.

Alors que le précédent code était muet sur ce point, l'article 27 donne aux acheteurs publics une méthode unique pour évaluer le montant du marché à conclure déclinée selon qu'il s'agit de marchés de travaux, de fournitures ou de services.

En effet, les éléments à prendre en compte pour le calcul de ce montant sont différents selon la catégorie de marchés.

Le résultat de ce calcul permet de choisir la procédure la plus adaptée et la méthode est valable pour tous les seuils fixés par le code : le seuil de 90 000 Euro HT au-delà duquel les marchés sans formalités préalables ne sont plus autorisés ou les seuils de 130 000 Euro HT et 200 000 Euro HT à partir desquels l'appel d'offres est imposé (hors cas spécifiques autorisant la procédure allégée ou le marché négocié).

Ce mode de calcul s'appuie, pour ce qui concerne les fournitures et les services, sur une nomenclature intervenant sous la forme d'arrêté interministériel. Pour les modalités d'entrée en vigueur de l'article 27 du code et de l'arrêté interministériel, il convient de se reporter à l'avertissement en tête de la présente instruction.

27.1. Caractéristiques communes à tous les marchés.

Avant d'examiner les caractéristiques propres à chacune des trois catégories de marchés identifiées, il convient d'insister sur un certain nombre de points communs.

27.1.1. Importance de la définition des besoins.

La définition précise d'un mode de computation des seuils confirme la nécessité pour la personne responsable du marché d'analyser et de déterminer précisément ses besoins avant toute décision de passation d'un marché.

En effet, il suffit qu'un nouveau marché ou un avenant ou une décision de poursuivre porte le montant de l'opération au-
<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

dessus de l'un des seuils pour que la procédure liée à ce seuil soit irrégulière, ce qui est susceptible d'entraîner l'annulation du marché.

27.1.2. Computation des seuils par PRM.

La comparaison du montant des achats aux seuils prévus par le code des marchés publics est réalisée par personne responsable des marchés.

En conséquence, lorsque la personne responsable du marché autorise, sous son autorité, certaines personnes à procéder à des achats sur factures ou travaux sur mémoires, c'est le montant total des achats effectués de la sorte qui est comparé aux seuils en vigueur.

27.1.3. Calcul indépendant du nombre de fournisseurs.

La valeur des travaux, fournitures ou services à prendre en compte ne peut être calculée par fournisseur ou prestataire.

L'article 27 transpose les dispositions des directives européennes " marchés publics " relatives au mode de computation des seuils, et indique clairement que, désormais, il convient de cumuler les achats confiés à plusieurs prestataires s'ils sont relatifs à un même objet et répondent au mode de calcul défini dans cet article.

27.2. Les marchés de travaux.

A la différence des marchés de fournitures ou de services, il n'est pas prévu de recourir à une nomenclature pour comparer le montant des achats réalisés par une personne responsable des marchés aux seuils fixés par le code des marchés publics.

Pour évaluer le montant d'un marché de travaux, il convient de globaliser tous les travaux se rapportant à un même ouvrage ou une même opération. Ces deux notions méritent une définition.

27.2.1. La notion d'ouvrage.

Le terme " ouvrage " est défini par les directives " travaux " et " secteurs spéciaux " comme le " résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ".

Cette notion a fait l'objet de précisions données par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt " Syndicat d'électrification de la Vendée " du 5 octobre 2000. Pour déterminer si des travaux d'entretien et d'extension sur des réseaux existants doivent être regardés comme portant sur un ouvrage unique, ou des ouvrages distincts, il convient d'apprécier la fonction économique et technique que remplissent ces réseaux.

Au cas particulier, tenant compte, d'une part, du fait que les " réseaux " intercommunaux sont interconnectables, d'autre part, de la simultanéité des consultations et de la coordination assurée par le SYDEV, la Cour a jugé qu'il n'existait dans le département de la Vendée qu'un seul réseau de distribution électrique, le fait que les travaux de renforcement ou d'extension du réseau soient gérés et pris en charge dans chaque canton par un syndicat intercommunal distinct étant sans importance. En revanche, la Cour a estimé qu'il existait autant de réseaux d'éclairage public que de syndicats intercommunaux, dès lors que ces réseaux ne sont pas, d'un point de vue technique, nécessairement interdépendants, et que chaque syndicat intercommunal supporte la charge financière résultant de l'exploitation de son réseau.

Cette notion est concrète et l'évaluation d'un marché de construction d'un bâtiment paraît assez facile à cerner.

27.2.2. La notion d'opération.

La définition de l'opération est plus complexe bien que clarifiée par des jurisprudences récentes.

Pour qualifier la notion d'opération, la jurisprudence se réfère à un certain nombre d'indices, comme en particulier le contenu même des prestations, la similitude de leurs modalités de réalisation et la concomitance des décisions d'achats.

Des prestations connexes, se rattachant à un même ensemble, et dont l'achat a fait l'objet d'un projet global, sont donc considérées comme relevant d'une même opération.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 26 septembre 1994 " Préfet d'Eure-et-Loir " a considéré que la passation de quatre marchés pour la réalisation de trottoirs en quatre endroits différents d'une même commune constituait une même opération.

Egalement, le Conseil d'Etat a, dans son arrêt du 8 février 1999, " Syndicat intercommunal des eaux de la Gâtine " jugé que les travaux d'étanchéité et de peinture effectués par le syndicat relevaient d'une seule et même opération puisqu'ils portaient sur les mêmes ouvrages avec un objet identique : la réfection et le fonctionnement des deux châteaux d'eau.

En droit français comme en droit communautaire, le critère de fonctionnalité, conduisant à considérer que relève d'une même opération l'ensemble des prestations nécessaires à la réalisation d'un besoin, est ainsi reconnu comme essentiel.

En fait, une opération peut concerner plusieurs ouvrages, par exemple la réfection des toitures des écoles d'une commune, ou au contraire ne concerner qu'une partie d'un même ouvrage, par exemple des travaux de peinture dans une partie d'un bâtiment public.

Le principe de l'annualité budgétaire est déconnecté des notions d'opération ou d'ouvrage qui, bien évidemment, peuvent être pluriannuels ; dans ce cas, c'est le montant total des travaux relatifs à un ouvrage ou une opération qu'il faut prendre en compte, y compris sur plusieurs exercices budgétaires.

C'est la personne publique qui décide de rattacher ses marchés de travaux à un ouvrage ou à une opération plus globale et cette prise de décision se traduira par une programmation unique dans l'année ou pluriannuelle selon les moyens disponibles. Toutefois, cette décision, qui se traduira par la passation de marchés, trouvera à s'appliquer sous le contrôle du juge car il est clair que si la personne publique conserve sa liberté de programmation et d'administration, le fractionnement abusif dans le but d'échapper aux règles du code reste prohibé.

A titre d'exemple, il est possible de prendre le cas d'une délibération du conseil municipal décidant de réaliser des travaux de peinture dans les locaux de la mairie et d'une école. Dans ce cas, la PRM a la possibilité de passer un seul marché ou deux marchés distincts. Toutefois, le montant à prendre en compte pour le comparer aux seuils en vigueur et définir la procédure à mettre en oeuvre est celui de la totalité des travaux à effectuer sur les deux bâtiments en raison du fait que c'est une seule et même délibération qui a décidé la réalisation de ces travaux. Si ce total atteint le seuil de l'appel d'offres, la procédure de l'appel d'offres sera retenue pour les deux marchés.

Enfin, il importe de souligner que l'achat de fournitures nécessaires à l'utilisation d'un ouvrage (exemple : les livres que l'on commence à acheter alors que la bibliothèque est en cours de construction) n'est pas considéré comme faisant partie de l'opération que constitue le marché de travaux.

De même les études relatives à une opération de construction se rattachent à la catégorie des services et non à celle des travaux.

27.3. Les marchés de fournitures.

Le caractère homogène des fournitures est défini par rapport à une nomenclature qui est adoptée par arrêté interministériel. Cette nomenclature liste des familles de produits au sein desquelles il faut cumuler le montant des achats à effectuer.

La nomenclature présente plusieurs rubriques assorties d'un numéro et d'un intitulé ; chaque rubrique regroupe des produits élémentaires qui constituent une famille homogène et doivent en conséquence être agrégés.

C'est à la personne responsable du marché qu'il appartient de définir le caractère homogène des fournitures et de mentionner clairement dans le marché le numéro et la rubrique de la nomenclature correspondants. Ces informations sont transmises au comptable.

Deux cas sont prévus, qui nécessitent obligatoirement l'usage de la nomenclature déjà citée.

27.3.1. L'ensemble unique de livraisons de fournitures homogènes.

Il s'agit ici d'un besoin unique, c'est-à-dire isolé et spécifique même si l'achat réalisé fait l'objet de plusieurs livraisons, par exemple le renouvellement du mobilier d'une administration ou d'une école. Les livraisons peuvent s'étaler sur une période supérieure à l'année et le montant à prendre en compte est, comme pour les marchés de travaux, déconnecté de la règle de l'annualité budgétaire ; c'est le montant de toutes les livraisons qui est à additionner pour vérifier si les seuils de procédure sont atteints.

27.3.2. Les livraisons récurrentes de fournitures homogènes.

Compte tenu du caractère récurrent, répétitif de certains besoins, comme le papier par exemple, la personne responsable du marché a la possibilité d'évaluer le montant de ses achats nécessaires pour une année civile.

Ce calcul sur une année constitue pour l'acheteur public une facilité pratique mais il lui est toujours possible d'opter pour un marché pluriannuel. La contrainte minimum qui lui est imposée en matière de fournitures récurrentes est celle de la computation annuelle des achats à effectuer.

Ainsi, un acheteur public dont le besoin annuel en petites fournitures de bureau (hors meubles) s'élève à 60 000 Euro aura la possibilité soit d'effectuer des achats non formalisés au fur et à mesure de ses besoins, soit de passer un marché formalisé pour plusieurs années pour ces fournitures.

27.4. Les marchés de services.

Le caractère homogène des services est défini par rapport à la nomenclature qui liste des familles de services au sein desquelles il faut cumuler le montant des achats à effectuer.

La nomenclature présente plusieurs rubriques assorties d'un numéro et d'un intitulé ; chaque rubrique regroupe des services élémentaires qui constituent une famille homogène et doivent en conséquence être agrégés.

Il appartient à la personne responsable du marché de définir le caractère homogène des services et de mentionner clairement dans le marché le numéro et la rubrique de la nomenclature correspondants. Ces informations sont transmises au comptable.

Trois cas sont définis pour les services. Ils s'appuient tous sur la nomenclature nécessaire à l'établissement du critère d'homogénéité de la prestation de services.

27.4.1. L'ensemble unique de prestations homogènes concourant à une même opération.

A l'instar des marchés de fournitures, il s'agit d'un besoin de services isolé et spécifique à un moment donné, par exemple un audit à réaliser sur le fonctionnement d'un service ou une action de formation professionnelle ponctuelle et identifiée (formation sur l'euro) qui viendra se rajouter à un plan de formation classique et qui n'aura pas forcément pu être intégrée dans les besoins courants.

La notion d'opération de services peut se définir comme un ensemble d'achats de services appartenant à une même famille homogène et qui participent à la réalisation d'un même objectif défini par la personne responsable du marché.

L'opération est définie par la personne responsable du marché dès lors que celle-ci est à même d'identifier, au sein d'une même famille homogène de services, un besoin qu'elle peut isoler et qui fera l'objet d'une action particulière justifiant qu'un marché distinct soit passé pour cette opération.

Pour apprécier la notion d'opération, la jurisprudence se réfère à un certain nombre d'indices, comme en particulier le contenu même des prestations, la similitude de leurs modalités de réalisation et la concomitance des décisions d'achat.

Ainsi, des prestations de services correspondant à une même catégorie mais ayant des objets différents pourront être comptabilisés séparément puisqu'il s'agira d'opérations différentes. Les marchés de formation professionnelle en sont un bon exemple : une formation organisée pour la sensibilisation à l'euro et une formation réalisée pour la préparation aux concours administratifs pourront ne pas être comptabilisées ensemble pour la computation des seuils. De même, l'impression d'un dépliant relatif à une nouvelle application informatique et celle d'un guide sur la taxe professionnelle sont des services appartenant à une même famille homogène de services mais peuvent être séparément comparées aux seuils du code car elles diffèrent par leur objet.

27.4.2. Les réalisations récurrentes de prestations homogènes concourant à une même opération.

En matière de services, la notion de réalisations récurrentes de prestations homogènes couvre des prestations dont l'acheteur public a un besoin courant et répété. Il s'agit souvent de prestations dont il aura besoin tout au long de son existence. A titre d'exemples non limitatifs, peuvent être considérés comme des prestations récurrentes les services de formation professionnelle, de maintenance ou de certification comptable.

La notion d'opération de services peut se définir comme un ensemble d'achats de services appartenant à une même famille homogène et qui participent à la réalisation d'un même objectif défini par la personne responsable du marché.

L'opération est définie par la personne responsable du marché dès lors que celle-ci est à même d'identifier, au sein d'une même famille homogène de services, des besoins qu'elle peut regrouper et qui feront l'objet d'un marché distinct passé pour cette opération.

Il s'agit d'une souplesse apportée aux achats publics qui, en contrepartie, ne doit faire l'objet d'aucun détournement, notamment sous la forme d'un fractionnement abusif entre des prestations très proches qui relèvent d'une même opération.

Enfin il convient de souligner que, comme pour les fournitures qui présentent un caractère récurrent, le code des marchés publics autorise l'acheteur à se limiter à une estimation de sa consommation annuelle. Cette souplesse ne fait toutefois pas obstacle à ce que l'acheteur qui décide d'organiser ses achats sur un plus long terme passe un marché pour plusieurs années. Dans ce cas, ce sera le montant estimé de ce marché qui devra être comparé aux seuils prévus par le code.

27.4.3. Réalisation continue de prestations homogènes.

Les services peuvent concerner une troisième catégorie de marchés qui ne fait pas appel à la notion d'opération utilisée pour computer les seuils des deux catégories précédentes mais se caractérise par l'idée de réalisation continue de prestations homogènes. Dans ce cas, il n'y a pas d'interruption des services dans le temps. Les contrats d'assurance, de maintenance, de téléphonie ou de nettoyage entrent dans ce cas de figure et il faut, dans cette hypothèse, prendre en compte la durée contractuelle du marché et cumuler le montant total des prestations correspondant à cette durée.

Les dispositions de cet alinéa sont à combiner avec l'article 15 du code relatif à la durée des marchés. En effet, sauf dispositions spécifiques à certains marchés, une remise en concurrence périodique est nécessaire et l'acheteur public ne peut se satisfaire de marchés d'une durée trop importante qui contredirait le principe d'efficacité de la commande publique énoncé à l'article 1er du code.

27.5. Les marchés portant sur plusieurs familles homogènes de services.

Lorsqu'un marché permet d'acquérir des fournitures ou des services appartenant à plusieurs familles homogènes différentes, qu'il y ait ou non des lots distincts dans le marché, c'est le montant total du marché qui est à comparer aux seuils prévus par le code.

27.6. Les marchés aménagés.

Il est nécessaire de préciser ici le mode de computation des seuils à utiliser pour certains cas particuliers de marchés : les marchés mixtes, les marchés allotés, les marchés fractionnés et les marchés reconduits.

27.6.1. Les marchés mixtes.

L'article 1er du code indique que " lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des produits à fournir ".

En conséquence, selon la qualification du marché donnée en fonction de la prestation dominante, il convient de se reporter à la catégorie concernée : marché de fournitures ou marché de services.

Dans tous les cas, le montant à comparer aux seuils en vigueur est celui de la totalité des prestations, fournitures et services cumulés.

Le cas de marchés mixtes comportant des travaux n'est pas envisagé car la présence de travaux entraîne par elle-même la qualification de marchés de travaux. Sur ce point, il est rappelé que les marchés de maîtrise d'oeuvre sont des marchés de services indépendants des marchés de travaux consécutifs et qu'ils n'ont pas à être cumulés avec ceux-ci pour le calcul des seuils.

27.6.2. Les marchés allotis.

L'article 27 est clair sur la valeur à prendre en compte en matière de marchés comportant des lots : il faut considérer la valeur estimée de la totalité des lots.

27.6.3. Les marchés fractionnés.

Le cas des marchés fractionnés décrits à l'article 72 répond à la même logique. C'est l'ensemble des bons de commande ou des tranches conditionnelles qui doit être considéré pour estimer le montant du marché à prendre en compte.

27.6.4. Les marchés reconduits.

L'article 15 précise clairement que le nombre des reconductions doit être indiqué dans le marché et que celles-ci sont encadrées. L'acheteur public doit donc estimer le montant de ses besoins en y intégrant la valeur de ces reconductions.

Pour un marché d'un an reconduit deux fois de suite, c'est la valeur de l'ensemble des prestations à réaliser sur ces trois ans qu'il faut prendre en compte.

Section 1

Absence de formalités ou modalités particulières de passation

Article 28

Les marchés publics peuvent être passés sans formalités préalables lorsque le seuil de 90 000 Euro HT n'est pas dépassé.

En cas de marché portant sur des fournitures ou des services, les numéros pertinents de la nomenclature et les références des fournisseurs ou des prestataires sont transmis par l'ordonnateur au comptable assignataire.

Le règlement des prestations peut avoir lieu sur présentation de mémoires ou factures.

Les acheteurs publics peuvent désormais passer des marchés sans formalités préalables lorsque le montant du marché n'excède pas le seuil de 90 000 Euro HT, ce seuil étant calculé dans le respect du mode de computation des seuils fixé à l'article 27.

Ces marchés ne sont soumis à aucune procédure particulière, ils peuvent notamment être dispensés de forme écrite et correspondre à des achats sur factures et travaux sur mémoires ou être passés sous la forme de contrats écrits de forme libre. Toutefois, les prestations de maîtrise d'oeuvre soumises à la loi MOP font obligatoirement, en vertu du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 sur l'application de la loi MOP, l'objet d'un contrat écrit.

La passation des marchés sans formalités préalables répond au souci de faciliter les achats de faible montant. Si l'article 28 du décret n'oblige pas l'acheteur public à effectuer une mise en concurrence formalisée, il est néanmoins recommandé, en vertu des principes fixés à l'article 1er du code, de faire jouer la concurrence quand le montant et la nature des prestations le justifient, selon des modalités proportionnées aux caractéristiques de l'achat concerné et déterminées par la personne responsable du marché.

Par ailleurs, cette facilité n'écarte pas la nécessité pour l'acheteur public de respecter d'autres réglementations qui viendraient s'ajouter aux règles fixées par le code des marchés publics. Ainsi, par exemple, les règles de la comptabilité publique interdisent le recours aux simples factures lorsque l'acheteur public veut permettre à son co-contractant de percevoir des acomptes.

S'agissant enfin des marchés sans formalités préalables en raison de leur montant (c'est-à-dire dont le montant est inférieur ou égal à 90 000 Euro HT), passés par les collectivités territoriales et les établissements publics de santé, il convient de signaler que le projet de loi MURCEF en cours d'examen au Parlement prévoit de les dispenser de transmission aux services du contrôle de légalité.

Article 29

En deçà du seuil de 130 000 Euro HT pour l'Etat et de 200 000 Euro HT pour les collectivités territoriales, les marchés publics peuvent être passés sans formalités préalables pour les achats, dans les conditions les plus avantageuses, de denrées alimentaires périssables sur foires ou marchés ou sur les lieux de production.

L'article 29 permet aux acheteurs publics, en dessous des seuils de l'appel d'offres, d'acquérir sans formalités particulières des denrées alimentaires périssables sur foires ou marchés ou sur les lieux de production. La personne publique peut ainsi bénéficier rapidement des opportunités résultant d'une abondance de production et des variations de prix sur les produits frais et s'assurer d'une certaine qualité, spécialement parmi les produits dont la conservation est de courte durée.

Les conditions relatives à la catégorie de produits et aux lieux d'achat de ces produits sont cumulatives. Il ne peut s'agir que de denrées périssables achetées directement sur foires et marchés ou sur le lieu même de production.

Il est important de noter que le code limite cette possibilité aux achats d'un montant inférieur aux seuils de l'appel d'offres.

Le montant à prendre en compte pour vérifier ce seuil est le total des achats à effectuer par famille homogène de denrées alimentaires. S'il s'agit de produits achetés régulièrement, le seuil sera évalué pour une année civile selon le mode de computation des seuils indiqué en matière de fournitures récurrentes.

Comme pour les marchés passés en application de l'article 28, ces marchés ne sont soumis à aucune procédure particulière, ils peuvent notamment être dispensés de forme écrite et correspondre à des achats sur factures et travaux sur mémoires ou être passés sous la forme de contrats écrits de forme libre.

Article 30

Les marchés publics qui ont pour objet :

- 1° Des services juridiques ;
- 2° Des services sociaux et sanitaires ;
- 3° Des services récréatifs, culturels et sportifs ;
- 4° Des services d'éducation ainsi que des services de qualification et insertion professionnelles, sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux seules obligations relatives à la définition des prestations par référence à des normes, lorsqu'elles existent, ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution.

La liste des services relevant des catégories mentionnées ci-dessus est fixée par décret.

Les contrats ayant pour objet la représentation d'une personne publique en vue du règlement d'un litige ne sont soumis qu'aux dispositions du présent article ainsi que des titres Ier et II du présent code.

30.1. La procédure allégée.

Il s'agit d'un régime nouveau qui transpose, pour partie, l'article 9 de la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, qui prévoit que les services visés à l'annexe 1B de cette directive sont soumis à un régime allégé en raison de leur objet.

En conséquence, ce régime ne peut en aucun cas être appliqué aux marchés de travaux et aux marchés de fournitures, il est strictement réservé aux services limitativement énumérés ici.

C'est donc en raison de leur nature que ces prestations peuvent relever de la catégorie des marchés sans formalités préalables ; dans cette hypothèse, l'acheteur public n'est soumis à aucune obligation formalisée de publicité et de mise en concurrence même si les observations formulées au point 28 ci-dessus restent ici également valables.

La personne responsable du marché doit toutefois satisfaire à deux obligations lorsque le montant du marché atteint le seuil de 90 000 Euro HT ; en effet en deçà de ce seuil aucune formalité ne s'impose conformément à l'article 28.

Premièrement, elle doit définir les prestations par référence à des normes, si elles existent ; cette contrainte conduit, lorsque le secteur considéré applique des normes, par exemple dans le domaine des services sanitaires, à passer un contrat écrit.

Deuxièmement, un avis d'attribution doit être envoyé. Cette disposition est à combiner avec celle de l'article 81 qui précise que les avis d'attribution des marchés mentionnés à l'article 30 sont adressés à l'Office des publications officielles des Communautés européennes. Il en résulte que, parmi les marchés qui relèvent de la procédure allégée, seuls ceux qui atteignent les seuils communautaires de 130 000 Euro HT et 200 000 Euro HT sont soumis à cette obligation d'envoi d'un avis d'attribution. Enfin, il est important de signaler que, toujours conformément à l'article 81, dans l'hypothèse où, pour des raisons de confidentialité ou de déontologie, la personne publique estime ne pas pouvoir publier certaines informations figurant sur l'avis, elle l'indiquera à l'Office et l'avis ne sera pas publié.

30.2. Le champ d'application.

La procédure allégée concerne quatre catégories de services :

- les services juridiques ;

Parmi ces services et conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE Ass., 9 avril 1999, Mme Toubol-Fischer), il convient de noter le cas particulier de la représentation d'une personne publique en vue du règlement d'un litige qui n'est soumis qu'aux dispositions du présent article ainsi que des titres Ier et II du code. Conformément à l'article 78, ces contrats ne sont pas transmis au représentant de l'Etat pour contrôle de légalité ;

- les services sociaux et sanitaires ;

- les services récréatifs, culturels et sportifs ;

- les services d'éducation ainsi que des services de qualification et insertion professionnelles ;

Un décret fixe la liste des services qui sont susceptibles d'entrer dans ces quatre catégories et il convient de s'y référer pour vérifier le bien-fondé du choix de cette procédure.

Article 31

Les conditions dans lesquelles sont passés les marchés ayant pour objet des réalisations exécutées en application de dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'obligation de décoration des constructions publiques sont précisées par décret.

Les obligations de " décoration des constructions publiques " sont actuellement issues de deux sources normatives.

Il s'agit, pour les collectivités locales, de l'article 59 de la loi du 22 juillet 1983 (repris à l'article L. 1616-1-1 du code général des collectivités territoriales), lequel prévoit que les communes, les départements et les régions doivent consacrer 1 % du montant de l'investissement à l'insertion d'oeuvres d'art dans toutes les constructions qui faisaient l'objet, au

moment de la publication de la présente loi, de la même obligation à la charge de l'Etat.

Pour ce qui concerne l'Etat et ses établissements publics, il existe actuellement plus de quinze textes de nature réglementaire pris par les ministères pour les constructions relevant de leur domaine d'activité.

Un décret relatif aux interventions au titre du un-pour-cent artistique détermine les modalités d'application de la loi de 1983 pour les collectivités territoriales et unifie celles-ci avec les dispositions applicables à l'Etat et à ses établissements publics.

Il simplifie les procédures, précise les modalités de calcul de l'assiette et du champ d'intervention du un-pour-cent.

Section 2

Mise en concurrence simplifiée

Article 32

La procédure de mise en concurrence simplifiée est la procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché à la suite de négociations avec plusieurs candidats, après publicité et mise en concurrence préalable. Le marché est attribué par la personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat ainsi que pour les établissements publics de santé et les établissements publics médico-sociaux, ou par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.

Les marchés peuvent être passés selon la procédure de mise en concurrence simplifiée en deçà du seuil de 130 000 Euro HT pour l'Etat et de 200 000 Euro HT pour les collectivités territoriales.

Le code définit ici une nouvelle procédure applicable en fonction d'un seuil. En effet, la personne responsable du marché peut choisir la procédure de mise en concurrence simplifiée entre le seuil des marchés sans formalités préalables et le seuil de l'appel d'offres :

- pour l'Etat, entre 90 000 Euro HT et 130 000 Euro HT ;
- pour les collectivités locales entre 90 000 Euro HT et 200 000 Euro HT.

Il convient de souligner cependant qu'il est toujours possible à l'acheteur public d'utiliser la procédure d'appel d'offres en lieu et place de la procédure de mise en concurrence simplifiée.

Cette procédure, décrite à l'article 57, associe d'une part, une publicité préalable et une mise en concurrence formalisée et, d'autre part, la possibilité de négocier avec les candidats. De plus, elle impose l'intervention de l'organe collégial qu'est la commission d'appel d'offres.

Section 3

Appel d'offres

Article 33

L'appel d'offres est la procédure par laquelle la personne publique choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint.

L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout candidat peut remettre une offre.

L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les candidats qui y ont été autorisés après sélection.

La personne responsable du marché est libre de choisir entre les deux formes d'appel d'offres.

Le marché est attribué par la personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat ainsi que pour les établissements publics de santé et les établissements publics médico-sociaux, ou par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.

Les marchés sont passés sur appel d'offres au-delà du seuil de 130 000 Euro HT pour l'Etat, et de 200 000 Euro HT pour les collectivités territoriales. Il peut également être recouru à cette procédure en dessous de ces seuils.

33.1. Définition.

L'article 33 donne une définition de l'appel d'offres.

Sauf disposition particulière relative à d'autres modes de passation (régime allégé de l'article 30 et procédures négociées des articles 35 et 74), la procédure d'appel d'offres est obligatoire pour tous les types de marchés au-delà des seuils communautaires de 130 000 Euro HT pour l'Etat et 200 000 Euro HT pour les collectivités locales. En dessous de ces seuils, il est néanmoins possible de recourir à cette procédure.

La personne publique se fonde sur les dispositions de l'article 53 pour définir les critères qui lui permettront de choisir " l'offre économiquement la plus avantageuse ".

Toute négociation est formellement interdite et ce point est rappelé dans les articles 60 et 65 relatifs au déroulement des procédures d'appel d'offres ouvert ou restreint.

33.2. Appel d'offres ouvert ou restreint.

L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint. Selon les circonstances, la personne responsable du marché choisit l'une ou l'autre de ces deux procédures. Lorsqu'elle décide de lancer un appel d'offres ouvert, elle ne peut en cours de procédure le transformer en appel d'offres restreint

L'appel d'offres ouvert permet à tout concurrent qui le souhaite de retirer un dossier de consultation et de remettre une offre.

L'appel d'offre restreint se déroule en deux étapes : la sélection des candidats admis à présenter une offre et le choix de l'offre.

33.3. Attribution du marché.

L'article 33 précise qui attribue le marché.

Pour l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ainsi que les établissements publics de santé et médico-sociaux, la personne responsable du marché attribue le marché après avis de la commission d'appel d'offres.

Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, sauf les établissements publics de santé et médico-sociaux qui relèvent d'une disposition spécifique, c'est la commission d'appel d'offres qui attribue le marché.

Les rôles respectifs de la PRM et de la commission sont présentés dans les commentaires des articles 20 à 22.

Section 4 Procédures négociées

Article 34

Une procédure négociée est une procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché après consultation de candidats et négociation des conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Les marchés négociés sont passés avec ou sans publicité préalable permettant la présentation d'offres concurrentes. En l'absence de publicité préalable, ils sont passés soit après mise en concurrence, soit sans mise en concurrence.

procédure et son déroulement étant précisés et détaillés ultérieurement (respectivement, article 35 pour les cas d'utilisation, et articles 66 à 67 pour la procédure).

La procédure négociée se caractérise par la possibilité pour les acheteurs et les candidats de négocier conformément aux dispositions de l'article 67.

A la différence de la procédure d'appel d'offres, la personne publique dispose d'une marge de manoeuvre importante. En effet, elle peut, de plein droit et dans le respect des principes d'égalité et de transparence, négocier avec les candidats, et cette négociation a pour objet et peut légitimement avoir pour effet de les conduire à adapter leurs offres. Aux termes des négociations, l'offre la plus intéressante sera retenue.

Il convient toutefois de noter que les négociations ne peuvent conduire à modifier les conditions du marché telles qu'elles ont été indiquées dans le cahier des charges. Une modification de cette nature porterait en effet atteinte aux conditions de la mise en concurrence.

La procédure négociée est passée après publicité et mise en concurrence, sauf exceptions limitativement énumérées par l'article 35.

Article 35

Il ne peut être passé de marchés négociés que dans les cas définis ci-dessous.

I. - Peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence :

1° Les marchés qui, après appel d'offres, n'ont fait l'objet d'aucune offre ou pour lesquels il n'a été proposé que des offres irrecevables ou inacceptables au sens de l'article 53. Les conditions initiales du marché ne doivent pas être modifiées. Si la personne responsable du marché décide de ne négocier qu'avec les candidats qui avaient été admis à présenter une offre, elle est dispensée de procéder à une nouvelle mesure de publicité ;

2° Les marchés de services, lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres ;

3° Les marchés de travaux et de fournitures qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point, d'étude ou de développement sans finalité commerciale immédiate.

II. - Peuvent être négociés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence :

1° Les marchés pour lesquels l'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour la personne responsable du marché n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés précédés d'un avis d'appel public à la concurrence ;

2° Les marchés qui exigent le secret, ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité ;

3° Les marchés que, dans des cas d'urgence, la personne publique doit faire exécuter en lieu et place du titulaire défaillant.

III. - Peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence :

1° Les marchés complémentaires, à condition que le marché initial ait été passé après mise en concurrence, dans les cas suivants :

a) Les marchés complémentaires exécutés par le titulaire initial et destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à un complément de fournitures ou à l'extension d'installations existantes. Le recours à ces marchés n'est possible que lorsque le changement de fournisseur obligerait la personne publique à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien excessives. La durée de ces marchés complémentaires ne peut dépasser trois ans. Le montant total du marché, livraisons complémentaires comprises, ne peut excéder 130 000 Euro HT pour l'Etat et 200 000 Euro HT pour les collectivités territoriales, sauf si le marché a été passé initialement par appel d'offres et a fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel des Communautés européennes ;

b) Les marchés complémentaires de services ou de travaux consistant en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'entreprise qui exécute ce service ou cet ouvrage lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour la personne publique.

Le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser 33 % du montant du marché principal ;

2° Les marchés de services ou de travaux qui ont pour objet la réalisation de prestations identiques à celles d'un marché précédent exécuté par le même titulaire. Le premier marché doit toutefois avoir été passé sur appel d'offres. Il doit de plus avoir indiqué la possibilité de recourir à la procédure négociée pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit enfin avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris les nouveaux services ou travaux. La durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial ;

3° Les marchés de services qui doivent être attribués à l'un des lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à négocier ;

4° Les marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité.

IV. - Les marchés de fournitures ou de services passés dans le domaine de la défense et portant sur les armes, munitions et matériels de guerre peuvent être passés selon les règles applicables aux marchés négociés.

En cas d'urgence impérieuse, incompatible avec la préparation des documents constitutifs du marché, il peut être procédé par un échange de lettres. Celui-ci doit au minimum énoncer la nature des opérations, ainsi que la limite des engagements de l'Etat, en montant et en durée. Il fixe si possible un prix définitif ou un prix provisoire. Dans ce dernier cas, il ne peut donner lieu à aucun versement d'avances ni d'acomptes. L'échange de lettres doit être régularisé sous forme de marché à prix provisoire ou définitif dans les trois mois qui suivent. Dans le cas où ce délai serait dépassé, le contrôleur financier intéressé doit être informé par écrit.

Les dispositions de l'article 39 et du III de l'article 40 ne leur sont pas applicables.

V. - Pour les collectivités territoriales, une procédure négociée ne peut être engagée qu'après avis favorable et motivé de la commission d'appel d'offres, sauf pour les marchés mentionnés au 3o du III du présent article et à l'article 74.

35.1. La procédure de marché négocié.

L'article 35 confirme le caractère dérogoire de la procédure de marché négocié, qui n'est utilisable que dans des cas
<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

limitativement énumérés.

Aux cas prévus au présent article, qui constituent les cas d'utilisation de la procédure négociée stricto sensu, il convient d'y ajouter pour mémoire, ainsi que le fait au demeurant l'article 26, les procédures prévues par l'article 74 qui concerne certains marchés de maîtrise d'oeuvre, ainsi que par l'article 84 qui permet aux opérateurs de réseaux visés à l'article 82 de passer des marchés négociés pour les prestations de services directement liées à ces activités de réseaux, quel que soit leur montant.

Par ailleurs, le principe est la soumission des marchés négociés à la fois aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

La dérogation ainsi admise dans certains cas, qui porte à la fois sur le principe de la publicité préalable et sur le principe de la mise en concurrence, ne sera possible que dans des cas très précisément définis par l'article 35. Cette double dérogation à deux principes généraux du droit de la commande publique implique que ces hypothèses soient interprétées très strictement.

35.2. Les marchés négociés après publicité préalable et mise en concurrence.

35.2.1. Les marchés passés après un appel d'offres infructueux.

Les articles 60-II (appel d'offres ouvert) et 65-II (appel d'offres restreint) prévoient en termes identiques que, si une procédure d'appel d'offres s'est révélée infructueuse, il est possible de procéder à un marché négocié sous réserve de ne pas modifier les conditions initiales du marché. Une telle modification, qui affecterait les conditions de cette première mise en concurrence, impliquerait en effet l'organisation d'un nouvel appel d'offres. Une modification marginale du cahier des charges est néanmoins possible tant qu'elle n'a pas pour objet ou pour effet de favoriser un candidat ou de reprendre une proposition formulée par l'un des candidats et couverte par le secret commercial. Elle permet de tirer les conséquences de l'appel d'offres initial en comblant les lacunes du dossier de consultation ou en adaptant ses dispositions.

Le principe est la passation d'un tel marché après publicité préalable et mise en concurrence.

Toutefois, par dérogation au principe de publicité, l'organisation d'une publicité préalable n'est pas obligatoire pour le marché négocié si les négociations ne sont menées qu'avec la totalité des candidats qui avaient été admis à présenter une offre lors du premier marché c'est-à-dire de l'appel d'offres déclaré infructueux. Cette règle ne fait cependant pas obstacle à la possibilité pour la personne responsable du marché, afin d'ouvrir au maximum la concurrence après une première procédure infructueuse, de faire une nouvelle publicité afin de permettre aux candidats de l'appel d'offres déclaré infructueux, mais aussi à de nouveaux candidats, de faire acte de candidature et de participer aux négociations.

Il importe de souligner que le code des marchés ne permet pas à la personne responsable des marchés, en dehors de l'envoi d'un avis de publicité, de prendre l'initiative de solliciter de nouveaux prestataires et de les introduire en cours de procédure. Si les prestataires ne se sont pas spontanément manifestés, n'ayant pas fait acte de candidature (en appel d'offres restreint ou en marché négocié) ou n'ayant pas remis une offre (en appel d'offres ouvert), ils ne peuvent en aucun cas être considérés comme des candidats au marché public.

On peut, de plus, noter que l'article 67, dans son avant-dernier alinéa, pose le principe selon lequel le nombre de candidats admis à négocier ne peut être inférieur à 3. On peut donc estimer que si le nombre de candidats admis à présenter une offre dans le cadre de l'appel d'offres infructueux est inférieur à 3, sauf si le nombre de candidats n'est pas suffisant, il est conseillé de recourir à une publicité préalable afin de permettre à tout candidat, ayant ou non concouru à l'appel d'offres, de concourir pour le marché négocié.

Lorsque la personne responsable du marché décide de lancer un marché négocié à la suite d'un appel d'offres pour lequel certains lots seulement ont fait l'objet d'une déclaration d'infructuosité, elle doit procéder à l'envoi d'un avis de publicité dès lors que le montant total du marché dépasse 90 000 Euro HT, quel que soit le montant individuel du ou des lots déclarés infructueux.

35.2.2. Les marchés de services qui ne peuvent être précisément définis.

Si les spécifications d'un marché de services ne peuvent être préalablement et précisément définies, il est possible de <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

recourir au marché négocié.

La difficulté d'une définition préalable et précise des prestations de services en cause doit être telle que leurs spécifications ne puissent être définies dans le cahier des charges et que l'organisation d'un appel d'offres soit par suite rendue impraticable.

Il ne serait certainement pas conforme aux principes posés par la directive 92/50/CEE " marchés publics de services " de considérer que certains services sont par nature impossibles à définir avec suffisamment de précision.

Il n'apparaît donc pas possible de donner une liste de services qui relèveraient par nature de ce cas de marchés négociés.

La directive évoque simplement deux domaines principaux dans lesquels des difficultés particulières de définition peuvent se rencontrer : d'une part, les prestations intellectuelles, d'autre part, les services financiers.

La Commission européenne a pour sa part précisé (Guide sur les règles applicables aux procédures de passation des marchés publics de services) que cela pouvait notamment concerner des services d'assurances relevant de la catégorie n° 6 de l'annexe I A de la directive " services ", ainsi que des prestations intellectuelles en général. Cela peut également concerner des marchés de maîtrise d'oeuvre.

Il convient toutefois d'insister, d'une part, sur le fait que cette indication n'est pas limitative, d'autre part, sur le fait que ces prestations de services ne sont en aucun cas exclues globalement et par nature du champ de l'appel d'offres. Ainsi, tous les marchés d'assurances ne sont pas, par définition, des marchés complexes. Il apparaît simplement que, notamment dans ces deux domaines, des difficultés particulières peuvent parfois se rencontrer, qui justifient une dérogation ponctuelle aux procédures de droit commun.

Cette hypothèse vise donc certaines prestations de services spécifiques qui, en raison de leur particulière complexité ne peuvent donner lieu au stade de l'élaboration des pièces du marché à une définition suffisamment précise. L'appréciation devra se faire au cas par cas et tout recours à la procédure de marché négocié sur cette base devra être dûment justifié, quel que soit l'objet du marché.

Aucune dérogation n'est prévue aux obligations générales de publicité et de mise en concurrence.

35.2.3. Les marchés conclus à des fins de recherche, essai, expérimentation...

Cette hypothèse vise uniquement la réalisation de travaux et la livraison de fournitures à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point ou de développement.

Elle ne peut donc en aucun cas concerner des prestations courantes ni des services.

Ces marchés ne doivent pas avoir de finalité commerciale immédiate. Il s'agit donc du cas très particulier de prestations ne relevant pas des gammes commerciales courantes, et qui ne sont pas réalisées dans l'objectif direct d'une commercialisation. En conséquence, cette exception ne s'applique pas à la mise au point d'un prototype préluant à une commercialisation.

La directive 93/37/CEE " marchés publics de travaux " précise en ce sens que le but ne doit pas être " d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement " (article 7, 2°, b).

La directive 93/36/CEE " marchés publics de fournitures " précise quant à elle que la fabrication des produits en cause ne doit pas comprendre " la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement " (article 6, 3°, b) ; le guide sur les règles communautaires dans le domaine des marchés publics de fournitures précise que cette disposition " ne concerne pas non plus les biens d'équipement destinés à des laboratoires de recherche ou d'expérimentation ".

Aucune dérogation n'est prévue à l'obligation de publicité et de mise en concurrence.

35.3. Les marchés négociés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence.

35.3.1. Le cas de l'urgence impérieuse.

35.3.1.1. Définition.

L'urgence impérieuse qui permet de recourir au marché négocié sans publicité préalable correspond à un cas renforcé d'urgence et doit être distinguée de l'urgence " simple ".

Sans qu'il soit possible de donner de critère susceptible de s'appliquer à toutes les situations, l'urgence impérieuse correspond à un motif particulièrement grave d'urgence.

L'urgence impérieuse correspond ainsi à une urgence beaucoup plus sérieuse et impérative que l'urgence simple définie aux articles 58, 61, 63 et 66, et doit rendre impossible le respect des délais normaux, y compris les délais réduits pour cause d'urgence simple. Par exemple, peut constituer un cas d'urgence impérieuse les interventions immédiates faisant suite à une tempête à l'image de celles qui se sont produites dans les toutes dernières années.

En toute hypothèse, le recours à l'urgence impérieuse devra être explicitement motivé.

35.3.1.2. Les circonstances imprévisibles.

Cette condition interdit d'invoquer les cas d'urgence résultant d'irrégularités ou de négligences commises dans la passation du marché.

Les cas d'urgence, pour pouvoir légitimement être invoqués, doivent donc, ainsi que l'indiquent très clairement les directives " marchés publics ", résulter " d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question ".

35.3.2. Le secret et la protection des intérêts essentiels de l'Etat.

Pour des raisons évidentes, les considérations tirées du secret ou de la protection des intérêts essentiels de l'Etat, dès lors qu'elles rendent la passation d'un marché incompatible avec des mesures de publicité, ouvrent la possibilité de passer un marché négocié sans publicité préalable.

La mise en concurrence n'est pas pour autant exclue.

Par ailleurs, les motifs tirés du secret ne peuvent être appréciés de façon extensive. En effet, s'agissant d'une procédure dérogatoire, ses conditions d'utilisation doivent être appréciées de façon stricte.

Ainsi, il apparaît nécessaire que, par son objet même, le marché mette en cause des impératifs de secret incompatibles avec toute forme de publicité.

En revanche, la simple obligation de respecter des secrets prévus par la loi, qui est de portée générale, ne suffit pas pour justifier le recours à cette procédure.

Le motif tiré, par exemple, de la nécessité générale de respecter le secret des correspondances ou encore le secret en matière commerciale et industrielle ne suffirait donc pas à motiver le recours à cette procédure dérogatoire, sauf à établir que le respect de ces secrets serait rendu totalement impossible par l'organisation de la publicité normalement prévue pour la passation d'un marché public.

35.3.3. La défaillance du titulaire du marché.

Cette hypothèse correspond à un cas particulier d'urgence, découlant de la défaillance du titulaire. Les deux conditions sont cumulatives.

La défaillance ne correspond pas à de simples difficultés d'exécution, comme des retards ou des erreurs. Elle correspond à <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

l'hypothèse dans laquelle le cocontractant se trouve de manière durable, voire définitive, dans l'impossibilité d'exécuter le marché, par exemple dans certains cas de redressement judiciaire ou dans le cas de liquidation.

La défaillance du cocontractant ne justifie pas à elle seule le recours à la procédure négociée. Il faut en effet qu'elle s'accompagne d'une urgence réelle à en continuer l'exécution.

Tel peut être notamment le cas si l'arrêt du marché prive le service public des moyens qui lui sont nécessaires, dans une mesure de nature à porter atteinte à sa nécessaire continuité.

Si la défaillance de son cocontractant laisse en revanche le temps à l'administration de relancer une nouvelle procédure selon les règles de droit commun, la passation d'un marché négocié selon cette procédure dérogatoire serait irrégulière.

Le marché négocié doit seulement avoir pour objet la continuation du marché.

Le marché négocié ainsi conclu ne doit pas notamment, outre la continuation du marché brusquement interrompu, viser à anticiper son renouvellement ou à acquérir des prestations complémentaires.

35.4. Les marchés négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence.

35.4.1. Les marchés complémentaires.

35.4.1.1. Le recours à la procédure négociée est possible pour des achats qui complètent ceux ayant précédemment fait l'objet d'un premier marché.

Cette procédure permet, dans certaines situations, d'éviter de recourir de nouveau à des procédures formalisées d'appel d'offres, lorsqu'il apparaît évident à la personne responsable du marché que le titulaire actuel est le seul susceptible de réaliser la prestation complémentaire.

Dans ce cas, en application des dispositions du V de l'article 35, la commission d'appel d'offres doit émettre un avis pour le lancement de la procédure de marché complémentaire mais n'intervient plus par la suite, le marché complémentaire étant négocié et signé par la personne responsable du marché.

Toutefois, elle n'est possible que si le marché initial a été passé après mise en concurrence.

Ceci exclut donc son utilisation pour les achats qui complètent un marché sans formalités préalables ou un marché négocié sans mise en concurrence préalable.

L'objet des achats complémentaires ne peut différer de celui du marché initial, mais doit au contraire en être le simple prolongement.

Pour autant, le texte n'exige pas que le marché initial soit totalement exécuté pour avoir recours à un marché complémentaire.

L'ensemble des marchés complémentaires ne doit pas dépasser 33 % du montant du marché initial ce qui suppose que la personne responsable du marché puisse faire état du montant précis du marché initial au moment où elle lance la procédure de marché complémentaire. Tel ne sera notamment pas le cas du complément à un marché à bons de commande en cours d'exécution, qu'il comporte ou non l'indication d'un montant minimal et maximal.

Pour vérifier que ce montant maximal n'est pas dépassé, il y a lieu de comparer, d'une part, le montant ayant fait l'objet de la mise en concurrence initiale augmenté des avenants éventuels, d'autre part, le montant cumulé de tous les achats complémentaires qui ont déjà pu être effectués et/ou qui sont envisagés.

Les modalités de calcul sont différentes selon les catégories de marchés.

35.4.1.2. Le cas des marchés de fournitures.

Les achats complémentaires doivent correspondre à un simple renouvellement partiel ou à un complément limité.

S'agissant d'achats complémentaires, ils doivent être réalisés auprès du même fournisseur. Le recours au même fournisseur doit donc apparaître comme indispensable. Deux conditions cumulatives sont posées : le changement de fournisseur doit impliquer un changement de matériel, ce qui implique que seul le fournisseur initial peut fournir le matériel initialement retenu ; le changement de matériel doit entraîner des incompatibilités, ou au moins des difficultés très sérieuses d'utilisation ou d'entretien, qui doivent dépasser les difficultés inhérentes à tout changement de matériel.

Cette procédure dérogatoire se justifie donc par la volonté d'éviter des inconvénients disproportionnés : les complications importantes qu'est susceptible d'entraîner un changement de matériel peuvent ne pas se justifier pour un simple complément, limité, au marché initial.

La durée du marché complémentaire ne peut excéder trois ans au total.

Le total des marchés complémentaires, cumulé au montant total du marché initial, ne peut dépasser 130 000 Euro HT pour l'Etat et 200 000 Euro HT pour les collectivités locales, sauf si le marché initial a été passé sur appel d'offres, et a donné lieu à publicité européenne au sens de l'article 40-III.

De plus, le montant total de ces marchés complémentaires ne peut excéder 33 % du montant du marché initial, tous avenants éventuels compris.

35.4.1.3. Le cas des marchés de travaux et de services.

Les prestations complémentaires doivent être nécessaires à la réalisation de l'ouvrage ou à l'exécution du service faisant l'objet du marché initial.

L'achat complémentaire ne peut donc être que l'accessoire du marché initial et ne peut correspondre à un ouvrage ou un service nouveau ni à une modification de l'ouvrage ou du service initial. Il doit être rendu nécessaire par une circonstance imprévue.

Une sous-estimation du marché initial ne peut donc légalement ouvrir droit à utilisation de la procédure des achats complémentaires.

De même, une évolution prévisible ou encore un fait imputable à l'administration ne peuvent justifier le recours à cette procédure.

S'agissant d'achats complémentaires, ils doivent être réalisés auprès du même opérateur. Le recours au même opérateur doit donc apparaître comme indispensable. Deux conditions cumulatives sont posées : les services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal, ce qui implique qu'ils soient le simple prolongement des prestations de ce marché initial ; l'impossibilité de les séparer doit être établie en justifiant des inconvénients majeurs qu'entraînerait une telle séparation, ces inconvénients pouvant être techniques ou économiques.

On retrouve, comme pour les fournitures, l'idée selon laquelle cette procédure dérogatoire se justifie par la volonté d'éviter des inconvénients disproportionnés : les complications techniques ou le surcoût important qu'entraînerait le changement d'opérateur ne se justifient pas pour un simple complément, limité, au marché initial.

Les conditions de durée ne se retrouvent pas s'agissant des travaux et des services. La durée des marchés complémentaires en matière de travaux et de services n'est pas limitée par le code.

Contrairement aux marchés complémentaires de fournitures, le montant total du ou des marchés complémentaires, cumulé avec le marché initial, n'est pas limité par les seuils communautaires. Seule s'applique la limitation de 33 % déjà mentionnée. Ainsi, le montant total de ces marchés complémentaires ne pourra excéder 33 % du montant du marché

initial, tous avenants éventuels compris.

35.4.1.4. Le marché négocié pour achats complémentaires se distingue de l'avenant.

Contrairement à l'avenant, le marché complémentaire constitue un marché ayant une existence juridique propre et ne s'incorpore pas au marché initial, même s'il en est, à certains égards, le prolongement.

Il n'est utilisable que dans le cadre très strict ci-dessus rappelé, alors que la procédure de l'avenant est utilisable dans des hypothèses plus nombreuses, avec un contenu qui peut ne pas se limiter à de simples achats complémentaires.

35.4.2. Les marchés identiques.

Ce marché négocié a pour objet la répétition des prestations d'un marché précédent qui ne peut être qu'un marché de services ou de travaux.

35.4.2.1. Définition.

Cette procédure correspond à la possibilité pour la personne publique, ayant conclu un premier marché, d'acquérir les mêmes prestations dans le cadre d'un autre marché qui prolonge en quelque sorte le premier.

Cette procédure n'est donc pas utilisable pour des achats de prestations différentes de celles ayant fait l'objet du premier marché, même si les prestations nouvelles constituent la totalité ou une partie seulement du marché négocié.

Il doit également y avoir identité de titulaire. L'identité avec le premier marché porte non seulement sur les prestations en cause, mais également sur le titulaire du marché. Si l'administration ne souhaite pas nécessairement recourir au même titulaire, il lui appartient d'organiser une nouvelle mise en concurrence, selon les règles de droit commun.

35.4.2.2. Respect du principe de mise en concurrence.

Le marché initial doit avoir été passé sur appel d'offres.

Ceci exclut donc en particulier la répétition des prestations d'un marché passé selon la procédure de mise en concurrence simplifiée, selon la procédure négociée, et a fortiori sans formalités préalables.

La dérogation aux règles normales de procédure ne se conçoit que dans la mesure où le marché négocié apparaît comme le simple prolongement du marché initial.

Le marché initial doit avoir prévu la possibilité d'une répétition des prestations. Cette procédure doit donc avoir été expressément envisagée dès la passation du marché initial et il n'est pas possible de passer un marché négocié pour la répétition des prestations d'un marché qui ne l'aurait pas explicitement prévu.

La mise en concurrence initiale doit avoir été basée sur la totalité des montants. En conséquence, elle doit avoir été faite sur la base du montant cumulé du marché initial et du marché ultérieur envisagé.

Dans la mesure où la mise en concurrence initiale a en conséquence porté à la fois sur le premier marché et sur sa répétition ultérieure dans un autre marché, ce marché ultérieur peut valablement être dispensé d'une nouvelle mise en concurrence.

35.4.2.3. Durée du marché limitée.

La conclusion d'un marché négocié répétant les prestations d'un premier marché n'est possible que dans la limite de trois ans à compter de la notification de ce premier marché.

35.4.3. Les marchés passés suite à un concours.

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

La procédure négociée est admise dans ce cas puisque la mise en concurrence a déjà eu lieu par le biais du concours dont la procédure est définie par les articles 38 et 71.

Ces deux articles indiquent que le concours a pour objet d'attribuer au lauréat ou à l'un des lauréats un marché. La procédure du marché négocié sans publicité préalable apparaît donc logique.

Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, tous les lauréats doivent être invités à négocier. Ce principe est également posé par l'article 71 (5°).

35.4.4. Les marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un seul prestataire.

La mise en concurrence est logiquement exclue dans les hypothèses où aucun choix ne peut exister quant à l'opérateur.

35.4.4.1. Un seul fournisseur doit être susceptible d'effectuer les prestations en cause.

Les motifs peuvent tenir à des raisons techniques, artistiques, ou relatives à la protection de droits d'exclusivité. Ces raisons doivent être objectivement établies et ne peuvent résulter par exemple de la meilleure qualité technique présumée de certains matériels.

Le code ne fixe pas de moyens de preuve et il revient donc à l'acheteur d'apprécier et d'établir si ces conditions sont remplies. La personne responsable du marché doit pouvoir démontrer les raisons limitativement énumérées par le code qui lui imposent cette formule. Le motif lié à la réalisation d'investissements préalables importants n'est plus admis.

Les droits d'exclusivité renvoient quant à eux au premier chef aux droits de propriété intellectuelle. Ils doivent impliquer l'unicité de prestataire. Dès lors que plusieurs prestataires peuvent fournir la prestation requise, il n'est pas possible d'utiliser cette procédure.

Ces deux conditions sont d'interprétation stricte s'agissant d'un régime dérogatoire.

35.4.4.2. Le besoin de l'acheteur ne doit pouvoir être satisfait que par cette prestation.

Il y aurait certainement détournement à invoquer cette procédure pour acquérir des prestations couvertes par des droits d'exclusivité, alors que d'autres entreprises auraient pu réaliser les prestations souhaitées en mettant en oeuvre des techniques différentes.

Il importe donc d'établir que seule la prestation envisagée répond au besoin de l'acheteur public. Cette procédure dérogatoire de marché négocié ne se justifie en effet que dans la mesure où les caractères spécifiques de la prestation font qu'elle est la seule à répondre aux besoins à satisfaire, cette prestation ne pouvant être réalisée que par un seul prestataire.

35.5. Le cas particulier de certains marchés de la défense.

35.5.1. Un régime spécifique.

Cette procédure ne peut, par définition, intéresser que certains marchés de la défense. Le code reprend exactement la référence communautaire aux marchés de fournitures ou de services se rapportant à des armes, munitions et matériels de guerre.

L'exception de l'article 35-IV doit permettre de couvrir les marchés liés aux contraintes spécifiques de l'activité de défense. Dans cette hypothèse, les marchés peuvent être passés selon la procédure négociée telle qu'elle est définie ci-dessus ainsi qu'aux articles 66 et 67.

Trois catégories particulières de marchés peuvent faire l'objet d'une procédure négociée sur le fondement de cette

disposition :

- les études conduites en amont de la phase de développement-fabrication des matériels ;
- les études technico-opérationnelles ;
- les études à caractère biologique ou médical du service de santé des armées et les études hydrographiques et océanographiques du service hydrographique et océanographique de la marine.

En revanche ne pourront également être placées sous l'empire de ces dispositions les " études prospectives politico-militaire, économique et sociale " que s'il est justifié qu'elles présentent un lien avec l'activité de défense, par exemple pour l'appréciation d'une situation géostratégique.

35.5.2. Les publicités réduites.

L'avis de préinformation prévu à l'article 39, ainsi que l'avis public européen d'appel à la concurrence prévu à l'article 40-III, ne sont pas exigés.

35.5.3. Une procédure spécifique d'échanges de lettres utilisable en cas d'urgence.

Cette procédure très dérogatoire n'est utilisable qu'en cas d'urgence impérieuse incompatible avec la préparation des documents d'un marché.

Sur la notion d'urgence impérieuse, on peut renvoyer au point 35.3.1 du présent article, en notant que l'urgence doit réellement imposer des délais particulièrement brefs pour que l'administration puisse valablement se dispenser d'établir au préalable les documents du marché.

L'échange de lettres vise dans un tel cas à définir les engagements réciproques des parties, concernant au minimum les opérations envisagées, la durée de leur réalisation ainsi que le montant maximal des engagements de l'Etat. Il doit être régularisé dans les trois mois qui suivent l'échange de lettres par la passation d'un marché.

Le défaut de régularisation dans les délais doit faire l'objet d'une note écrite d'information adressée au contrôleur financier intéressé, exposant le déroulement de la procédure, le contenu précis des engagements réciproques de l'administration et de l'entrepreneur, les motifs ayant justifié le recours à la procédure de l'échange de lettres, les motifs ayant empêché sa régularisation en temps voulu, ainsi que les mesures envisagées afin de procéder à cette régularisation dans les meilleurs délais.

Le marché régularisant l'échange de lettres peut être un marché à prix provisoire de l'article 18. Dans ce cas, les avances et acomptes prévus au titre IV du présent code sont exclus.

35.6. Intervention de la commission d'appel d'offres pour les marchés négociés des collectivités territoriales.

Le paragraphe V concerne également les établissements publics de santé et les établissements médico-sociaux.

Il ne porte que sur la procédure du marché négocié et non ses cas d'utilisation.

La règle qu'il pose concerne les marchés des collectivités territoriales et complète utilement les indications apportées par les articles relatifs à la procédure du marché négocié.

Le recours à la procédure négociée suppose au préalable pour les collectivités territoriales un avis favorable et motivé de la commission d'appel d'offres. Cet avis portera en particulier sur la régularité du recours à la procédure négociée.

Il est à noter qu'à défaut d'avis favorable obtenu préalablement au lancement de la procédure, celle-ci sera entachée d'irrégularité.

Seuls les marchés de services qui doivent être attribués à l'un des lauréats d'un concours (article 73-III, 3°) et les marchés de maîtrise d'oeuvre (article 74) échappent à cette obligation.

Section 5
Autres procédures
Sous-section 1
Appel d'offres sur performances

Article 36

La procédure d'appel d'offres sur performances est une procédure par laquelle la personne responsable du marché définit un programme fonctionnel détaillé, sous la forme de résultats vérifiables à atteindre ou de besoins à satisfaire. Les moyens de parvenir à ces résultats ou de répondre à ces besoins sont proposés par chaque candidat dans son offre. Cet appel d'offres est toujours restreint.

L'appel d'offres sur performances peut porter à la fois sur la définition d'un projet et son exécution, ou sur l'exécution d'un projet préalablement défini en tout ou partie. La personne responsable du marché ne peut recourir à la procédure de l'appel d'offres sur performances que lorsqu'elle n'est pas en mesure :

- soit de définir les moyens permettant de satisfaire ses besoins ;
- soit d'évaluer les solutions techniques ou financières disponibles.

La procédure d'appel d'offres sur performances cherche à répondre aux difficultés spécifiques rencontrées par les acheteurs, notamment pour des secteurs particulièrement complexes en évolution constante comme le domaine de la haute technologie, dans lesquels les acheteurs connaissent leurs besoins mais ignorent à l'avance la meilleure solution technique pour les satisfaire.

Les acheteurs publics peuvent en effet objectivement ne pas être en mesure de définir les moyens - qu'ils soient techniques ou financiers - qui répondraient le mieux à leurs besoins. Ils peuvent également souhaiter trouver des solutions innovantes en étant objectivement dans l'incapacité d'évaluer ce que les opérateurs peuvent offrir en termes de solutions techniques ou financières.

36.1. Les cas de recours à la procédure de l'appel d'offres sur performances.

Il est possible de recourir à cette procédure dans les deux cas présentés ci-après.

36.1.1. Lorsqu'il est impossible d'élaborer un cahier des charges décrivant explicitement les moyens à mettre en oeuvre pour satisfaire le besoin.

L'acheteur ne doit pas être raisonnablement en mesure de donner un descriptif de la solution technique nécessaire pour satisfaire à ses besoins.

36.1.2. Lorsque des moyens ou des solutions techniques existent, mais que l'acheteur ne peut en évaluer correctement la valeur technique et le coût.

Dans certains domaines techniques, il peut être particulièrement difficile pour l'acheteur public d'apprécier si les moyens qui peuvent exister sont réellement de nature à satisfaire ses besoins dans des conditions acceptables.

36.1.3. Exemples.

Ce sont les caractéristiques du marché dont la passation est envisagée qui autorisent ou non le recours à cette procédure.

On peut toutefois citer les secteurs où son utilisation a déjà été observée et peut, dans certains cas, être appropriée.

Ainsi, dans le domaine informatique, cette procédure peut s'avérer particulièrement bien adaptée. Il en va notamment ainsi lorsqu'il n'est pas possible de préjuger des solutions qui pourraient être apportées aux besoins de la collectivité en raison de l'évolution rapide des techniques et des modes de commercialisation ; ou encore lorsque la nature des besoins en <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

satisfaire est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre des propositions homogènes.

Les campagnes de communication peuvent également nécessiter le recours à cette procédure. Il y a lieu ici de rappeler que l'article 69 du présent code permet, pour les marchés relatifs à des opérations de communication qui sont passés conformément à la procédure de l'appel d'offres sur performances, de recourir à des règles spécifiques d'exécution.

Cette procédure peut être également adaptée pour la construction de certains équipements techniques complexes.

Elle est en revanche tout à fait inappropriée pour l'achat de produits d'entretien, ou encore pour des marchés de mobilier urbain.

36.2. Le cahier des charges.

Le cahier des charges définit un programme fonctionnel détaillé, sous la forme de résultats vérifiables à atteindre ou de besoins à satisfaire.

Le cahier des charges techniques, appelé programme fonctionnel détaillé, définit seulement les exigences de la personne publique (obligation de résultat), et ne décrit pas de solution technique particulière imposée pour satisfaire ces exigences ou atteindre ces résultats. Il exprime seulement, autant que possible sous la forme de valeurs quantifiées, des performances à atteindre et le mode de vérification est à préciser (référence des normes d'essai ou d'épreuve quand elles existent, ou spécifications techniques et mode de preuve de conformité).

Le dossier de consultation doit comporter des moyens ou méthodes de vérification des résultats attendus.

Il incombe aux entreprises qui participent à la consultation de définir les spécifications techniques de la prestation à fournir.

Ce sont donc elles qui élaborent le projet de cahier des clauses techniques particulières du marché et qui le remettent à l'appui de leur offre. Elles le font au vu du programme fonctionnel et dans le respect des exigences qu'il contient en termes de résultats vérifiables à atteindre ou de besoins à satisfaire.

Selon la marge d'incertitude rencontrée par l'acheteur, l'appel d'offres sur performances peut porter à la fois sur la définition d'un projet et son exécution, ou sur l'exécution d'un projet préalablement défini en tout ou partie.

Lorsque l'acheteur est en mesure de définir, fut-ce pour partie, les moyens de satisfaire ses besoins, il doit le faire.

Pour le reste, les entreprises candidates apporteront une réponse technique aux points pour lesquels l'acheteur peut seulement définir des exigences de résultats à atteindre ou de besoins à satisfaire.

36.3. L'appel d'offres sur performances est toujours un appel d'offres restreint.

Il y a donc lieu de se reporter aux règles précisées par les articles 61 à 65 pour le déroulement de la procédure de l'appel d'offres restreint.

Toutefois, l'article 68 prévoit plusieurs règles spécifiques à la procédure d'appel d'offres sur performances qui dérogent au droit commun de l'appel d'offres restreint.

Sous-section 2 Procédure propre aux marchés de conception-réalisation

Article 37

La procédure propre aux marchés de conception-réalisation est une modalité particulière d'appel d'offres sur performances qui n'est applicable qu'aux marchés qui portent à la fois sur l'établissement des études et sur l'exécution des travaux pour la réalisation des ouvrages mentionnés à l'article 1er 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'oeuvre privée.

Il ne peut être recouru à cette procédure que si des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Ces motifs doivent être liés à la destination ou aux techniques de réalisation de l'ouvrage. Sont concernés des ouvrages dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception et la réalisation ainsi que des ouvrages dont les caractéristiques telles que des dimensions exceptionnelles, ou des difficultés techniques particulières exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des entreprises.

37.1. Définition.

La conception-réalisation est une forme dérivée de l'appel d'offres sur performances pour la réalisation de certains ouvrages. Il y a donc lieu de se reporter aux articles 24, 36 et 68 qui régissent la procédure de l'appel d'offres sur performances.

Le présent article définit toutefois des conditions spécifiques pour pouvoir recourir à cette procédure, et par ailleurs l'article 70 prévoit des règles particulières dérogatoires pour son déroulement.

37.2. Ouvrages concernés.

Les ouvrages visés sont ceux mentionnés à l'article 1er 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'oeuvre privée.

Il s'agit pour l'essentiel d'ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure, ainsi que d'équipements industriels destinés à leur exploitation. Le maître d'ouvrage doit être l'une des personnes que l'article 1er de la loi définit. Par ailleurs, certaines exceptions sont prévues faisant échapper certains ouvrages au champ d'application de la loi.

(Article 1er de la loi MOP : " Les dispositions de la présente loi sont applicables à la réalisation de tous ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure ainsi qu'aux équipements industriels destinés à leur exploitation dont les maîtres d'ouvrage sont :

1o L'Etat et ses établissements publics ;

2o Les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics d'aménagement de ville nouvelle créés en application de l'article L. 321-1 du code de l'urbanisme, leurs groupements ainsi que les syndicats mixtes visés à l'article L. 166-1 du code des communes nouveau L. 5721-2 du CGCT ;

3o Les organismes privés mentionnés à l'article L. 64 du code de la sécurité sociale, ainsi que leurs unions ou fédérations ;

4o 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.

Toutefois, les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables :

- aux ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation. Un décret en Conseil d'Etat détermine les catégories d'ouvrages mentionnés au présent alinéa ;
- aux ouvrages d'infrastructure réalisés dans le cadre d'une zone d'aménagement concerté ou d'un lotissement au sens du titre 1er du livre III du code de l'urbanisme ;
- aux ouvrages de bâtiment acquis par les organismes énumérés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation par un contrat de vente d'immeuble à construire prévu par les articles 1601-1, 1601-2 et 1601-3 du code civil.

Lorsqu'ils sont destinés à s'intégrer à des constructions relevant d'autres régimes juridiques, les ouvrages édifiés par les organismes énumérés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation peuvent être dispensés de tout ou partie de l'application de la présente loi. Cette dispense est accordée par décision du représentant de l'Etat dans le département. ")

Le marché de conception-réalisation porte à la fois sur l'établissement des études et sur l'exécution des travaux.

En ce qui concerne les situations auxquelles s'applique l'article 10 de la loi MOP, la procédure d'appel d'offres sur <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

performances peut être utilisée pour lancer une consultation anticipée avant la fin des études de maîtrise d'oeuvre, pour un ou plusieurs lots, lorsque les méthodes ou techniques de réalisation ou les produits industriels à mettre en oeuvre impliquent l'intervention, dès l'établissement des avant-projets, de l'entrepreneur ou du fournisseur de produits industriels.

A l'inverse, si dans les limites de l'article 18 de la loi MOP, la collectivité envisage de confier au même titulaire l'établissement des études d'un ouvrage et l'exécution des travaux, elle doit utiliser la procédure de conception-réalisation et non l'appel d'offres sur performances.

37.3. Conditions d'utilisation.

Dans la mesure où la conception-réalisation porte, par définition, à la fois sur la réalisation des études et sur l'exécution des travaux, il faut pour pouvoir y recourir que des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

Les motifs justifiant le recours à la conception-réalisation peuvent être de deux sortes. Ces motifs d'ordre technique peuvent tenir, soit à la destination de l'ouvrage, soit aux techniques de réalisation envisagées. Ils devront évidemment figurer dans le rapport de présentation prévu à l'article 75.

37.3.1. Motifs tenant à la destination de l'ouvrage.

Sont concernés des ouvrages dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception et la réalisation.

37.3.2. Motifs tenant à la technique de réalisation de l'ouvrage.

Des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières ne peuvent justifier à elles seules le recours à cette procédure. Elles doivent avoir pour conséquence de nécessiter le recours à des procédés qui relèvent de la technicité propre des entreprises susceptibles de les réaliser.

Sous-section 3 Concours

Article 38

Le concours est la procédure par laquelle la personne publique choisit, après mise en concurrence et avis du jury mentionné à l'article 25, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer, à l'un des lauréats du concours, un marché.

Le concours peut être ouvert ou restreint.

Le règlement du concours peut prévoir que les concurrents bénéficient du versement de primes.

38.1. L'objet du concours.

Le concours est la procédure par laquelle la personne publique choisit un plan ou un projet. Il a donc en premier lieu pour objet des prestations de conception.

Le concours vise à aboutir à la passation d'un marché avec l'un des lauréats. Les prestations de réalisation du plan ou du projet choisi par la personne publique ont ainsi vocation à donner lieu à un marché.

L'article 35-III, 3°, prévoit que peuvent être passés sous la forme d'un marché négocié sans publicité préalable et sans mise en concurrence, les marchés de services qui doivent être attribués à l'un des lauréats d'un concours.

L'article 71 précise les conditions de passation du marché faisant suite à un concours.

38.2. Domaines d'utilisation.

Il peut être recouru à la procédure du concours principalement dans les domaines de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire, dans le domaine de l'architecture et de l'ingénierie, ou encore dans le domaine du traitement des données.

Il est toutefois à noter que cette liste n'est pas donnée de manière exhaustive.

38.3. Les deux procédures possibles de concours.

Le concours est obligatoirement passé après mise en concurrence. Deux procédures sont possibles :

- le concours ouvert, c'est-à-dire la procédure de concours dans laquelle tous les candidats recevables peuvent présenter une offre ;
- le concours restreint, c'est-à-dire la procédure de concours dans laquelle la personne publique sélectionne les candidats qui seront admis à présenter une offre.

La distinction entre concours ouvert et concours restreint est donc comparable à celle existant entre appel d'offres ouvert et appel d'offres restreint, qui sont définis à l'article 33.

Le déroulement de chacune de ces deux procédures est précisé à l'article 71.

38.4. L'intervention d'un jury.

Sa composition est définie par l'article 25.

Le présent article rappelle que le jury est appelé à donner un avis. Ses attributions sont précisées à l'article 71.

38.5. Les primes versées aux candidats.

La question est précisée par l'article 71.

Chapitre III

Règles générales de passation

Section 1

Organisation de la publicité

Article 39

- Au-delà du seuil de 750 000 Euro HT pour les fournitures et les services et de 5 000 000 Euro HT pour les travaux, les marchés font l'objet d'un avis de préinformation. Cet avis est adressé pour publication à l'Office des publications officielles des Communautés européennes par la personne responsable du marché.
- Pour les marchés de fournitures et de services, cet avis est adressé dès le début de l'exercice budgétaire. La personne responsable du marché indique les montants totaux des fournitures ou des services, estimés par groupes de produits ou catégories de services, susceptibles de faire l'objet de marchés pendant les douze mois suivants.
- Pour les marchés de travaux, l'avis est adressé dans les meilleurs délais après la décision de réaliser un programme de travaux. La personne responsable du marché indique les caractéristiques essentielles des marchés prévus pour la réalisation de ce programme.

39.1. Définition et contenu de l'avis de préinformation.

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

Le code confère un caractère obligatoire à l'avis de préinformation communautaire à partir de seuils spécifiques qui sont les seuils de publicité européenne.

Au-delà du seuil de 750 000 Euro HT pour les fournitures et les services et de 5 000 000 Euro HT pour les travaux, les marchés publics doivent faire l'objet d'un avis de préinformation devant être publié au JOCE.

Cet avis vise à informer le plus tôt possible les entreprises en leur faisant connaître les caractéristiques essentielles des programmes d'achats de fournitures, de prestations de services ou de réalisations de travaux qu'une personne publique envisage d'effectuer. Il est destiné, aussitôt que le programme de fournitures, services ou travaux est établi, à susciter l'intérêt des fournisseurs potentiels et de les mettre sur un même pied d'égalité. Il peut être publié dès que la personne responsable du marché le juge utile et, le cas échéant, avant le début de l'exercice budgétaire.

Le contenu des avis de préinformation n'est pas fixé par le code, toutefois les nécessités de la mise en concurrence conduisent à faire figurer dans ces avis une liste de mentions minimales propres à assurer l'information des candidats potentiels. A cet égard, les directives " marchés publics " contiennent, en annexe, des modèles d'avis permettant d'apprécier ces mentions.

Il apparaît ainsi que les avis de préinformation doivent au minimum contenir :

- l'identité et les coordonnées de la personne responsable du marché ;
- les caractéristiques procédurales : la date provisoire du lancement des procédures de passation du ou des marchés ;
- les caractéristiques de la prestation : la nature, la quantité ou la valeur des produits ou travaux à fournir, lieu de livraison ou d'exécution, délai éventuel de livraison, estimation du montant total envisagé des achats ou fourchette du coût des travaux envisagés.

En effet, s'agissant plus particulièrement des marchés de travaux, l'avis de préinformation devra indiquer l'estimation de la fourchette du coût des prestations envisagées, et dans le cas où l'ouvrage est divisé en plusieurs lots, les caractéristiques essentielles de ces lots par rapport à l'ouvrage, si les renseignements concernant lesdits lots sont disponibles.

Le calcul du montant des seuils s'effectue suivant les modalités définies à l'article 27 du présent code, par référence à l'anomenclature définie par arrêté interministériel.

39.2. Envoi de l'avis à publication.

Ces avis doivent être adressés pour publication à l'Office des publications officielles des Communautés européennes (OPOCE 2, rue Mercier, L-2985 Luxembourg) qui en assure, à titre gratuit, la publication dans le " supplément S " du JOCE ; l'envoi et la publication des avis peuvent être faits par la voie électronique.

Pour les marchés de travaux, l'avis doit être adressé à l'OPOCE dans les meilleurs délais après la prise de décision de réalisation du programme de travaux ; pour l'ensemble des marchés de services et fournitures prévus pour les douze mois à venir, et dont le montant est estimé par groupes de produits ou catégories de services, il doit être adressé dès le début de l'exercice budgétaire.

L'avis de préinformation ne lie pas la personne publique, qui peut toujours décider de renoncer à la passation des marchés envisagés.

Si la publication d'un avis de préinformation permet une réduction des délais normaux de réception des offres, en application des articles 58 et 63, elle ne dispense en revanche pas les acheteurs publics de respecter les diverses modalités de publicité, et notamment celles énoncées à l'article 40.

Article 40

- I. - Les marchés publics sont précédés d'un avis d'appel public à la concurrence sous réserve des exceptions prévues pour les marchés sans formalités préalables et pour les marchés négociés passés sans publicité préalable. En cas de procédure restreinte, la personne responsable du marché peut faire paraître un seul avis pour un ensemble de marchés qu'elle prévoit de lancer, pour des prestations de même nature, au cours d'une période maximale de douze mois.
- II. - Les avis d'appel public à la concurrence sont insérés dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales. Au-delà du seuil de 130 000 Euro HT pour les marchés de l'Etat et de 200 000 Euro HT pour les marchés des collectivités territoriales, l'avis est obligatoirement publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics.
- III. - Au-delà du seuil de 130 000 Euro HT pour les marchés de fournitures et de services de l'Etat, de 200 000 Euro HT pour les mêmes marchés des collectivités territoriales et de 5 000 000 Euro HT pour les marchés de travaux, l'avis est en outre publié au Journal officiel des Communautés européennes.
- IV. - Le Bulletin officiel des annonces des marchés publics est tenu de publier ces avis, conformément au texte de l'avis transmis par la personne responsable du marché, dans les onze jours ou, en cas d'urgence, dans les six jours qui suivent la date de leur réception.
- V. - L'insertion des avis dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics ne peut intervenir avant l'envoi à l'Office des publications officielles des Communautés européennes ; ces avis ne peuvent fournir d'autres renseignements que ceux qui sont adressés à l'office précité.
- VI. - Les avis sont adressés à l'organe de publication par tout moyen permettant de donner date certaine à l'envoi.

40.1. L'avis d'appel public à la concurrence.

Sauf exceptions mentionnées dans l'article 40, les marchés publics doivent faire l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence qui marque le lancement de la procédure. Les avis d'appel public à la concurrence doivent faire l'objet d'une publication dans les supports énumérés par le code, sous peine de constituer un manquement aux obligations de publicité.

La publicité constitue une formalité substantielle dont l'omission ou le caractère irrégulier entache le marché de nullité.

Les modalités d'organisation de la publicité sont déclinées en fonction du montant des marchés à passer ; les seuils de publicité et de procédure sont fusionnés.

Une particularité est à signaler concernant les cas de procédure restreinte, pour lesquels la personne responsable du marché peut faire paraître un seul avis d'appel public à la concurrence pour plusieurs marchés lorsque ces derniers portent sur des prestations de même nature pour une période maximale de douze mois.

Le contenu de l'avis d'appel public à la concurrence n'est plus décrit par le présent code, il est néanmoins possible de se reporter aux modèles européens figurant en annexe des directives " marchés publics ".

Les frais d'insertion des avis sont à la charge de la personne publique qui lance l'appel à la concurrence. Dans le cadre des groupements de commandes, la mutualisation des frais d'insertion peut être réglée par voie de convention entre les adhérents du groupement.

Il est à noter que les collectivités locales ne doivent envoyer l'avis à la publication qu'après avoir été autorisées par leur assemblée délibérante à lancer la procédure de passation des marchés.

40.2. Le choix et les modalités de la publication.

40.2.1. Les marchés dont le montant est compris entre 90 000 Euro HT et 130 000 Euro HT pour l'Etat et 200 000 Euro HT pour les collectivités territoriales.

En dessous des seuils de l'appel d'offres, les avis d'appel public à la concurrence peuvent être publiés au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP, édité par la Direction des Journaux officiels, 26, rue Desaix, 75527 Paris Cedex 15 et pouvant être consulté par voie électronique : journal-officiel.gouv.fr) ou dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales.

La liste des publications habilitées à recevoir des annonces légales est fixée dans chaque département par arrêté préfectoral, précisant aussi le tarif des insertions. Pour connaître cette liste, les acheteurs sont invités à se rapprocher de leur préfecture, service du dépôt légal.

Lorsque le marché est exécuté dans un autre département que celui du service ou de l'établissement, l'annonce est envoyée à une publication habilitée à recevoir des annonces légales dont le siège est dans le département d'exécution des prestations.

Les obligations de publication au BOAMP ou dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales présentent un caractère alternatif et non cumulatif, même si la personne publique peut recourir à ces deux modes de publicité à la fois. Si elle retient cette dernière possibilité, elle doit veiller, pour éviter tout contentieux sur la régularité de la publicité, à envoyer les différents avis à la même date.

L'avis de publication est global pour un marché donné. Il ne peut y avoir d'avis de publication séparés pour un ou plusieurs lots lorsque le marché est alloté.

Pour mémoire, les marchés inférieurs au seuil de 90 000 Euro HT mentionné à l'article 28 ne sont soumis à aucune obligation de publicité formalisée.

40.2.2. Les marchés dont le montant est supérieur au seuil de 130 000 Euro HT pour l'Etat et 200 000 Euro HT pour les collectivités territoriales.

Au-dessus des seuils de l'appel d'offres, les avis d'appel public à la concurrence sont obligatoirement publiés au Bulletin officiel des annonces des marchés publics. Le défaut de publication au BOAMP entache de nullité la procédure. Sauf cas particulier des marchés de travaux développé ci-après, les avis relatifs à ces marchés doivent également faire l'objet d'une publicité communautaire.

40.2.2.1. Les marchés de fournitures et de services doivent faire l'objet, à partir des seuils de 130 000 Euro HT pour l'Etat et de 200 000 Euro HT pour les collectivités territoriales, d'une double publicité sous la forme d'un avis publié au BOAMP et d'une publication au Journal officiel des Communautés européennes (JOCE).

40.2.2.2. En ce qui concerne les marchés de travaux, ils ne sont soumis à l'obligation de publicité communautaire qu'à partir du seuil de 5 000 000 Euro HT. Entre le seuil de l'appel d'offres et ce seuil de 5 000 000 Euro HT, seule la publicité au BOAMP est obligatoire.

L'envoi à l'Office des publications officielles des Communautés européennes doit précéder l'insertion au BOAMP. Les avis d'appel à la concurrence nationale et communautaire doivent contenir les mêmes renseignements.

40.3. Les délais.

Le BOAMP est tenu de publier les avis dans les onze jours, ou en cas d'urgence dans les six jours, qui suivent la date de réception des avis. En cas d'urgence, elle doit être mentionnée expressément dans l'avis.

Le BOAMP publie l'avis conformément au texte transmis par la personne publique, le cas échéant rectifié avec l'accord de celle-ci.

40.4. Le contenu.

Le contenu des avis d'appel public à la concurrence n'est pas défini par le code, toutefois les nécessités de la mise en concurrence imposent que figure dans ces avis une liste de mentions minimales propres à assurer l'information des candidats potentiels.

A cet égard, les directives " marchés publics " contiennent en annexe des modèles d'avis permettant d'apprécier ces mentions. Ces modèles ont un caractère contraignant pour les marchés supérieurs aux seuils de publicité communautaire.

Il est recommandé (pour les marchés non soumis aux publicités communautaires) de se référer également à ces modèles

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

qui contiennent :

- l'identité et les coordonnées de la personne publique ainsi que de la personne responsable du marché ;
- les caractéristiques procédurales : le mode de passation choisi et le cas échéant la justification du recours à l'urgence ;
- pour les marchés de fournitures : la nature des produits à fournir, en indiquant, notamment, si les offres sont sollicitées en vue d'un achat, d'un crédit-bail, d'une location ou d'une location-vente ou d'une combinaison de ceux-ci, le numéro de référence de la nomenclature, la quantité des produits à fournir, en indiquant notamment les options concernant des achats complémentaires, dans le cas de marchés reconductibles, le calendrier des marchés publics ultérieurs pour les achats envisagés ;
- pour les marchés de services : la catégorie du service et la description de celui-ci, le numéro de référence de la nomenclature, la quantité des services à fournir, l'indication éventuelle des options concernant des achats complémentaires, dans le cas de marchés reconductibles, le calendrier des marchés publics ultérieurs pour les achats de services envisagés ;
- pour les marchés de travaux : la nature et l'étendue des travaux, les caractéristiques générales de l'ouvrage ;
- si l'ouvrage ou le marché est divisé en plusieurs lots, l'ordre de grandeur des différents lots et l'indication de la possibilité, pour les opérateurs économiques, de soumissionner pour un, plusieurs et/ou la totalité de ces lots ;
- le lieu de livraison ou d'exécution, le délai éventuel de livraison ;
- la durée du marché et, dans la mesure du possible, la date limite à laquelle seront livrées les fournitures, fournis les services ou commenceront les travaux ;
- s'il y a lieu, les conditions particulières de réalisation du marché ;
- les nom et adresse du service auprès duquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés ;
- la date limite de réception des offres et la date d'envoi de l'avis à publication ainsi que la date de réception de l'avis par l'Office des publications officielles des Communautés européennes ;
- les renseignements demandés sur la situation des candidats ainsi que sur leurs capacités techniques, économiques et financières ;
- les critères d'attribution du marché (sur la hiérarchisation des critères voir point 53 ci après).

Cette liste de mentions n'est pas limitative, et il est loisible à la personne responsable du marché de fournir toutes autres indications qu'elle jugera utiles.

Il est important de noter que l'avis doit toujours être sincère.

Section 2

Information des candidats

Article 41

Les pièces nécessaires à la consultation des candidats à un marché leur sont remises gratuitement. Toutefois, les candidats aux marchés des collectivités territoriales peuvent être tenus de fournir un cautionnement. Le cautionnement est déposé entre les mains du comptable ou d'un régisseur de la collectivité territoriale intéressée. Il est restitué à l'issue de la procédure.

41.1. Gratuité du dossier de consultation.

Les pièces nécessaires à la consultation sont remises gratuitement aux candidats aux marchés. L'avis d'appel public à la concurrence peut prévoir, en outre, les conditions dans lesquelles les candidats peuvent obtenir d'autres exemplaires du dossier de la consultation ou des copies de pièces qui les intéressent.

Les dossiers de consultation doivent pouvoir être retirés sur place dès le jour de parution de l'annonce et jusqu'à la date limite de réception des offres.

41.2. Le cautionnement.

Afin d'éviter un alourdissement des charges des collectivités territoriales, un cautionnement peut être demandé aux candidats qui retirent un dossier de consultation.

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

Dans ce cas, l'attention des collectivités territoriales est appelée sur l'obligation de fixer le principe et les modalités du cautionnement dans le règlement de la consultation. Elles doivent y indiquer le montant du cautionnement demandé. Une copie du règlement de la consultation devra être remise par la collectivité dès que possible au comptable assignataire (ou, le cas échéant, au régisseur) afin qu'il puisse prendre en charge le cautionnement.

La remise du cautionnement est faite par les entreprises auprès du comptable assignataire ou auprès du régisseur de la collectivité, préalablement au retrait du dossier de consultation.

La liste des entreprises ayant retiré un dossier de consultation, attestée par l'ordonnateur, est transmise par celui-ci au comptable.

Le cautionnement est remboursé aux entreprises - qu'elles aient ou non remis une offre - à partir de la date de notification du marché. A cette fin, le comptable restitue aux entreprises leur chèque ou procède aux opérations nécessaires au remboursement qu'il a pris en charge, si celui-ci a été déposé en espèces. Cette opération est automatique et n'a donc pas à être demandée par les entreprises concernées.

Article 42

Les marchés passés après mise en concurrence font l'objet d'un règlement de la consultation. Les mentions figurant dans ce règlement sont précisées par un arrêté du ministre chargé de l'économie. Ce règlement est facultatif si les mentions qui doivent y être portées figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence.

42.1. Cas général.

L'avis d'appel public à la concurrence mentionné à l'article 40 est complété par un règlement de la consultation, sauf si les renseignements de l'avis sont suffisants et comprennent les informations devant figurer dans le règlement. Le contenu de ce règlement est fixé par un arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et un modèle est annexé à cet arrêté.

La personne publique a donc le choix entre deux formules :

- soit elle rédige un avis d'appel public à la concurrence réduit à des mentions minimales et elle le complète par un règlement de la consultation ;
- soit elle choisit de publier un avis d'appel public à la concurrence complet qui comporte les mentions obligatoires indiquées dans l'arrêté prévu au présent article et elle est dispensée de l'établissement d'un règlement de la consultation.

42.2. Cas particulier : la fourniture d'échantillons.

L'acheteur public ne peut exiger la fourniture d'un échantillon qu'à la condition de l'avoir expressément prévue dans le règlement de la consultation et de faire figurer cette demande dans l'avis d'appel public à la concurrence. En outre, les modalités de transmission, d'examen et de renvoi des échantillons doivent également être précisées dans le règlement de la consultation.

Le nombre des échantillons devra être proportionné avec l'objectif de procéder au meilleur choix et compatible avec le niveau de spécification technique exigé du produit. Par ailleurs, l'acheteur public ne pourra demander des échantillons dont le nombre serait tel qu'il répondrait d'ores et déjà à une partie trop importante du besoin exprimé.

En outre, le règlement de la consultation pourra toujours prévoir des modalités d'indemnisation des entreprises, notamment en cas de coût élevé des offres, pour le paiement de certains échantillons ou de tests conduisant à l'altération d'échantillons représentant un exemplaire du produit lui-même.

Section 3

Conditions d'accès à la commande publique relatives à la situation fiscale et sociale des candidats et aux difficultés des entreprises

Article 43

Conformément à l'article 39 de la loi n° 54-404 du 10 avril 1954 portant réforme fiscale, ne sont pas admises à concourir aux marchés publics les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale, ou n'ont pas effectué le paiement des impôts et cotisations exigibles à cette date.

Toutefois, sont considérées comme en situation régulière les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'avaient pas acquitté les divers produits devenus exigibles à cette date, ni constitué de garanties, mais qui, entre le 31 décembre et la date du lancement de la consultation, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, soit acquitté lesdits produits, soit constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme mentionné ci-dessus.

Les personnes physiques qui sont dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale qui ne satisfait pas aux conditions prévues aux alinéas précédents ne peuvent être personnellement candidates à un marché.

La liste des impôts et cotisations mentionnés ci-dessus est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé de l'emploi.

43.1. La régularité de la situation sociale et fiscale est une condition d'accès aux marchés publics.

Les personnes qui ne sont pas en règle au regard de leurs obligations sociales et fiscales ne peuvent accéder aux marchés publics passés selon l'une des procédures formalisées décrites dans le code, quelles qu'en soient les modalités.

Pour les marchés passés sans formalités préalables, il n'y a donc pas lieu de demander au futur titulaire du marché, avant signature du marché, de produire ses certificats fiscaux et sociaux.

43.2. Impôts et cotisations sociales au regard desquels est appréciée la régularité de la situation des candidats à un marché public.

La liste des impôts et cotisations sociales est énumérée dans l'arrêté pris en application du dernier alinéa de cet article.

43.3. Champ d'application de la règle.

Sauf disposition particulière du dernier alinéa de l'article 46, cette obligation concerne toute personne qui fait acte de candidature dans le cadre d'une procédure de marché formalisée et notamment :

- les établissements publics à caractère industriel et commercial qui sont des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés ainsi qu'à la taxe sur la valeur ajoutée dans les conditions de droit commun ;
- les organismes sans but lucratif (associations de la loi de 1901 notamment) qui peuvent, dans le cadre de la réalisation de leur objet social, exercer une activité rémunérée ;
- les sous-traitants (cf. article 114, alinéa 8) qui doivent remettre une déclaration indiquant qu'ils ne tombent pas sous le coup d'une interdiction d'accéder aux marchés publics et notamment de l'interdiction prévue par l'article 43.

Seules peuvent concourir aux marchés publics les entreprises qui ont souscrit les déclarations leur incombant au titre des régimes fiscaux et sociaux dont elles relèvent.

43.4. Cas particuliers.

43.4.1. Les entreprises nouvelles.

L'entreprise créée au cours de l'année du lancement de la procédure ne peut obtenir de certificats fiscaux ou sociaux. Elle n'a donc à produire au minimum qu'une copie certifiée conforme du récépissé de dépôt du centre de formalités des entreprises ou un extrait du registre du commerce ou toute autre pièce officielle attestant de sa naissance dans l'année.

43.4.2. Le groupe fiscalement intégré.

Dans un groupe fiscalement intégré, la société mère se constitue seule redevable de l'impôt sur les sociétés ; elle seule peut donc justifier du paiement de cet impôt pour l'ensemble des sociétés se trouvant dans le périmètre du groupe.

43.4.3. Les entreprises bénéficiant d'un plan de règlement.

Sont considérés comme en règle au regard du recouvrement les candidats aux marchés publics qui ont obtenu du comptable ou de la commission départementale des chefs des services financiers un plan de règlement échelonné de la

TVA dès lors qu'ils en auront strictement respecté les conditions au 31 décembre de l'année n-1.

43.4.4. Les entreprises soumissionnaires en situation de redressement judiciaire.

Plusieurs hypothèses doivent être envisagées :

1° L'entreprise est placée en redressement judiciaire au cours de l'année n-1 et un plan de redressement a été adopté avant le 31 décembre de l'année n-1 ; le soumissionnaire est en règle si le plan est respecté.

La question se pose de savoir ce qu'il faut entendre par " l'entreprise respecte le plan " quand le plan propose un échéancier de paiements et que la date de la première échéance intervient après le 31 décembre de l'année n-1. Au cas particulier, l'administration n'a pas pu vérifier la volonté de l'entreprise de respecter le plan par le règlement de la première échéance car il n'a pas été effectué. Le plan fixe les obligations à respecter, si la concrétisation du respect des obligations fixées par le plan ne peut intervenir qu'après la date du 31 décembre de l'année n-1, rien ne permet d'affirmer que l'entreprise ne respecte pas ses obligations ;

2° L'entreprise est placée en redressement judiciaire au cours de l'année n-1 et au 31 décembre de l'année n-1 aucun plan de redressement n'a été adopté. L'entreprise est encore dans la première phase de la procédure de redressement judiciaire, à savoir, la période d'observation ;

L'entreprise ne peut être considérée comme en règle au regard de ses obligations dans la mesure où d'une part elle n'a pas au 31 décembre de l'année n-1 acquitté ses obligations et où d'autre part elle ne peut plus les acquitter. L'appréciation de la régularité de la situation de l'entreprise se fait au 31 décembre de l'année n-1. C'est à cette date que l'entreprise doit avoir satisfait à l'ensemble des obligations déclaratives ou de paiement lui incombant au plus tard à cette même date, quel que soit l'exercice auquel se rapporte l'obligation ;

3° L'entreprise est placée en redressement judiciaire au cours de l'année n, mais au 31 décembre de l'année n-1 elle s'est acquittée de ses obligations.

Dans la mesure où l'entreprise est à jour de ses cotisations au 31 décembre de l'année n-1, elle est dans une situation régulière et elle a pu, par hypothèse, demander la délivrance d'un état annuel des certificats reçus dès le début de l'année n. Cet état vaut pour toute l'année n et toutes les consultations de marchés publics lancés au cours de l'année n, quand bien même le candidat serait défaillant (en matière fiscale ou sociale) dans le cours de l'année n ;

4° L'entreprise a été placée en redressement judiciaire au cours de l'année n-1 et un plan de redressement est adopté entre le 31 décembre de l'année n-1 et la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence au cours de l'année n.

En principe, compte tenu du fait que la régularité de la situation de l'entreprise s'apprécie au 31 décembre de l'année n-1, si à cette date le candidat n'est pas en règle, il ne peut pas poser sa candidature à un marché au cours de l'année n.

43.4.5. Les soumissionnaires régularisant le dépôt de leurs déclarations à la date de la demande d'attestation.

A titre dérogatoire, les entreprises n'ayant pas déposé les déclarations requises au 31 décembre de l'année n-1 mais qui auront intégralement régularisé leur situation à la date de la demande d'attestation seront considérées comme en règle au regard du dépôt de leurs déclarations.

43.4.6. Les soumissionnaires régularisant leurs paiements à la date de la demande d'attestation.

A titre dérogatoire, les entreprises reliquataires au 31 décembre de l'année n-1 mais qui auront intégralement régularisé leur situation à la date de la demande d'attestation seront également considérées comme en règle au regard du paiement de la TVA.

43.5. Date à laquelle s'apprécie la régularité de la situation du candidat au marché public.

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

La date à prendre en compte pour l'appréciation de la régularité de la situation de l'entreprise au regard de ses obligations fiscales et sociales est le 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation.

Le lancement de la consultation débute avec l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence. Ainsi pour une consultation dont l'avis d'appel public à la concurrence est envoyé le 29 décembre 2001 à la publication, les certificats fiscaux et sociaux relatifs à la situation du candidat établis au 31 décembre 2000 sont suffisants. Néanmoins, si les candidats produisent des certificats fiscaux et sociaux relatifs à leur situation au 31 décembre 2001 ces candidats devront être considérés comme satisfaisant aux règles posées par l'article 43 car ils n'auraient pu obtenir ces certificats s'ils n'avaient pas été en règle au titre de l'année précédente.

La personne publique qui déclare une offre irrecevable à la suite d'une erreur sur l'exercice à prendre en compte pour apprécier la situation des candidats commet une erreur de droit.

43.6. Mesures d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement.

Par mesures d'exécution du comptable, il faut entendre les actes qu'accomplit, dans le cadre proprement dit des procédures civiles d'exécution, le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement pour recouvrer par la contrainte les sommes qui lui sont dues.

Les procédures civiles d'exécution trouvent leurs fondements juridiques dans divers textes dont les principaux sont la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et son décret d'application n° 92-755 du 31 juillet 1992, le code de procédure civile, le code de la sécurité sociale ou encore le livre des procédures fiscales. Il s'agit essentiellement de l'avis à tiers détenteur, la saisie-attribution, la saisie-vente, la saisie-immobilière.

En ce qui concerne les impôts, seules les réclamations assorties de l'effet suspensif aux termes des articles L. 277 à L. 279

A du livre des procédures fiscales et le dépôt de garanties suffisantes peuvent justifier le non-paiement d'un impôt et de la majoration de 10 % correspondante à la date retenue pour l'appréciation.

Il est précisé que la présentation d'une demande en remise gracieuse visant soit l'impôt soit une majoration de 10 % ou des frais de poursuite n'autorise pas le soumissionnaire à se considérer en règle dès lors que le paiement n'est pas intervenu.

En ce qui concerne les cotisations sociales, de simples mises en demeure ou la signification d'une contrainte ne doivent pas être considérées comme des mesures d'exécution (lettre-circulaire de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale- ACOSS - du 25 juillet 1994).

43.7. Garanties constituées par le candidat et jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement.

Ces garanties, en ce qui concerne les impôts, peuvent être constituées par une consignation à un compte d'attente du Trésor, des créances sur le Trésor, des obligations dûment cautionnées, des valeurs mobilières, des marchandises déposées dans les magasins agréés par l'Etat et faisant l'objet d'un warrant endossé à l'ordre du Trésor, des affectations hypothécaires, des nantissements de fonds de commerce.

En ce qui concerne les cotisations sociales, les garanties peuvent être constituées par toute mesure propre à donner à la caisse créancière l'assurance d'être réglée suivant les modalités proposées et acceptées de part et d'autre. Une caution bancaire, la prise d'un nantissement ou l'inscription d'une hypothèque peut paraître sur ce point une garantie suffisante (lettre-circulaire ACOSS du 25 juillet 1994).

Article 44

Ne sont pas admises à concourir aux marchés publics les personnes physiques ou morales en état de liquidation judiciaire et les personnes physiques dont la faillite personnelle a été prononcée ainsi que les personnes faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger.

Les personnes physiques ou morales admises au redressement judiciaire ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger doivent justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché.

Le code n'a pas pour objectif d'écarter de la commande publique des soumissionnaires qui connaissent des difficultés passagères. Toutefois la pérennité des contrats et la bonne exécution des prestations ne doivent pas être compromises par les aléas de la situation financière et juridique des entreprises.

Ainsi, dans l'hypothèse où l'entreprise est en redressement judiciaire et que la durée du marché est supérieure à celle de la période d'observation définie par le juge, il est de l'intérêt de l'entreprise candidate et de son administrateur d'apporter au juge compétent tous les éléments de fait et de droit de nature à prolonger ladite période, afin de concourir utilement aux marchés publics. A défaut d'avoir été habilitée à poursuivre son activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché, l'entreprise en redressement judiciaire ne pourra voir sa candidature retenue.

L'entrepreneur, objet d'une procédure de redressement judiciaire, doit établir par tout moyen à sa convenance que la période d'observation fixée par le juge de la procédure est compatible avec la date et la durée d'exécution du marché.

Dès lors que cette compatibilité est établie, la candidature de l'entreprise en redressement judiciaire au marché public doit être examinée dans les mêmes conditions que celles de ses concurrents.

La solution dégagée ci-dessus est également applicable aux entreprises groupées dont une d'entre elles fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire sous les réserves suivantes :

S'il s'agit d'entreprises groupées solidairement, la question qu'il appartient à l'acheteur public de trancher est celle de savoir si les autres membres du groupement ont ou n'ont pas la capacité de mener à bien le marché en cas de défaillance éventuelle du membre en cause. Pour les groupements conjoints, il apparaît possible d'admettre que le mandataire du groupement qui, dès la présentation de la candidature ou dès l'admission au redressement judiciaire de l'une des entreprises membres, se déclare solidaire de la réalisation du lot de cette entreprise, puisse garantir l'exécution de l'offre correspondante. A défaut, l'offre du groupement serait incomplète et devrait être rejetée.

L'acheteur public, qui retient une entreprise qui lui a caché sa situation de redressement judiciaire, peut revenir sur son choix et reprendre l'examen des offres.

Section 4
Présentation des candidatures

Article 45

A l'appui des candidatures, il ne peut être exigé que :

- 1° Des renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat, des documents relatifs aux pouvoirs de la personne habilitée pour l'engager et, en ce qui concerne les marchés passés pour les besoins de la défense, à sa nationalité. La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie ;
- 2° Si le candidat est en redressement judiciaire, la copie du ou des jugements prononcés à cet effet ;
- 3° La déclaration que le candidat ne fait pas l'objet d'une interdiction de concourir ;
- 4° Les certificats et déclarations sur l'honneur mentionnés à l'article 46 ci-après ;
- 5° Les documents ou attestations figurant à l'article R. 324-4 du code du travail ;
- 6° L'attestation sur l'honneur que le candidat n'a pas fait l'objet, au cours des cinq dernières années, d'une condamnation inscrite au bulletin no 2 du casier judiciaire pour les infractions visées aux articles L. 324-9, L. 324-10, L. 341-6, L. 125-1 et L. 125-3 du code du travail.

La sélection des candidats s'opère sur la base des renseignements et documents demandés par la personne responsable du marché. Il ne s'agit pas d'exiger tous les renseignements mentionnés au présent article, mais il n'est pas possible d'en demander d'autres. Il en résulte qu'un candidat évincé par la personne responsable du marché pour non-production d'un document qui ne serait pas cité au présent article constituerait une faute susceptible de vicier la procédure. A ce stade, aucun élément de proposition relatif au prix ou à la prestation ne peut être réclamé ou fourni.

Cet article renvoie, pour son application, à un arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.

L'attention des personnes responsables des marchés est appelée sur ce point, car il est fortement recommandé, dans un double souci de simplification des procédures et d'ouverture de la commande publique aux PME, de n'exiger des entreprises que les documents strictement nécessaires à l'examen des candidatures.

Ces renseignements ou documents figurent toujours dans la première enveloppe lors d'une procédure d'appel d'offres ouvert. Dans les procédures restreintes, ils sont demandés lors de la première phase de la procédure ou phase de sélection des candidats admis à présenter une offre.

L'usage des formulaires existants facilite la tâche des entreprises dans la mesure où ils contiennent notamment les attestations de l'article 43.

Article 46

Le candidat produit, pour justifier qu'il a satisfait aux obligations fiscales et sociales, une déclaration sur l'honneur dûment datée et signée. Le marché ne peut être attribué au candidat retenu que sous réserve que celui-ci produise dans un délai imparti par la personne responsable du marché les certificats délivrés par les administrations et organismes compétents.

Un arrêté des ministres intéressés fixe la liste de ces administrations et organismes ainsi que la liste des impôts et cotisations sociales pouvant donner lieu à délivrance du certificat.

Le candidat établi dans un Etat membre de la Communauté européenne autre que la France doit produire un certificat établi par les administrations et organismes du pays d'origine, selon les mêmes modalités que celles qui sont prévues ci-dessus pour le candidat établi en France.

Le candidat établi dans un pays tiers doit, pour les impôts, taxes et cotisations sociales ne donnant pas lieu, dans ledit pays, à la délivrance d'un certificat par les administrations et organismes de ce pays, produire une déclaration sous serment effectuée devant une autorité judiciaire ou administrative de ce pays.

La déclaration ou les certificats prévus au présent article ne peuvent pas être exigés de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics administratifs qui ne sont pas soumis aux obligations mentionnées à l'article 43.

46.1. Les candidats établis en France.

La déclaration sur l'honneur faite par le candidat pour justifier qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales n'a pas de forme déterminée par un texte, la forme de ce document est libre.

Si le candidat utilise le formulaire de déclaration du candidat, il n'aura pas besoin d'établir un document spécial attestant qu'il est dans une situation régulière au regard de ses obligations fiscales et sociales car elle y est intégrée.

Si, ce qui est recommandé, l'entreprise souhaite fournir directement le certificat au lieu de l'attestation sur l'honneur, elle peut le faire et sa candidature est recevable.

Désormais, seul le candidat retenu est tenu de fournir, avant d'être définitivement désigné comme attributaire du marché, les certificats attestant de la régularité de sa situation au regard de ses obligations fiscales et sociales. La personne responsable du marché fixe le délai dans lequel les certificats fiscaux et sociaux seront fournis, ainsi qu'expliqué dans le commentaire de l'article 53.

Le candidat retenu a donc, pour administrer la preuve qu'il est en règle au regard de ses obligations fiscales et sociales, le choix entre deux solutions :

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

- il a toujours la possibilité de faire lui-même les démarches auprès des organismes compétents afin d'obtenir les certificats fiscaux et sociaux originaux et de produire lui-même une copie certifiée conforme à l'original des divers certificats lors de chaque consultation ;
- il peut également utiliser la procédure de l'établissement de l'état annuel des certificats reçus et produire une copie, certifiée conforme, dudit état annuel lors de chaque consultation.

46.2. Les candidats non établis en France.

Une distinction doit être opérée entre le candidat établi dans un Etat membre de l'Union européenne, c'est à dire dont le siège social se trouve dans un Etat membre, et celui dont le siège social se trouve dans un pays tiers.

S'il s'agit d'un candidat établi dans un Etat membre de l'Union, ses obligations sont identiques à celles des entreprises françaises : il doit fournir les certificats justifiant la régularité de sa situation sociale et fiscale au regard de leur législation nationale.

S'agissant des candidats établis dans un pays tiers, la règle est la même. Toutefois, dans l'hypothèse où les obligations sociales et fiscales ne donnent pas lieu à certificat officiel, l'alinéa 3 de l'article 46 prévoit la production d'une déclaration sous serment effectuée devant une autorité judiciaire ou administrative du pays considéré.

46.3. L'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements administratifs.

S'agissant de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics administratifs, il ne pourra être exigé d'eux que les justifications des obligations sociales et fiscales auxquelles ils sont assujettis.

Article 47

L'inexactitude des renseignements prévus aux 2°, 3°, 4°, 5° et 6° de l'article 45 peut entraîner les sanctions suivantes :

1° Par décision du ministre intéressé pour les marchés passés par les services relevant de son autorité ou du préfet intéressé pour les marchés passés par les collectivités territoriales placées sous son contrôle, l'exclusion temporaire du candidat des marchés. Le candidat est invité, au préalable, à présenter ses observations. La décision d'exclusion, motivée, lui est notifiée. Le ministre ou le préfet, selon le cas, assure la publication de sa décision au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ;

2° Par décision de la personne responsable du marché aux frais et risques du déclarant :

- a) La reprise en régie des prestations prévues au marché ;
- b) La résiliation du marché, suivie ou non de la passation d'un autre marché.

Les excédents de dépenses résultant de la mise en régie ou de la passation d'un autre marché, après résiliation, sont prélevés sur les sommes qui peuvent être dues à l'entrepreneur, sans préjudice des droits à exercer contre lui en cas d'insuffisance. Les diminutions éventuelles de dépenses restent acquises à la personne publique.

Les sanctions prévues à cet article sont prises sur le fondement des principes généraux du droit.

L'administration apprécie dans chaque cas, selon la gravité de l'inexactitude et le caractère, volontaire ou non, de l'erreur commise, s'il y a lieu ou non d'infliger une sanction.

L'obligation pour la personne responsable du marché de motiver la sanction, d'inviter préalablement l'entreprise candidate ou titulaire à présenter sa défense, vaut pour toutes les décisions : exclusion temporaire, reprise en régie des prestations ou résiliation du marché. Ce sont des formalités substantielles qui conditionnent la régularité de la sanction.

La décision de reprise en régie ou de résiliation est toujours précédée d'une mise en demeure sauf dispositions contractuelles contraires. La mise en demeure préalable constitue une formalité substantielle dont le non-respect entache d'irrégularité la décision. Elle doit préciser les manquements reprochés au titulaire du marché, mentionner la sanction envisagée et être signée par la personne responsable du marché.

Section 5
Présentation des offres

Article 48

Les offres sont présentées sous la forme de l'acte d'engagement tel que défini à l'article 11 et établi en un seul original par les candidats aux marchés.

Les offres doivent être signées par les candidats qui les présentent ou par leurs représentants dûment habilités. Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché.

L'article 48 fait référence à l'article 11 qui définit l'acte d'engagement comme " la pièce signée par un candidat à un marché public dans laquelle il présente son offre ou sa proposition et adhère aux clauses que la personne publique a rédigées. Cet acte d'engagement est ensuite signé par la personne publique. ".

48.1. Capacité à représenter l'entreprise.

La personne responsable du marché doit vérifier si les personnes qui signent les offres au nom des entreprises candidates ont dûment été habilitées. Cette habilitation est différente suivant la forme juridique de l'entreprise considérée (extrait des statuts de la société, délibération du conseil d'administration, pouvoir habilitant une personne nommément désignée à représenter l'entreprise).

Dans le cas où la personne signataire est attachée à plusieurs entreprises, elle ne peut représenter plusieurs entreprises soumissionnaires pour une même prestation.

48.2. Signature.

L'offre ou acte d'engagement doit être signé par le candidat ou son représentant dûment habilité. Il s'agit là d'une formalité substantielle prescrite à peine d'irrecevabilité de l'offre.

L'obligation de signature prescrite par cet article ne concerne que l'acte d'engagement. Le code des marchés publics n'impose pas la signature, ni même le paraphe de l'ensemble des documents contractuels (cahiers des charges et documents annexes) auxquels se réfère l'acte d'engagement. Un candidat se trouve donc valablement lié par sa soumission alors même qu'il aurait omis de parapher l'une des pages de l'acte d'engagement et n'aurait pas signé le CCAP.

48.3. Rédaction de l'offre en langue française.

L'offre doit être rédigée en français (loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française et circulaire d'application du 19 mars 1996 publiée au Journal officiel du 20 mars 1996). Il convient de rappeler cette obligation dans le règlement de la consultation.

Article 49

La personne responsable du marché peut exiger que les offres soient accompagnées d'un devis descriptif et estimatif détaillé comportant toutes indications permettant d'apprécier les propositions de prix. Ce devis n'a pas de valeur contractuelle, sauf disposition contraire insérée dans le marché.

Le devis descriptif et estimatif détaillé est un élément de l'offre, distinct des pièces contractuelles indiquées dans le CCAG " Travaux ", qui permet d'élaborer le prix du marché et de comparer les offres.

49.1. Caractère facultatif du devis.

Dans le même souci de simplification évoqué dans le commentaire de l'article 45, les acheteurs publics veilleront à ne pas demander de devis descriptif et estimatif détaillé lorsque ce n'est pas indispensable ; le devis doit être nécessaire à la détermination du prix et à la comparaison des offres ; dans le cas contraire, la demande d'un tel document n'est pas justifiée.

L'exigence du devis, si elle existe, doit figurer dans le règlement de consultation. Lorsque l'acheteur public le demande, il est obligatoire pour le candidat de joindre ce devis à son offre. S'il ne le fait pas, son offre sera irrecevable.

49.2. Absence de valeur contractuelle.

Le devis, n'ayant pas de valeur contractuelle, n'a pas à être signé. En conséquence, aucune des parties au marché ne peut se prévaloir d'une erreur ou d'une omission de ce devis. Les erreurs ou omissions dans le devis ne sont pas une cause de nullité du marché et leurs conséquences onéreuses restent à la charge de l'entrepreneur. De manière symétrique, une erreur affectant le devis estimatif n'ouvre pas droit à une réduction de prix au profit de la personne publique.

49.3. Contenu et champ d'application.

Le devis doit être suffisamment détaillé et permettre soit pour l'ensemble de la prestation, soit pour chacun de ses éléments constitutifs, d'analyser les éléments composant le prix. Sa forme et son contenu devront être adaptés aux caractéristiques des prestations.

Ce devis peut concerner tout marché, qu'il porte sur des fournitures, des travaux ou des prestations de services. En pratique, on le conçoit essentiellement pour les marchés de travaux ou de fournitures industrielles.

Article 50

En cas d'appel d'offres ou de mise en concurrence simplifiée, sauf disposition expresse contraire figurant dans le règlement de la consultation, les candidats peuvent présenter une offre comportant des variantes par rapport aux spécifications des cahiers des charges qui ne sont pas qualifiées d'intangibles dans le règlement de la consultation. Les variantes doivent être proposées avec l'offre de base.

50.1. Définition.

La possibilité ouverte aux entreprises de proposer des variantes est une disposition nouvelle. La variante consiste en une modification, à l'initiative du candidat, de certaines spécifications des prestations décrites dans le cahier des charges ou plus généralement dans le dossier de consultation. Les variantes peuvent conduire à des propositions techniques plus performantes ou à des propositions financières plus intéressantes (voire les deux à la fois) que celles proposées par l'administration ou le maître d'oeuvre.

S'agissant des spécifications des cahiers des charges, il résulte des termes mêmes du code des marchés publics qu'elles peuvent être très diverses. Elles ne se limitent pas nécessairement aux seules spécifications techniques.

La distinction existant entre la variante et l'option ne porte pas sur le fond, elle repose sur la personne qui est à l'origine de cette forme d'offre. Il s'agit d'une option si c'est une demande de la personne publique et d'une variante lorsqu'il s'agit d'une proposition du candidat.

50.2. Liberté de présenter une variante.

Le principe posé par le code des marchés publics est celui de la liberté pour le candidat de proposer des variantes à son offre.

La personne responsable du marché conserve la possibilité de refuser ces variantes dans certains cas, refus qui doit pouvoir être justifié par l'objet du marché ou des circonstances particulières. Dans cette hypothèse, le règlement de la <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

consultation doit préciser et définir les limites en indiquant les spécifications du cahier des charges qui sont intangibles.

Cette possibilité de présenter des variantes est ouverte dans les procédures d'appel d'offres ou de mise en concurrence simplifiée. Les procédures négociées ne sont pas citées dans le présent article car il est évident que la possibilité de variante existe, puisqu'elle peut résulter de la négociation.

50.3. Présentation de la variante.

La variante devant être proposée avec l'offre de base, elle doit être présentée en même temps. A défaut, elle est irrecevable.

Dans le cas d'offres avec variantes, deux possibilités existent, au choix de l'entreprise : soit le candidat établit des actes d'engagement séparés pour la solution de base et pour chacune des variantes, soit il établit un seul acte d'engagement sur lequel seront distinguées l'offre de base et sa variante. Dans la première option, le candidat devra signer tous les actes d'engagement.

Les candidats étant liés par les offres qu'ils ont déposées jusqu'à l'expiration de leur délai de validité, il en va de même pour les variantes. Ils ne peuvent donc ni les retirer, ni leur en substituer de nouvelles.

Les variantes sont également traitées à l'article 53-V (examen des offres avec variantes).

Section 6 Les groupements des candidatures ou des offres

Article 51

- I. - Les entreprises peuvent présenter leur candidature ou leur offre sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint, sous réserve du respect des règles relatives à la liberté des prix et à la concurrence. Le groupement est conjoint lorsque, l'opération étant divisée en lots, chacun des prestataires membres du groupement s'engage à exécuter le ou les lots qui sont susceptibles de lui être attribués dans le marché. Le groupement est solidaire lorsque chacun des prestataires membres du groupement est engagé pour la totalité du marché, que l'opération soit ou non divisée en lots.
- II. - Dans les deux formes de groupements, l'un des prestataires membres du groupement, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis de la personne responsable du marché, et coordonne les prestations des membres du groupement. Si le marché le prévoit, le mandataire conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard de la personne publique, pour l'exécution du marché.
- III. - En cas de groupement conjoint, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant et la répartition détaillée des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter. En cas de groupement solidaire, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant total du marché et l'ensemble des prestations que les membres du groupement s'engagent solidairement à réaliser.
- IV. - Les candidatures et les offres sont signées soit par l'ensemble des entreprises groupées, soit par le mandataire s'il justifie des habilitations nécessaires pour représenter ces entreprises au stade de la passation du marché. Un même prestataire ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché.
- V. - La composition du groupement ne peut pas être modifiée entre la remise des candidatures et la remise des offres.
- VI. - Le passage d'un groupement d'une forme à une autre ne peut être exigé pour la présentation de l'offre, mais le groupement peut être contraint d'assurer cette transformation lorsque le marché lui a été attribué. Dans ce cas, la forme imposée après attribution est mentionnée dans le règlement de la consultation.
- VII. - Le règlement de la consultation peut interdire aux candidats de présenter pour le marché ou un de ses lots plusieurs offres en agissant à la fois en qualité de candidats individuels ou de membres d'un ou plusieurs groupements.

51.1. Définition du groupement.

Le principe de la liberté de groupement des entreprises est inscrit à l'article 51 qui clarifie les modalités d'organisation des deux formes de groupement : solidaires et conjoints. La constitution des groupements doit s'opérer dans le respect du droit de la concurrence.

La possibilité pour une entreprise qui n'a pas la capacité de répondre seule à un marché de se grouper avec d'autres entreprises est affirmée. Le groupement a lieu au stade des candidatures.

Seuls sont concernés ici les groupements momentanés d'entreprises, qui sont constitués pour une période limitée et pour la réalisation d'une opération déterminée. Ces groupements sont composés de personnes morales mais n'ont pas eux-mêmes la personnalité morale.

En conséquence, un tel groupement de durée limitée ne peut être lui-même titulaire d'un marché.

La personne publique ne peut, ni interdire l'accès des groupements d'entreprises aux marchés qu'elle envisage, ni exiger que les candidats se présentent groupés. Elle ne peut que, le cas échéant, préciser la forme du groupement qu'elle exigera après l'attribution du marché (voir point 51.5 ci-après).

Afin de laisser les entreprises réellement libres de se grouper ou non, les acheteurs publics doivent veiller à ce que, dès le stade de l'appel à candidatures, le contenu et l'ampleur des prestations à réaliser soient clairement indiqués. Dans le cas contraire, les entreprises qui découvrirait, après la remise des candidatures, que le volume des prestations excède leur capacité, ne pourraient plus, à ce stade, recourir au groupement alors qu'une information plus adaptée leur aurait permis de le faire plus tôt.

51.2. Description des formes de groupements.

Deux formes de groupement peuvent être utilisées : le groupement solidaire ou le groupement conjoint.

51.2.1. Le groupement conjoint.

C'est la forme la mieux adaptée aux petites entreprises qui n'ont pas toujours la capacité d'assumer l'ensemble du marché.

Cette forme peut présenter l'inconvénient de priver l'acheteur public de garantie solidaire en cas de défaillance de l'une des entreprises groupées. C'est néanmoins une formule qui permet l'accès des PME à la commande publique et, à ce titre, elle doit être encouragée.

51.2.2. Le groupement solidaire.

C'est la forme qui garantit le mieux les intérêts de l'acheteur public en cas de défaillance de l'une des entreprises groupées mais elle présente quelques inconvénients pour l'accès des plus petites entreprises à l'achat public puisque chaque entreprise est financièrement engagée pour la totalité du marché au titre de la solidarité avec les autres membres du groupement. Il convient de noter que cette solidarité est purement financière et n'implique pas que chaque entreprise ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché.

51.3. Désignation d'un mandataire du groupement.

Quelle que soit la forme du groupement, un mandataire est désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire. Un même prestataire ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché.

Si le marché le prévoit, le mandataire d'un groupement conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard de la personne publique, en ce qui concerne l'exécution du marché.

Dans cette hypothèse, la personne publique pourra rechercher, au titre de la solidarité, la responsabilité du mandataire d'un groupement conjoint à raison d'un manquement à ses obligations contractuelles par une des entreprises du groupement. En revanche, elle ne peut rechercher la responsabilité solidaire du mandataire sur le fondement d'une faute commise par un des entrepreneurs et détachable de ses obligations contractuelles.

Cette formule permet de bénéficier des avantages des deux formes de groupement : accès des PME à la commande

publique et garantie solidaire au profit de l'acheteur public.

Il convient de ne pas opérer de confusion entre le mandataire d'un groupement momentané d'entreprises visé par cet article et le cas du coordonnateur de travaux entre plusieurs entreprises, qui n'entre pas dans ces dispositions.

51.4. Respect des règles de concurrence.

Il convient de rappeler que le groupement d'entreprises ne doit pas porter atteinte aux règles de transparence et de libre concurrence. Il ne doit notamment pas aboutir à une entente illicite prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce.

Deux dispositions nouvelles sont à souligner.

51.4.1. Interdiction de modifier la composition du groupement entre la remise des candidatures et la remise des offres.

La composition du groupement ne peut pas être modifiée entre la remise des candidatures et la remise des offres, afin d'éviter des stratégies d'entente entre les entreprises au cours de la procédure de sélection des candidatures et avant la remise des offres. Cette interdiction ne s'applique qu'aux procédures séparant clairement dans le temps les phases d'examen des candidatures et des offres c'est-à-dire, principalement, l'appel d'offres restreint, la procédure de mise en concurrence simplifiée et le marché négocié précédé d'une publicité.

51.4.2. Interdiction de présenter des offres à plusieurs titres.

Le règlement de la consultation peut interdire aux candidats de présenter pour le marché, ou un de ses lots, plusieurs offres en agissant à la fois en qualité de candidats individuels ou de membres d'un ou plusieurs groupements.

L'objectif est d'éviter à l'acheteur public de se trouver face à de multiples candidatures de la même entreprise sous plusieurs formes, aboutissant en fait à restreindre la concurrence.

Il ne s'agit pas, comme pour le point 51.4.1, d'une interdiction générale mais d'une possibilité laissée à l'appréciation de la personne publique de refuser au cas par cas les candidatures multiples ; elle trouvera essentiellement à s'appliquer dans les secteurs où des dysfonctionnements concurrentiels sont constatés de façon habituelle. En revanche, elle ne trouvera pas à s'appliquer lorsque la participation d'une même entreprise à plusieurs groupements est objectivement incontournable, par exemple parce que cette entreprise sera seule capable de réaliser une partie des prestations demandées.

Cette disposition n'interdit pas, dans le cas des opérations comportant plusieurs lots, à une même entreprise de présenter une offre pour plusieurs lots, éventuellement dans des groupements différents selon les lots ou encore de façon individuelle pour certains lots et en groupement pour d'autres.

51.5. Cas particulier de la modification de forme du groupement exigée par la personne publique après attribution du marché.

Si la forme du groupement ne peut, en aucun cas, être modifiée entre la remise des candidatures et celle des offres, la personne publique peut imposer au groupement, après attribution du marché, une nouvelle forme, à condition que cette obligation ait été mentionnée dans le règlement de la consultation.

Il pourra s'agir d'une modification de groupement conjoint en groupement solidaire dans le but, par exemple, de sécuriser la personne publique sur la bonne fin du marché. Egalement, il pourra s'agir de la transformation d'un groupement momentané en un groupement permanent, doté de la personnalité juridique, pour des marchés se déroulant sur une longue période (par exemple : création d'un groupement d'intérêt économique GIE).

Une modification de groupement conjoint en groupement solidaire à la demande de l'acheteur public ne sera en tout état de cause possible que si les entreprises du groupement ont la possibilité d'exécuter l'intégralité du marché.

Section 7
Examen des candidatures et des offres
Sous-section 1
Critères de sélection des candidatures

Article 52

Les candidatures qui ne sont pas recevables en application des articles 43, 44, et 47, qui ne sont pas accompagnées des pièces mentionnées aux articles 45 et 46 ou qui ne présentent pas des garanties techniques et financières suffisantes ne sont pas admises.

Pour les appels d'offres et les concours restreints, si le nombre de candidatures admises est supérieur au nombre préalablement indiqué des candidats qui seront autorisés à présenter une offre, les candidatures sont sélectionnées au terme d'un classement prenant en compte les garanties et capacités techniques et financières ainsi que les références professionnelles des candidats.

La personne responsable du marché indique dans le règlement de la consultation ceux de ces critères qu'elle privilégiera compte tenu de l'objet du marché.

L'article 52 concerne la sélection des candidatures. Seules peuvent être examinées les candidatures qui ont été reçues à la date limite fixée pour leur réception. Le contrôle de la recevabilité des candidatures doit être réalisé avant tout examen et sélection éventuelle des candidatures. Il s'agit là de conditions destinées à assurer la transparence en matière de marchés publics.

Le texte ne prévoit pas de régularisation après la date limite de remise des candidatures.

52.1. La recevabilité des candidatures.

Ne sont pas recevables les candidatures des soumissionnaires :

- qui ne sont pas en règle au niveau de leur situation fiscale et sociale conformément aux dispositions de l'article 43 ;
- en état de liquidation judiciaire, ou dont la faillite personnelle a été prononcée, ou faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger tel qu'indiqué à l'article 44 ;
- exclus des marchés publics en application de l'article 47 ;
- qui n'ont pas fourni les renseignements et documents prévus aux articles 45 et 46 (déclaration sur l'honneur).

Dans le cas particulier des groupements, l'acheteur public est tenu de vérifier la recevabilité de la candidature de chacune des entreprises qui constitue le groupement. L'irrecevabilité de la candidature de l'une des entreprises membres du groupement entraîne de fait celle du groupement entier.

52.2. Examen des candidatures.

Les candidatures sont examinées en tenant compte des garanties et capacités techniques et financières qu'elles présentent ainsi que des références professionnelles des candidats.

Conformément à l'article 45, il peut être exigé à l'appui des candidatures des renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat, des documents relatifs aux pouvoirs de la personne habilitée pour l'engager et, en ce qui concerne les marchés passés pour les besoins de la défense, à sa nationalité.

La déclaration du candidat ainsi que les documents et adresses qui peuvent y être annexés ou indiqués constituent un élément essentiel pour connaître notamment les effectifs de l'entreprise candidate, son chiffre d'affaires, ses bilans, ses comptes, sa solvabilité, ses attestations bancaires, ses moyens techniques, son savoir-faire, son efficacité, son expérience, sa fiabilité, la preuve de la bonne exécution de ses marchés précédents et ses méthodes de contrôle de la qualité.

L'acheteur public élimine les candidats qui n'ont pas qualité pour présenter une offre ou dont les capacités paraissent insuffisantes.

Si l'objet du marché le justifie, l'acheteur public peut être amené à exiger que les candidats apportent la preuve d'un

certain niveau de compétence professionnelle. Ce niveau de compétence peut être défini en utilisant des identifications ou qualifications professionnelles délivrées par des organismes professionnels de qualification. Cependant, afin d'éviter toute discrimination, le règlement de la consultation doit prévoir la possibilité de présenter des " références équivalentes ".

Dans le cas particulier des activités soumises à agrément administratif préalable, il ressort de la jurisprudence administrative constante que le fait qu'une entreprise doive être titulaire d'un agrément administratif préalablement à l'exercice d'une activité, ne fait pas obstacle à ce qu'une entreprise qui ne se trouve pas titulaire de cet agrément à la date à laquelle est lancé un avis d'appel public à la concurrence, soit admise à présenter sa candidature, l'agrément administratif étant seulement une condition préalable à la signature du contrat.

Dans le cas de groupement, il est rappelé que l'analyse des capacités et justifications relatives à ce groupement s'effectue au travers des éléments propres à chaque entreprise du groupement. Une attention particulière doit être portée à l'appréciation des entreprises qui supporteront une obligation de solidarité avec les autres membres du groupement. On doit dans ce cas apprécier leur capacité à assurer réellement l'obligation de solidarité en cas de défaillance d'un co-traitant.

Cela concerne le mandataire lorsqu'il s'agit d'un groupement conjoint mais aussi toutes les entreprises du groupement lorsque celui-ci est solidaire.

52.3. Classement des candidatures.

En cas de procédure restreinte, appel d'offres ou concours, lorsque, après contrôle de la recevabilité et examen des candidatures, le nombre de candidatures admises est supérieur au nombre de candidats admis à présenter une offre tel qu'il a été fixé dans l'avis d'appel public à la concurrence, les candidatures sont classées.

Le classement des candidatures admises s'opère uniquement au vu de critères s'appuyant sur les garanties et capacités techniques et financières ainsi que les références professionnelles des candidats. Ces critères auront été indiqués et hiérarchisés dans le règlement de la consultation ; ils peuvent faire l'objet d'une pondération qui, si elle n'est pas mentionnée à l'article 52, n'est nullement interdite ; elle doit toutefois être précisée conjointement avec l'annonce des critères. Les critères de sélection doivent être justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ; il n'est, par exemple, souvent pas possible de retenir un critère de localisation géographique des entreprises.

Les candidatures les mieux classées, dans la limite du nombre de candidatures souhaité par la personne responsable du marché, sont admises à présenter une offre. L'attention des acheteurs publics est appelée sur le fait que cette liste ne doit pas comprendre de noms d'entreprises ou de fournisseurs n'ayant pas répondu à l'avis d'appel public à la concurrence.

Dès que la liste est arrêtée, la personne responsable du marché adresse simultanément aux candidats sélectionnés une lettre de consultation accompagnée, le cas échéant, d'un dossier de consultation conformément à l'article 57 et avise par écrit les autres candidats du rejet de leur candidature en application de l'article 76.

Sous-section 2 Critères de choix des offres et classement des offres.

Article 53

I. - Les offres non conformes à l'objet du marché sont éliminées.

II. - Pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur des critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations.

D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Les critères doivent avoir été définis et hiérarchisés dans le règlement de la consultation ou dans l'avis d'appel public à la concurrence.

III. - Les offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue.

Si le candidat retenu ne peut produire les certificats mentionnés à l'article 46 dans le délai fixé par la personne responsable du marché, son offre est rejetée. Dans ce cas, l'élimination du candidat est prononcée par la personne responsable du marché, y compris pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics. La personne responsable du marché présente la même demande au candidat suivant dans le classement des offres.

IV. - Une offre ne peut être rejetée pour la seule raison qu'elle a été établie avec des spécifications techniques différentes des normes applicables en France, si ces spécifications ont été définies par référence :

1° A des normes nationales en vigueur dans un autre Etat membre de la Communauté européenne transposant les normes européennes ou à des labels écologiques nationaux ou internationaux ou leurs équivalents ;

2° A des agréments techniques européens ;

3° Aux spécifications techniques nationales en vigueur dans un autre Etat membre de la Communauté européenne en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et de mise en oeuvre des produits.

V. - La personne publique doit examiner les offres de base puis les variantes, avant de choisir une offre.

L'article 53, tout comme l'article 52, pose des règles transversales c'est-à-dire qu'il s'applique à l'ensemble des procédures décrites dans le code.

53.1. Les offres non conformes.

Conformément aux dispositions de l'article 1er du présent code, les offres doivent répondre aux besoins définis par la personne publique, dont le cahier des charges est la traduction formalisée. Le code impose aux personnes publiques d'écarter les offres non conformes à l'objet du marché. En effet, l'offre doit être l'exacte réponse aux besoins tels qu'ils sont exprimés dans le cahier des charges ou le règlement de la consultation.

La notion de non-conformité d'une offre suppose un examen au cas par cas, et induit une absence de possibilité de régularisation a posteriori, notamment pour l'oubli d'une pièce obligatoire en vertu du principe de l'égalité des candidats.

Ainsi, la conformité d'une offre devra être appréciée au regard des clauses figurant dans les cahiers des charges.

Il convient de ne pas confondre l'offre non conforme et l'offre anormalement basse définie à l'article 55 ci-après.

53.2. Critères de choix des offres.

Les critères de choix permettent de comparer les offres qui répondent le mieux aux critères définis et hiérarchisés par la personne publique afin de dégager l'offre économiquement la plus avantageuse définie à l'article 1er du code, tout en respectant l'égalité de traitement des candidats.

La recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse est une obligation pour la personne publique. Le code n'impose nullement que le prix tienne une place prépondérante par rapport aux autres critères. Il appartient à la personne publique, en fonction de l'objet du marché, de déterminer quel est l'ensemble de critères le mieux adapté à cette recherche.

La pondération des critères n'est pas interdite par le code.

Les critères de choix ne doivent porter que sur les offres et non sur les capacités des entreprises, ce contrôle ayant déjà été effectué au stade préalable de l'examen des candidatures.

Les critères doivent être objectifs, opérationnels et non discriminatoires, c'est-à-dire qu'ils doivent être limités à l'objet du contrat pour éviter des contraintes inutiles.

Ils doivent être transparents et définis en amont de la procédure et il est impossible d'en supprimer ou d'en ajouter par la suite. Cela signifie qu'ils doivent faire l'objet d'un classement par ordre décroissant d'importance et figurer dans le règlement de la consultation ou dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Un règlement de la consultation qui prévoit que les offres sont examinées au regard de l'ensemble des critères retenus sans ordre de priorité est irrégulier et son irrégularité entraîne celle de la procédure dans son ensemble. Il en découle :

- que la personne responsable du marché ou la commission d'appel d'offres doivent respecter le classement ainsi indiqué pour procéder au choix de l'offre et apprécier l'offre en fonction de l'ensemble des critères qui donnent ainsi au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse son véritable sens ;
- que la personne responsable du marché ou la commission d'appel d'offres ne peuvent appliquer des critères non annoncés dans le règlement. Une telle modification des conditions de la consultation porterait atteinte à l'égalité des concurrents.

Une fois son choix effectué, l'autorité compétente ne peut procéder à un nouvel examen des offres et désigner une entreprise autre que celle qu'elle avait initialement retenue.

Il appartient à la personne responsable du marché de définir le plus précisément possible son besoin et de prévoir parallèlement un nombre de critères suffisants afin de pouvoir départager les offres.

Il est précisé que d'autres critères que ceux énumérés à l'article 53, cités à titre indicatif, peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution et spécifiés dans les documents du marché. En aucun cas, les critères ne doivent avoir été calibrés pour favoriser telle ou telle entreprise.

53.3. Classement des offres.

Les offres doivent être classées par ordre décroissant en fonction des critères. Lorsque le nombre d'offres reçues est trop important, il est possible de ne classer que les dix ou douze premières offres et de considérer l'ensemble des offres restantes comme équivalentes.

L'offre la mieux classée est retenue provisoirement. Le choix sera définitif lorsque le prestataire choisi aura justifié de sa régularité sociale et fiscale.

53.4. Vérification de la régularité fiscale et sociale du candidat retenu.

Dès qu'elle a opéré son choix de la meilleure offre, la personne responsable du marché doit solliciter auprès du candidat retenu les certificats mentionnés à l'article 46 en lui fixant un délai pour leur production. Dans l'hypothèse où l'entreprise ne pourrait fournir ces documents dans le délai fixé, son offre serait exclue sans possibilité de régularisation et la personne responsable du marché présenterait la même demande de production de ces pièces au second de la liste (et ainsi de suite si tel était le cas en suivant l'ordre de la liste de classement des offres).

Pour les collectivités territoriales, c'est la commission d'appel d'offres qui attribue le marché mais, si elle a décidé de classer les offres retenues en vue de parer à une éventuelle difficulté résultant de l'absence de production des attestations fiscales et sociales dans les délais fixés par la personne responsable du marché, on peut considérer qu'il n'est pas nécessaire de la réunir à nouveau dans l'hypothèse où le premier candidat ne satisferait pas à l'obligation de production des attestations. Dans ce cas, la personne responsable du marché est tenue de se conformer au classement opéré par la commission et de s'adresser au suivant sur la liste pour lui réclamer ces certificats. La commission d'appel d'offres devra en outre, être informée de l'absence de production des attestations et de l'envoi de la demande de présentation des attestations au suivant du classement.

Le délai de production des certificats n'est pas indiqué par le texte mais il appartient à la personne responsable du marché d'arrêter un délai raisonnable qui permette à l'entreprise d'effectuer les démarches nécessaires. Toutefois, le délai ne peut pas être trop long, car dans l'hypothèse où le premier candidat ne satisferait pas cette condition et dans un souci d'égalité, le délai devra être le même pour le deuxième candidat sollicité. A titre d'exemple, ce délai pourrait être de quelques jours - une semaine illustrerait assez bien un délai raisonnable - mais dépend beaucoup des exigences de la personne publique

en matière d'exécution du marché.

Afin de permettre aux candidats de disposer d'une information complète et identique sur les conditions dans lesquelles les attestations seront réclamées au candidat dont l'offre est retenue, il est recommandé à l'acheteur public d'indiquer dans l'avis de publication ou dans le règlement de la consultation le délai qui sera laissé pour la production de ces pièces.

L'attention des entreprises est appelée sur l'intérêt de faire la démarche en amont et annuellement tel qu'indiqué dans le commentaire de l'article 46.

53.5. Examen des offres par référence aux normes.

Le recours aux normes fixées par le décret no 84-74 du 26 janvier 1984 modifié fixant le statut de la normalisation (voir article 6), et aux prescriptions techniques ne doit pas aboutir à une discrimination ou constituer une restriction déguisée à l'accès à la commande publique.

L'exigence du respect des normes ou de labels écologiques nationaux ou internationaux ou de leurs équivalents ne constitue pas un critère de choix des offres. La référence aux normes ou aux labels écologiques est en effet inscrite dans le cahier des charges et fait partie intégrante de la définition des prestations envisagées.

53.6. Examen des offres et des variantes.

Lorsque des variantes ont été proposées, la comparaison des offres et des variantes doit s'opérer séparément. Dans un premier temps, la personne responsable du marché examine les offres conformes entre elles et les classe. Elle procède de même pour les offres variantes. Dans un deuxième temps, la personne responsable du marché compare l'offre de base la mieux classée avec la variante la plus intéressante.

Les variantes ne peuvent en aucun cas être un critère de choix.

La prise en compte des considérations sociales ou environnementales ne peut constituer en soi un critère de choix, la personne responsable du marché peut seulement arrêter des conditions d'exécution du marché relatives à leur prise en compte en application de l'article 14.

Article 54

I. - Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes.

II. - Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans, les personnes publiques contractantes doivent, préalablement à la mise en concurrence, définir les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, seront attribués de préférence à tous autres soumissionnaires, aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans.

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

Les régimes préférentiels ne se conçoivent que dans le cadre de procédures formalisées de mise en concurrence ; en effet, leur objet est de fixer une règle pour départager des offres équivalentes dans une procédure de mise en concurrence formalisée.

En conséquence, le droit de préférence ne peut trouver à s'appliquer pour la passation d'un marché sans formalités préalables, ou d'un marché négocié sans mise en concurrence.

54.1. Un droit de préférence général.

Le droit de préférence général est défini au I et concerne les sociétés coopératives ouvrières de production (SCOP), les groupements de producteurs agricoles (GPA), les artisans, les coopératives d'artisans et les sociétés coopératives d'artistes (SC d'artistes).

Il joue " à égalité de prix ou équivalence d'offre ", c'est-à-dire qu'il ne peut s'appliquer que si deux ou plusieurs offres ne peuvent être distinguées au regard des critères de choix des offres indiqués aux candidats, et fixés selon les principes posés par l'article 53.

Le droit de préférence ne peut donc en aucun cas servir à " rattraper " une offre légèrement moins bien classée.

La référence à l'égalité de prix vise l'hypothèse où, comme dans l'ancienne procédure d'adjudication, le prix serait le seul critère de choix retenu. L'égalité de prix au sens du présent article est donc une forme particulière de l'équivalence des offres, dans le cas où le choix des offres ne s'opérerait qu'en application du seul critère du prix.

Si deux offres sont équivalentes au sens précédemment défini, le bénéficiaire d'un droit de préférence aura la préférence sur son ou ses concurrents dont les offres étaient équivalentes.

54.2. Deux régimes réservataires.

Ces deux régimes correspondent à des cas de droits de préférence, qui ne sont pas reconnus de façon générale à certains bénéficiaires, mais qui doivent être prévus dans les documents de la procédure au vu de la nature des prestations. Ces régimes ne valent que pour une partie du marché, jamais pour la totalité, leur mise en oeuvre impose donc que le marché soit alloti.

54.2.1. Le quart réservataire prévu au II.

Le quart du montant des prestations définies par l'administration préalablement au lancement de la procédure peut relever d'un régime de préférence à équivalence d'offres, selon les règles indiquées précédemment.

Ce quart réservataire concerne les prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans, des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans.

54.2.2. La moitié réservataire prévue au III.

Elle concerne les travaux à caractère artistique et les bénéficiaires en sont les artisans d'art et les sociétés coopératives d'artistes.

La moitié du montant des travaux définis par l'administration préalablement au lancement de la procédure peut relever d'un régime de préférence à équivalence d'offres, selon les règles indiquées précédemment.

54.3. Les bénéficiaires.

Les bénéficiaires varient donc selon le régime en cause : droit de préférence général, quart ou moitié réservataires.

54.3.1. Statut des bénéficiaires.

Les SCOP sont régies par la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives ouvrières de production.

Les GPA sont régis par le code rural et par la loi n° 62-933 du 8 août 1962 complémentaire à la loi d'orientation agricole, en particulier dans son article 14.

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

Les artisans, artisans d'art, SC d'artisans et SC d'artistes : les artisans sont régis par l'article 21 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, précisé par les articles 1er et 2 du décret n° 98-247 du 2 avril 1998 relatif à la qualification artisanale et au répertoire des métiers. Les sociétés coopératives d'artisans sont régies par la loi n° 83-657 du 20 juillet 1983 relative au développement de certaines activités d'économie sociale.

Le projet de loi adopté en deuxième lecture par l'Assemblée nationale le 28 juin 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier prévoit que " lorsque les marchés visés par le code des marchés publics font l'objet d'un allotissement et portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des sociétés coopératives et des associations visant à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion ou l'esprit d'entreprise indépendante et collective, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement, un quart des lots fait l'objet d'une mise en concurrence de ces structures coopératives et associatives ".

54.3.2. Les organismes européens à statut équivalent.

Ils bénéficient des mêmes préférences.

La loi n° 85-703 du 12 juillet 1985, relative à certaines activités d'économie sociale, pose pour principe, respectivement dans ses articles 3 et 5, que :

" Les préférences accordées par le code des marchés publics aux sociétés coopératives ouvrières de production justifiant leur inscription sur la liste prévue à l'article 54 de la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives ouvrières de production sont également applicables aux sociétés coopératives ressortissant des Etats membres de la Communauté européenne présentant des caractéristiques comparables et inscrites sur une liste établie par le ministre chargé du travail " ;

" Les préférences accordées par le code des marchés publics aux artisans satisfaisant aux dispositions du code de l'artisanat et, en ce qui concerne les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, aux artisans acquittant la taxe pour frais de chambre de métiers, ainsi qu'aux sociétés coopératives d'artisans et aux sociétés coopératives d'artistes inscrites sur une liste établie par le ministre chargé de l'artisanat, sont applicables aux ressortissants jouissant d'un statut professionnel comparable établis dans les Etats membres de la Communauté européenne et aux sociétés coopératives ressortissant de ces Etats membres présentant des caractéristiques comparables et inscrites sur une liste établie par le ministre chargé de l'artisanat. "

Par ailleurs, l'article L. 551-2 du code rural (partie Législative du nouveau code) prévoit que :

" Les organisations de producteurs reconnus bénéficient également, à soumission égale, d'un droit de préférence dans les marchés par adjudication ou appel d'offres de l'Etat, des collectivités locales ou de leurs établissements publics. Les dispositions relatives aux marchés publics sont également applicables aux organisations de producteurs agricoles ressortissant des Etats membres de la Communauté économique européenne présentant des caractéristiques comparables et inscrits sur une liste établie par le ministre de l'agriculture. "

En application de ces textes, les organismes européens qui ont un statut équivalent bénéficient des mêmes avantages.

Section 7

Examen des candidatures et des offres

Sous-section 3

Offres anormalement basses

Article 55

Si une offre paraît anormalement basse à la personne responsable du marché pour l'Etat, ou à la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, elle peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'elle juge opportunes et vérifié les justifications fournies.

Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants :

- a) Les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction ;
- b) Le caractère exceptionnellement favorable des conditions d'exécution dont bénéficie le candidat ;
- c) L'originalité du projet.

55.1. Définition.

Une offre peut être qualifiée d'anormalement basse si son prix ne correspond pas à une réalité économique, notamment si elle s'avère erronée.

55.2. Interdiction de rejet automatique d'une offre paraissant anormalement basse.

Une offre qui paraît anormalement basse au regard de celles des autres candidats ne doit pas être systématiquement rejetée.

En effet, une offre peut être basse pour plusieurs raisons. En premier lieu, il peut s'agir d'une simple erreur dans le cas où le coût de la prestation aurait été mal évalué. En second lieu, le candidat a pu prendre en compte une prise en charge extérieure à l'entreprise telle une subvention publique. En troisième lieu, on peut citer les cas d'une entreprise qui se trouve plus compétitive car plus innovante, ou encore décidée à consentir des efforts sur sa marge bénéficiaire afin de s'introduire dans un nouveau champ d'activité ou un nouvel espace géographique.

En revanche, lorsqu'une entreprise est en position dominante, elle ne peut proposer des prix prédateurs qui conduiraient à évincer ses concurrents. A l'inverse, il peut arriver qu'une offre paraisse particulièrement basse par rapport à celle des autres concurrents parce qu'elle émane d'un candidat réellement concurrentiel alors que les autres candidats ont noué une entente qui les a conduits à déposer une offre anormalement basse. (Cf. avis du Conseil de la concurrence n° 99-A-12 du 15 juin 1999.)

Le Conseil de la concurrence, dans ses avis 96-A-08 du 2 juillet 1996 et 97-A-11 du 5 mars 1997, a considéré qu'une offre ne saurait être qualifiée d'anormalement basse par seule référence aux autres offres, car une telle référence n'aurait aucun lien avec la compétitivité réelle de l'entreprise qui dépend notamment de la structure de ses coûts, de sa productivité, de sa compétence technique et de sa santé financière.

55.3. Obligation de demande écrite de précision sur la composition de l'offre paraissant anormalement basse.

La personne responsable du marché ne peut rejeter des offres dont le prix semble anormalement bas sans avoir demandé, par écrit, des précisions sur la composition de l'offre et sans avoir vérifié cette composition en tenant compte des justifications fournies.

Le rejet de l'offre au motif qu'elle est anormalement basse doit, dans tous les cas, être motivé.

Section 8 Dématérialisation des procédures

Article 56

Les échanges d'informations intervenant en application du présent code peuvent faire l'objet d'une transmission par voie électronique.

1° Le règlement de la consultation, la lettre de consultation, le cahier des charges, les documents et les renseignements complémentaires peuvent être mis à disposition des entreprises par voie électronique dans des conditions fixées par décret. Néanmoins, au cas où ces dernières le demandent, ces documents leur sont transmis par voie postale.

2° Sauf disposition contraire prévue dans l'avis de publicité, les candidatures et les offres peuvent également être communiquées à la personne publique par voie électronique, dans des conditions définies par décret. Aucun avis ne pourra comporter d'interdiction à compter du 1er janvier 2005.

3° Un décret précisera les conditions dans lesquelles des enchères électroniques pourront être organisées pour l'achat de fournitures courantes.

4° Les dispositions du présent code qui font référence à des écrits ne font pas obstacle au remplacement de ceux-ci par un support ou un échange électronique.

L'application de cet article relatif à la dématérialisation des procédures de marchés formalisés nécessite l'établissement d'un décret d'application qui, en tout état de cause, devra être pris au plus tard avant le 1er janvier 2005.

En matière d'enchères électroniques, des expériences ont eu lieu et un décret sera prochainement adopté concernant cette modalité particulière de passation de marchés.

Chapitre IV
Déroulement des différentes procédures
Section 1
Mise en concurrence simplifiée

Article 57

I. - Il est procédé à l'envoi d'un avis d'appel public à la concurrence dans les conditions prévues à l'article 40. Le délai de réception des candidatures ne peut être inférieur à vingt jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence.

Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date de leur réception et de garantir leur confidentialité.

La personne responsable du marché dresse, en application du premier alinéa de l'article 52, la liste des candidats admis à présenter une offre. Lorsqu'elle a fixé dans l'avis d'appel public à la concurrence un nombre maximum de candidats autorisés à présenter une offre et que le nombre des candidatures admises dépasse ce nombre maximum, ces candidatures sont départagées par tirage au sort.

La personne responsable du marché avise les candidats non retenus du rejet de leur candidature.

La personne responsable du marché adresse simultanément aux candidats sélectionnés une lettre de consultation accompagnée le cas échéant d'un dossier de consultation.

La lettre de consultation comporte :

- a) La date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et l'indication de l'obligation de les rédiger en langue française ;
- b) La référence à l'avis d'appel public à la concurrence ;
- c) S'il y a lieu, l'adresse du service auprès duquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés et la date limite pour présenter cette demande, ainsi que le montant et les modalités de paiement du cautionnement qui peut être demandé pour obtenir ces documents.

Le nombre des candidats autorisés à remettre une offre ne peut être inférieur à trois sauf si le nombre des candidats n'est pas suffisant.

Les offres sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date de leur réception et de garantir leur confidentialité.

Après examen des offres, la personne responsable du marché peut engager des négociations avec le ou les candidats ayant présenté les offres les plus intéressantes. Au terme de ces négociations, la personne responsable du marché retient une offre à titre provisoire.

II. - Pour les marchés de l'Etat ainsi que pour ceux des établissements publics de santé et des établissements publics médico-sociaux, la personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres, attribue le marché ou reprend les négociations.

III. - Pour les marchés des collectivités territoriales, la commission d'appel d'offres attribue le marché.

La commission d'appel d'offres peut aussi mettre fin à la procédure ou inviter la personne responsable du marché à reprendre les négociations, si elle désapprouve le choix proposé.

IV. - La personne responsable du marché peut, à tout moment, ne pas donner suite à la procédure pour des motifs d'intérêt général.

57.1. Définition.

La procédure de mise en concurrence simplifiée est une procédure nouvelle. Elle vise à combiner la souplesse de la procédure négociée et la transparence de l'appel d'offres. Elle représente une faculté offerte à l'acheteur public pour couvrir le champ des marchés dont le montant est compris entre 90 000 Euro HT et les seuils de 130 000 Euro HT pour l'Etat et 200 000 Euro HT pour les collectivités territoriales.

Avant d'opter pour cette formule, la personne responsable du marché doit vérifier, conformément à l'article 27, que les seuils de l'appel d'offres ne sont pas dépassés.

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

Cette procédure n'est pas appliquée obligatoirement puisque l'acheteur peut toujours opter pour la mise en concurrence maximale c'est-à-dire l'appel d'offres. Dans le même ordre d'idée, la mise en concurrence simplifiée peut être mise en oeuvre à la place d'un marché sans formalités préalables.

Elle est définie par l'article 32 et se décompose en deux parties :

- la première phase concerne la sélection des candidats admis à présenter une offre après une publicité formalisée conformément aux règles qui régissent l'appel d'offres restreint ;
- la deuxième phase permet à la personne responsable du marché de négocier avec les candidats sélectionnés avec la même souplesse que le marché négocié.

La commission d'appel d'offres intervient dans cette procédure pour attribuer le marché, dans le cas des collectivités territoriales ou pour conseiller la personne responsable du marché dans le cas de l'Etat.

57.2. Sélection des candidatures.

57.2.1. Publicité.

La procédure commence par une publicité formalisée par la publication d'un avis d'appel public à la concurrence publié dans les conditions de l'article 40, c'est-à-dire au BOAMP ou dans une publication habilitée à recevoir les annonces légales. L'avis doit indiquer si le nombre de candidats admis à présenter une offre est limité et à quelle hauteur.

57.2.2. Délais de réception des candidatures.

Le délai de réception des candidatures est fixé à vingt jours ; il est donc plus court que ceux fixés pour les autres procédures, y compris les procédures négociées mais il n'accepte aucune réduction pour cause d'urgence. L'attention de l'acheteur public est appelée sur le fait que le code fixe un délai minimum qu'il est possible d'allonger pour obtenir les meilleures conditions de concurrence.

En ce qui concerne les règles relatives au décompte de ces délais, il convient de se reporter au commentaire de l'article 58 qui en indique les modalités pratiques.

57.2.3. Sélection des candidatures.

Les candidatures sont examinées par la personne responsable du marché dans le respect des règles fixées à l'article 52 : les candidatures irrecevables en application des articles 43 à 47 sont éliminées et la personne responsable du marché vérifie les garanties et capacités techniques et financières présentées ainsi que les références professionnelles des candidats.

Au terme de cet examen, la personne responsable du marché dresse la liste des candidats admis à présenter une offre.

Elle ne peut intégrer dans cette liste des candidats qui n'ont pas répondu à l'avis d'appel public à la concurrence et qu'elle serait allée solliciter.

Lorsqu'elle a fixé dans l'avis d'appel public à la concurrence un nombre maximum de candidats admis à présenter une offre et que le nombre de candidatures admises dépasse ce nombre maximum, la personne responsable du marché procède à un tirage au sort, et non à un classement comme dans le cas de l'appel d'offres. Le tirage au sort des candidatures est une spécificité de la procédure de mise en concurrence simplifiée qui doit s'effectuer selon des modalités définies par la personne responsable du marché et qui garantissent la régularité de l'opération.

La personne responsable du marché informe ensuite les soumissionnaires de leur admission ou non à présenter une offre et dans le cas des candidats admis, elle leur adresse, en même temps pour respecter le principe d'égalité, la lettre de consultation accompagnée éventuellement du dossier de consultation. Il n'est pas prévu de délai impératif pour cet envoi ; il est toutefois recommandé de ne pas trop attendre pour lancer la lettre de consultation qui indique la date limite de réception des offres. La personne responsable du marché fixe librement cette date que les candidats doivent impérativement respecter.

57.3. Négociation avec les candidats admis à présenter une offre.

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

57.3.1. Réception des offres.

Le code ne fixe pas de nombre maximum de candidats autorisés à remettre une offre. Toutefois, ce nombre ne peut être inférieur à trois, sauf évidemment si le nombre des candidats n'est pas suffisant. Si ce nombre est inférieur à trois, la personne responsable du marché peut poursuivre la procédure avec le ou les deux candidats autorisés à remettre une offre mais n'est pas autorisée à consulter d'autres entreprises.

Dans certains cas, le faible nombre de candidats peut être dû à d'éventuels défauts dont on peut rechercher la cause : définition insuffisante des besoins à satisfaire dans l'avis d'appel public à la concurrence, niveau insuffisant de publicité. Il peut être alors conseillé de mettre fin à la procédure et de faire un nouvel appel public à la concurrence plus précis et complet et/ou une publicité au niveau communautaire dans le cadre d'un appel d'offres.

Les offres sont adressées à la personne responsable du marché dans le délai, en tenant compte de la complexité de la prestation demandée, qu'elle a fixé dans la lettre de consultation. Aucune offre ne pourra être acceptée après la date limite ainsi fixée.

Les offres sont présentées dans les formes indiquées à l'article 48. La personne responsable du marché procède à l'ouverture des plis, examine les offres reçues, élimine les offres non conformes au cahier des charges.

57.3.2. Négociation avec les candidats.

Après examen des offres, la personne responsable du marché décide d'engager des négociations avec le ou les candidats ayant présenté les offres les plus intéressantes. Elle n'est pas tenue de négocier avec tous les candidats qui ont adressé une offre.

La négociation se déroule dans les mêmes conditions que dans l'hypothèse d'un marché négocié (cf. article 67).

57.4. Intervention de la commission d'appel d'offres.

57.4.1. Attribution du marché.

En ce qui concerne les marchés des collectivités territoriales, c'est la commission d'appel d'offres qui attribue le marché.

L'attribution se fait sur proposition de la personne responsable du marché. Si le choix proposé n'est pas entériné par la commission, celle-ci met fin à la procédure ou demande à la personne responsable du marché de continuer les négociations.

Les séances de la commission d'appel d'offres ne sont pas publiques.

En ce qui concerne les marchés de l'Etat et des établissements de santé et médico-sociaux, la commission d'appel d'offres intervient pour avis et le marché est attribué par la personne responsable du marché.

Dans les deux cas, avant l'attribution définitive, il convient, ainsi qu'il est précisé à l'article 53, de vérifier la régularité de la situation fiscale et sociale du candidat retenu.

57.4.2. Fin de la procédure.

La personne responsable du marché informe les candidats dont les offres n'ont pas été retenues en application de l'article 76 et publie un avis d'attribution conformément à l'article 80.

Il n'est pas possible de déclarer une mise en concurrence simplifiée infructueuse.

Section 2
Appel d'offres
Sous-section 1
Appel d'offres ouvert

Article 58

I. - Il est procédé à un avis d'appel public à la concurrence dans les conditions prévues à l'article 40.

II. - Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à cinquante-deux jours à compter de la date d'envoi de l'appel public à la concurrence. Ce délai ne peut être réduit même pour des motifs d'urgence.

Ce délai peut toutefois être ramené à :

- vingt-six jours lorsqu'un avis de préinformation a été publié. L'avis de préinformation doit toutefois avoir été envoyé à la publication cinquante-deux jours au moins et douze mois au plus avant la date d'envoi de l'appel public à la concurrence ;

- trente-six jours pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 000 000 Euro HT. Ce délai peut être ramené à quinze jours en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique.

Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché, ou après consultation sur place de documents complémentaires au cahier des charges, les délais sont prolongés en conséquence.

Les cahiers des charges et les documents complémentaires sont envoyés dans les six jours qui suivent la réception de la demande pour les marchés de travaux ou de services, et dans les quatre jours qui suivent cette même réception pour les marchés de fournitures.

Lorsque, en raison de leur importance, les cahiers des charges et les documents complémentaires ne peuvent être fournis dans les délais prévus ci-dessus, ceux-ci sont prolongés en conséquence et mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Les renseignements complémentaires éventuels sur les cahiers des charges sont communiqués par la personne responsable du marché six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

III. - Les dossiers des candidats sont transmis par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité. Ils doivent comporter une enveloppe contenant les renseignements relatifs à la candidature et une enveloppe contenant l'offre.

La procédure d'appel d'offres ouvert commence par l'envoi d'un avis d'appel public à la concurrence qui doit comporter les éléments essentiels caractérisant la mise en concurrence et notamment les modalités d'obtention du règlement de la consultation et la date limite de remise des offres par les entreprises. L'avis d'appel public à la concurrence est explicité à l'article 40 du présent code.

58.1. Délai de réception des offres.

L'article 58 harmonise les règles applicables aux appels d'offres nationaux et aux appels d'offres communautaires.

58.1.1. Règle générale.

Les délais de réception des offres fixés par le code doivent être strictement respectés sous peine d'irrégularité de la procédure. Les délais de réception des offres sont des délais minimaux ; il appartient à la personne responsable du marché de fixer des délais suffisants tenant compte notamment de l'importance des études à réaliser par les candidats.

Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à 52 jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence. Le code interdit la réduction du délai de réception des offres pour des motifs d'urgence.

Les délais imposés par le code se calculent de la manière suivante :

- départ du délai : le lendemain de la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence par l'acheteur au support qui est chargé d'assurer la publicité, le jour de l'envoi à publicité étant exclu du décompte ;
- fin du délai : dernier jour à minuit. Si ce dernier jour est un dimanche ou un jour férié, report au lendemain.

Par exemple, si le délai à respecter est de 52 jours et si la date d'envoi à la publication par l'acheteur de l'avis d'appel public à la concurrence est le 1er juin, le délai minimum expirera le 23 juillet à minuit. Si le 23 juillet est un dimanche, la fin du délai sera reportée au 24 juillet à minuit.

En l'absence de preuve quant à la date d'envoi de l'avis à la publication, le juge retient comme point de départ du délai de réception des offres la date de la publication effective de l'avis d'appel public à la concurrence.

En cas de publication d'un avis rectificatif qui apporte des modifications sensibles à l'appel d'offres initial, touchant notamment à l'objet et à la composition des lots, le délai de réception des offres doit être décompté à partir de la date d'envoi de l'avis rectificatif et non pas à compter de celle de l'avis initial.

58.1.2. Aménagements au principe du délai de 52 jours.

Le délai minimum connaît deux exceptions possibles dans les cas suivants :

- lorsqu'un avis de préinformation a été publié, le délai peut être ramené de 52 à 26 jours. Il s'agit de la transposition des dispositions prévues par la directive no 97-52 du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1997 modifiant les directives 92/50/CEE services, 93/36/CEE fournitures et 93/37/CEE travaux. Il est impératif que l'avis de préinformation ait été envoyé à la publication dans les délais indiqués ;
- pour les marchés de travaux inférieurs au seuil de publicité communautaire de 5 000 000 Euro HT, le délai de réception des offres est au minimum de 36 jours et peut être réduit à 15 jours en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique. Il s'agit ici de prendre en compte l'urgence simple.

La réduction des délais pour cause d'urgence ne se conçoit, comme le rappellent les directives européennes, que si ces délais sont rendus impraticables. Cela signifie que les acheteurs publics doivent être en mesure de motiver le caractère objectif de l'urgence ainsi que l'impossibilité réelle de respecter les délais normalement prévus pour ce type de procédure pour des raisons sérieuses ne résultant pas de leur fait. L'urgence est appréciée par la personne responsable du marché et doit être mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence.

58.1.3. Prorogation des délais de réception des offres.

Les alinéas 3 à 6 de l'article 58-II sont la reprise des dispositions auparavant applicables aux seuls appels d'offres communautaires, et qui sont désormais étendues à l'ensemble des appels d'offres.

Ces dispositions prévoient la prorogation des délais dans les cas suivants :

- quand les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché, ou après consultation sur place de documents complémentaires au cahier des charges, il appartient à la personne responsable du marché de fixer un délai raisonnable qui tienne compte de ces contraintes particulières ;
- lorsqu'en raison de leur importance, les cahiers des charges et les documents complémentaires ne peuvent être fournis dans les délais prévus (6 jours pour les travaux et services, 4 jours pour les fournitures) ; s'agissant d'une situation - l'importance des cahiers des charges et des documents complémentaires - connue à l'avance par la personne responsable du marché, les délais, qui seront supérieurs aux délais types de 6 ou 4 jours, doivent être mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence.

La prolongation des délais devra être suffisante pour permettre aux entreprises de concourir dans des conditions équitables, notamment si la procédure se déroule à l'échelle communautaire.

58.2. Modalités d'envoi des dossiers des candidats.

58.2.1. Les formalités d'envoi.

Le code indique que " les dossiers des candidats sont transmis par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité ". Le choix du mode de transmission relève des seuls candidats.

Sont donc admis notamment l'envoi par lettre recommandée avec avis de réception postal et la remise au service par tout moyen ; le service est alors tenu de l'enregistrer et de délivrer un récépissé.

En revanche, le recours aux procédés du télex ou de la télécopie ne permet pas de respecter la règle de la double enveloppe commentée ci-après.

58.2.2. L'enregistrement des plis.

La personne publique doit enregistrer les plis. Au fur et à mesure de leur réception, les plis contenant les candidatures ou les offres sont numérotés puis enregistrés avec leur numéro. Ils ne sont pas ouverts. L'administration a la possibilité, si elle le souhaite, d'utiliser le formulaire rédigé pour cette opération intitulé " registre des dépôts ". Les plis sont conservés en lieu sûr jusqu'au moment de leur remise à la commission.

Les plis qui arrivent hors délai sont également enregistrés et seront renvoyés aux candidats après la séance d'ouverture des plis sans avoir été ouverts.

58.2.3. Le contenu des dossiers.

Deux enveloppes doivent être transmises par les candidats. Les documents contenus dans chacune des deux enveloppes correspondent à deux phases distinctes de la procédure : la première concerne l'examen des candidatures, la seconde, l'examen des offres.

La première enveloppe contient les renseignements relatifs à la candidature, c'est-à-dire les pièces relatives à la qualité, la capacité du candidat ; l'article 45 du code précise les documents qui peuvent être exigés à l'appui des candidatures.

La seconde enveloppe contient l'offre proprement dite, c'est-à-dire l'acte d'engagement complété, daté et signé du candidat (cf. la définition de l'acte d'engagement à l'article 11).

Le système de la double enveloppe se justifie d'une part, par le souci de préserver la confidentialité des offres et, d'autre part, par l'amélioration des conditions de la concurrence en permettant, avant même l'examen des offres, l'élimination des candidats ne présentant pas les capacités ou ne remplissant pas les conditions requises pour accéder au marché.

Le respect des règles de présentation des offres, et notamment la répartition exacte des documents entre les deux enveloppes, est impératif. Une offre est irrecevable si tous les documents sont regroupés dans une même enveloppe.

Article 59

I. - La séance d'ouverture des plis n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis.

Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées dans l'avis d'appel public à la concurrence.

II. - La commission d'appel d'offres ouvre l'enveloppe relative aux candidatures et enregistre le contenu.

Au vu de ces renseignements, la personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales élimine, par décision prise avant l'ouverture de l'enveloppe contenant l'offre, les candidatures qui en application du premier alinéa de l'article 52 ne peuvent être admises.

Les enveloppes contenant les offres des candidats éliminés leur sont rendues sans avoir été ouvertes.

III. - La commission d'appel d'offres procède ensuite à l'ouverture des enveloppes contenant les offres. Elle enregistre le contenu.

La personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, élimine les offres non conformes à l'objet du marché.

59.1. Conditions d'ouverture des plis.

59.1.1. La commission d'ouverture des plis.

La commission d'appel d'offres, composée conformément aux articles 8, 21 et 22, est chargée de l'ouverture des plis. La séance d'ouverture des plis ne peut pas être publique. La méconnaissance de cette règle constitue une cause de nullité de la procédure.

L'ouverture des plis par la commission d'appel d'offres doit être effectuée dans des conditions de nature à assurer le respect de l'égalité entre les candidats et la confidentialité de leurs offres.

La commission d'appel d'offres contrôle en premier lieu que les plis qui lui sont présentés correspondent aux plis enregistrés. La première décision consiste, dans la pratique, à rejeter les plis parvenus après la date et l'heure limites de réception des offres. Ils ne sont pas ouverts.

Les plis parvenus dans les délais sont ouverts et la commission peut procéder à l'ouverture des premières enveloppes contenant les candidatures et dont le contenu est enregistré.

59.1.2. Le respect des délais de réception des offres.

Les offres présentées hors délai ne peuvent être retenues sous peine d'irrégularité de la procédure. Pour apprécier la recevabilité des offres, la commission d'appel d'offres se fonde sur la date et l'heure de réception des offres obligatoirement enregistrées.

Le respect de la date limite de réception des candidatures est apprécié au regard de la date de réception et non de la date d'envoi. En effet, l'article 16 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, précise en ce sens que les procédures régies par le code des marchés publics ne sont pas soumises à la règle selon laquelle toute personne tenue de respecter une date limite ou un délai pour présenter une demande, déposer une déclaration, exécuter un paiement ou produire un document auprès d'une autorité administrative peut satisfaire à cette obligation au plus tard à la date prescrite au moyen d'un envoi postal, le cachet de la poste faisant foi, ou d'un procédé télématique ou informatique homologué permettant de certifier la date d'envoi.

Les candidats doivent assumer les risques inhérents au délai d'acheminement postal, cela d'autant qu'ils disposent de la faculté de remettre directement leur offre au service. Ainsi, une grève postale ne constitue pas forcément un aléa justifiant la remise des plis hors délai. Si la personne publique estime que, par son ampleur, un tel incident est susceptible de constituer un obstacle significatif à la remise des offres, il lui appartient de prolonger les délais initialement impartis aux candidats.

En revanche, un pli reçu dans les délais impartis à l'adresse centrale de l'administration mais qui serait parvenu trop tard dans le service concerné suite à une erreur d'orientation du courrier ne saurait être écarté.

59.2. Examen des candidatures.

Avant l'ouverture de la seconde enveloppe, la personne responsable du marché, pour l'Etat, et la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, prend la décision d'éliminer les candidatures qui, en application de l'article 52, ne peuvent être admises. Les enveloppes contenant les offres des candidats éliminés leur sont rendues sans avoir été ouvertes.

Il est impossible d'ajouter sur la liste des offres admises des offres de candidats qui n'auraient pas soumissionné.

59.3. Examen des offres.

L'autorité compétente peut procéder à l'examen des candidatures et au choix des offres au cours de la même séance.

Mais il est indispensable qu'une décision soit prise sur l'ensemble des candidatures avant l'ouverture des secondes enveloppes et de l'examen des offres sous peine d'irrégularité de la procédure.

La commission d'appel d'offres procède alors à l'ouverture de la seconde enveloppe et en enregistre le contenu. Cette opération n'a lieu que pour les entreprises dont la candidature a été admise après l'ouverture de la première enveloppe.

Les capacités du candidat doivent avoir été appréciées dès l'examen des candidatures ; dès lors, l'inclusion d'un critère relevant des capacités de l'entreprise parmi les critères d'appréciation des offres est interdite.

La seconde enveloppe doit contenir tous les éléments ayant trait à l'offre.

L'article 59-III précise que la personne responsable du marché, après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, et la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, enregistre le contenu des offres puis élimine les offres non conformes à l'objet du marché.

Est non conforme une offre qui :

- n'est pas complète : toutes les pièces exigées dans les documents de consultation doivent être présentes et l'offre doit être chiffrée dans tous ses éléments ;
- méconnaît une disposition des documents de consultation, ces derniers devant avoir été rédigés en termes à la fois impératifs et précis ;
- s'écarte des exigences du cahier des charges.

Article 60

I. - Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. La personne responsable du marché pour l'Etat, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales peut seulement leur demander de préciser ou de compléter la teneur de leur offre.

II. - La personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales choisit l'offre économiquement la plus avantageuse conformément aux critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

La personne responsable du marché peut, en accord avec le candidat retenu, procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles, notamment financières, du marché.

Lorsque aucune offre ne lui paraît acceptable, la personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales peut déclarer l'appel d'offres infructueux. Elle en avise tous les candidats. Elle peut alors procéder soit à un nouvel appel d'offres, soit, si les conditions initiales du marché ne sont pas modifiées, à un marché négocié conformément au I de l'article 35.

La personne responsable du marché peut à tout moment décider de ne pas donner suite à l'appel d'offres pour des motifs d'intérêt général.

60.1. Interdiction de négocier.

L'article 60 rappelle, dans son I, le principe de l'interdiction de négocier posé à l'article 33.

Si la négociation avec les candidats est clairement prohibée, tout contact entre la personne responsable du marché pour l'Etat ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales et le candidat n'est pas interdit.

C'est pourquoi, les demandes de précisions de la personne responsable du marché ou de la commission d'appel d'offres doivent être formulées par écrit et se limiter à des demandes de précision afin de respecter le principe d'égalité entre les candidats. Cela signifie que, lorsque plusieurs offres présentent des imprécisions, chacune des entreprises concernées doit être sollicitée.

L'audition des candidats n'est pas prévue par le code.

Les demandes de précisions et compléments ne permettent pas :

- une mise en conformité de l'offre ; la demande de précisions ou compléments ne peut porter que sur une offre recevable, c'est-à-dire conforme ;
- des modifications apportées à l'offre initiale car l'offre est irrévocable ;
- une négociation de l'offre, la négociation étant clairement interdite.

La demande de précisions ou de compléments ne peut conduire qu'à des rectifications minimales d'erreurs purement matérielles : erreurs d'opérations, discordances entre indication en lettres ou en chiffres...

60.2. Fin de la procédure.

L'article 60-II décrit la fin de la procédure de l'appel d'offres ouvert.

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

60.2.1. Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

La personne responsable du marché pour l'Etat ou pour les établissements publics de santé et médico-sociaux ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, après avoir analysé et comparé les offres, choisit " l'offre économiquement la plus avantageuse ". La liberté du choix du titulaire du marché est un principe fondamental de la procédure d'appel d'offres.

Pour procéder à ce choix, la personne responsable du marché ou la commission d'appel d'offres se fonde sur les critères qu'elle a préalablement indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Il convient de se reporter au commentaire de l'article 53-II qui détermine les modalités du choix de " l'offre économiquement la plus avantageuse ".

60.2.2. Mise au point des composantes du marché.

60.2.2.1. L'objet de la mise au point.

La mise au point des composantes du marché diffère de la demande de précisions ou compléments dans la mesure où la mise au point des composantes du marché intervient après le choix de l'attributaire du marché.

Elle doit correspondre à un simple aménagement de l'offre, et non en une modification des documents de consultation, ni en une négociation. La mise au point ne doit pas porter sur des éléments essentiels du marché.

S'agissant des modalités techniques d'exécution, la mise au point peut permettre de préciser les marques et les références des matériels ou matériaux que l'entreprise se propose d'utiliser.

La mise au point peut également porter sur le changement éventuel de certains sous-traitants, effectué en accord avec l'entreprise retenue.

Les modifications doivent rester dans certaines limites. Sans qu'il soit possible de fixer ces limites de façon précise, la mise au point ne saurait être d'une ampleur telle qu'elle modifierait le classement des concurrents issu de l'appel d'offres si elle était appliquée aux offres de ces derniers.

Les mises au point abusives sont sanctionnées par le juge administratif.

60.2.2.2. Le régime de la mise au point.

La mise au point est effectuée par la personne responsable du marché, c'est-à-dire conformément à l'article 20 du code, la personne habilitée à signer le marché au nom de la personne publique.

Le délai de mise au point doit être raisonnable. Un délai trop long pourrait laisser suspecter une transformation de la mise au point en négociation ou remettre en cause les conditions de l'appel public à la concurrence.

La mise au point peut s'inscrire soit sur l'acte d'engagement lui-même après les signatures de chaque cocontractant, soit sur un document annexé à l'acte d'engagement. Dans les deux formules, la mise au point sera rédigée précisément et signée des deux parties.

En revanche, il est fortement déconseillé d'apporter ces modifications par voie de ratures ou de surcharges sur les documents contractuels du dossier de consultation des entreprises, et moins encore de substituer en totalité ou en partie de nouveaux documents à ceux qui ont servi de base à la consultation des entreprises.

60.2.3. La procédure infructueuse.

La notion de procédure infructueuse ne peut concerner que la procédure d'appel d'offres.

L'infructuosité doit être déclarée par la personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat et les établissements publics de santé et médico-sociaux, et par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.

Il n'est pas possible de déclarer un appel d'offres infructueux au stade de l'examen des premières enveloppes relatives à la candidature ; une telle décision ne peut être prononcée qu'au vu des offres contenues dans la seconde enveloppe.

Un appel d'offres ne peut être déclaré infructueux que si les offres présentées sont inacceptables. Le juge administratif exerce un contrôle sur les motifs conduisant l'administration à déclarer la procédure infructueuse.

Le fait qu'une seule offre ait été reçue n'implique pas que la procédure soit déclarée infructueuse ; l'offre, si elle est acceptable et économiquement avantageuse, peut être retenue.

La décision d'infructuosité est notifiée à tous les candidats.

Le lancement d'une nouvelle procédure, de même que le choix de celle-ci, relève de la personne responsable du marché.

Lorsque la procédure est déclarée infructueuse, il est possible de lancer un nouvel appel d'offres ou, si les conditions initiales du marché ne sont pas modifiées, de procéder à un marché négocié dans les conditions prévues au I de l'article 35.

La déclaration d'infructuosité de la procédure n'autorise pas l'autorité compétente à divulguer les offres des candidats.

60.2.4. Décision de ne pas donner suite à l'appel d'offres pour des motifs d'intérêt général.

La personne responsable du marché peut ne pas donner suite à l'appel d'offres pour des motifs d'intérêt général. Cette décision relève du pouvoir discrétionnaire de la personne publique.

Les motifs d'intérêt général susceptibles d'être invoqués peuvent être très divers. Il peut s'agir par exemple de la disparition du besoin de la personne publique ou d'une insuffisance de concurrence, qu'elle ait été ou non provoquée par une entente entre entreprises. Peu importe qu'une offre (ou plusieurs) soit acceptable ; c'est en cela qu'elle se distingue de la déclaration d'infructuosité qui exige que les offres n'aient pas été acceptables.

Il peut également s'agir d'éviter les risques tenant aux incertitudes ayant affecté la consultation des entreprises ou de mettre fin à une procédure entachée d'une irrégularité.

Sous-section 2 Appel d'offres restreint

Article 61

I. - Il est procédé à un avis d'appel public à la concurrence dans les conditions de l'article 40. Cet avis peut fixer un nombre minimum et un nombre maximum de candidats autorisés à présenter une offre. Dans ce cas, le nombre minimum ne peut être inférieur à cinq.

II. - Le délai de réception des candidatures ne peut être inférieur à trente-sept jours à compter de la date d'envoi de l'avis à la publication.

Ce délai peut toutefois être ramené à vingt et un jours pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 000 000 Euro HT. Ces deux délais peuvent être ramenés à quinze jours en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique.

III. - Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité.

qu'il donne la possibilité à la personne responsable du marché de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre.

L'appel d'offres est organisé en deux étapes et s'articule autour de deux phases bien distinctes : la sélection des candidats et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. En conséquence, deux catégories de délais ont été prévues : les délais de réception des candidatures et les délais de réception des offres.

Le choix entre l'appel d'offres ouvert et l'appel d'offres restreint appartient à la personne publique.

L'article 61 décrit le début de la procédure : l'organisation de la publicité et les délais de réception des candidatures.

Comme pour l'appel d'offres ouvert, la procédure débute par la publication d'un avis d'appel public à la concurrence dans les conditions fixées à l'article 40.

Ensuite, les opérations de transmission et de réception des candidatures suivent les mêmes règles que celles précédemment décrites pour les offres à l'article 59. Il existe seulement deux différences présentées ci-après.

61.1. Nombre de candidats admis à présenter une offre.

Les acheteurs publics peuvent décider de limiter le nombre de candidats autorisés à présenter une offre et, dans cette hypothèse, ils doivent indiquer ce nombre dans l'avis d'appel public à la concurrence. Toutefois, ce nombre ne peut être inférieur à cinq, sauf si les candidatures reçues sont insuffisantes. Dans ce cas, ils ont la possibilité de poursuivre la procédure ou d'y mettre fin en motivant leur décision et de relancer une nouvelle procédure.

Si le nombre de candidatures admises est supérieur au nombre préalablement indiqué des candidats autorisés à présenter une offre, les candidatures sont sélectionnées au terme d'un classement prenant en compte les garanties et capacités financières ainsi que les références professionnelles des candidats conformément aux dispositions de l'article 52. En procédure d'appel d'offres, le tirage au sort prévu dans le cas de la procédure de mise en concurrence simplifiée de l'article 57 n'est nullement autorisé.

61.2. Délais de réception des candidatures.

Il convient de rappeler qu'il s'agit d'un délai minimal et que la personne publique peut toujours retenir des délais plus longs pour élargir la concurrence et permettre aux candidats de présenter des solutions bien étudiées.

Ce délai ne peut être inférieur à 37 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de publication, à l'exception des marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 000 000 Euro HT dont le délai peut être ramené à 21 jours.

Lorsque l'urgence rend impossible l'application de ces deux délais, ils peuvent être ramenés à 15 jours. La notion d'urgence en matière de délais de réception des candidatures ou des offres est appréciée de manière identique telle que rappelée au point 58.1.2.

Article 62

- I. - La séance d'ouverture des plis contenant les candidatures n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis. Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date limite qui a été annoncée dans l'avis d'appel public à la concurrence.
- II. - La commission d'appel d'offres examine les candidatures. Au vu de cet examen, la personne responsable du marché sur proposition de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales dresse, en application des deux premiers alinéas de l'article 52, la liste des candidats autorisés à présenter une offre.

dans le respect de l'article 52. La liste des candidats admis à présenter une offre est arrêtée par la personne responsable du marché, sur proposition de la commission d'appel d'offres pour l'Etat ou les établissements publics de santé et médico-sociaux et par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.

Article 63

I. - La personne responsable du marché adresse, simultanément et par écrit, à tous les candidats retenus, une lettre de consultation pour les inviter à présenter une offre.

Cette lettre de consultation comporte :

- a) La date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et l'indication de l'obligation de les rédiger en langue française ;
- b) La référence à l'avis d'appel public à la concurrence ;
- c) S'il y a lieu, l'adresse du service auprès duquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés et la date limite pour présenter cette demande, ainsi que le montant et les modalités de paiement du cautionnement qui peut être demandé pour obtenir ces documents.

II. - Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à quarante jours à compter de l'envoi de la lettre de consultation.

Ce délai peut toutefois être ramené à :

- vingt-six jours au cas où un avis de préinformation a été publié. L'avis de préinformation doit toutefois avoir été envoyé à la publication au moins cinquante-deux jours et au plus douze mois avant la date d'envoi de l'appel public à la concurrence ;
- vingt et un jours pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 000 000 Euro HT.

Ces deux délais peuvent être ramenés à quinze jours en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique. Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché, ou après consultation sur place de documents complémentaires au cahier des charges, les délais sont prolongés en conséquence.

Les renseignements complémentaires éventuels sur les cahiers des charges sont communiqués par la personne responsable du marché six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

En cas de délais réduits du fait de l'urgence, ces renseignements sont communiqués quatre jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

III. - Les offres sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité.

L'article 63 décrit le début de la deuxième phase de l'appel d'offres restreint relative au choix de l'offre qui démarre par l'envoi de la lettre de consultation.

Le code ne fixe pas de délai entre la sélection des candidatures et l'envoi de la lettre de consultation. Toutefois, il est recommandé de ne pas laisser s'écouler un temps trop long entre les deux opérations.

Le délai de réception des offres est, au minimum, de 40 jours à compter de l'envoi des informations aux candidats. Ce délai peut être réduit, comme pour l'appel d'offres ouvert (cf. article 58), et selon les mêmes principes. Ainsi, il peut être ramené à 26 jours lorsqu'il y a eu publication d'un avis de préinformation, à 21 jours pour les marchés de travaux inférieurs au seuil de 5 000 000 Euro HT et à 15 jours en cas d'urgence simple.

Article 64

I. - La séance d'ouverture des plis contenant les offres n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis.

Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date limite qui a été annoncée dans la lettre de consultation.

II. - La commission d'appel d'offres procède ensuite à l'ouverture et à l'enregistrement des offres.

III. - La personne responsable du marché sur proposition de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, élimine les offres non conformes à l'objet du marché.

La commission d'appel d'offres procède à l'ouverture des plis reçus dans les délais impartis, enregistre et examine les offres. Les offres qui ne sont pas conformes au cahier des charges sont éliminées en application de l'article 53.

L'article 64 appelle les mêmes commentaires que l'article 59 relatif à l'appel d'offres ouvert.

Article 65

I. - Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. La personne responsable du marché pour l'Etat, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, peut seulement leur demander de préciser ou de compléter la teneur de leur offre.

II. - La personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, choisit l'offre économiquement la plus avantageuse en application des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

La personne responsable du marché peut en accord avec l'entreprise retenue procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles, notamment financières, du marché.

Lorsque aucune offre ne lui paraît acceptable, la personne responsable du marché sur proposition de la commission d'appel d'offres pour l'Etat ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, peut déclarer l'appel d'offres infructueux. Elle en avise tous les candidats. Elle peut alors procéder soit à un nouvel appel d'offres, soit, si les conditions initiales du marché ne sont pas modifiées, à un marché négocié conformément au I de l'article 35.

La personne responsable du marché peut à tout moment ne pas donner suite à l'appel d'offres pour des motifs d'intérêt général.

L'interdiction de la négociation est une règle absolue pour tout appel d'offres, qu'il soit ouvert ou restreint. Le déroulement de la procédure inscrit à l'article 65 est rigoureusement identique à celui détaillé à l'article 60 relatif à l'appel d'offres ouvert.

Section 3
Procédures négociées

Article 66

Lorsqu'il doit être procédé à un avis d'appel public à la concurrence, le délai minimal entre l'envoi de l'avis à la publication et l'envoi de l'invitation à présenter une offre est d'au moins trente-sept jours. Ce délai peut toutefois être ramené à quinze jours soit en cas d'urgence ne résultant pas de la personne publique, soit pour les marchés d'un montant estimé inférieur à 130 000 Euro HT pour l'Etat et à 200 000 Euro HT pour les collectivités territoriales.

Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date de leur réception et de garantir leur confidentialité.

L'envoi d'un avis d'appel public à la concurrence est obligatoire dans les cas de marchés négociés passés après publicité et mise en concurrence définis à l'article 35.

L'avis d'appel public à la concurrence prévu à l'article 40 peut utilement prévoir de préciser la catégorie du marché négocié en cause, éventuellement le nombre envisagé de candidats qui seront admis à négocier ainsi que les candidats déjà sélectionnés dans l'hypothèse d'un marché négocié lancé après un appel d'offres infructueux.

Le délai de publicité de droit commun est le délai communautaire de 37 jours.

Il convient de rappeler que, comme tous les délais de publicité mentionnés dans le code, il s'agit d'un délai minimal. Le non-respect de ce délai minimal vicie la procédure et le marché.

En revanche, il peut parfois s'avérer opportun de retenir un délai plus long, en fonction notamment de l'importance et des particularités du marché, et afin de faire jouer au mieux la concurrence.

Le délai de publicité peut être ramené à 15 jours pour les marchés d'un montant inférieur au seuil de l'appel d'offres, et dans les cas d'urgence. L'urgence ne peut être invoquée que si elle est telle qu'elle implique une réduction des délais de <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

publicité. Une réduction du délai normal ne se conçoit en effet, ainsi que le rappellent les directives européennes, que si ce délai est rendu impraticable, ce qui sera le cas si la conclusion du marché est nécessaire à très bref délai pour des raisons sérieuses ne résultant pas du fait de la personne publique contractante.

La transmission des candidatures suit les règles générales définies par le code.

Article 67

La personne responsable du marché dresse la liste des candidats invités à négocier.

Elle adresse simultanément et par écrit aux candidats une lettre de consultation et, le cas échéant, le dossier de consultation.

Cette lettre comporte au moins :

a) La date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et l'indication de l'obligation de les rédiger en langue française ;

b) La référence à l'avis d'appel public à la concurrence ;

c) S'il y a lieu, l'adresse du service auprès duquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés et la date limite pour présenter cette demande, ainsi que le montant et les modalités de paiement du cautionnement qui peut être demandé pour obtenir ces documents.

Les renseignements complémentaires éventuels sur les cahiers des charges sont communiqués par la personne responsable du marché six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

Les offres sont transmises par tout moyen permettant de garantir leur confidentialité.

Après examen des offres, la personne responsable du marché engage les négociations avec les candidats de son choix ayant présenté une offre. Le nombre de candidats admis à négocier ne peut être inférieur à trois, sauf si le nombre des candidats n'est pas suffisant.

Au terme de ces négociations, la personne responsable du marché attribue le marché. Elle peut à tout moment mettre fin à la procédure pour des motifs d'intérêt général.

Les étapes de la procédure négociée sont les suivantes.

67.1. Etablissement de la liste des candidats invités à négocier.

Les candidatures reçues au terme de la procédure décrite à l'article précédent sont examinées par la personne responsable du marché, qui élimine les candidats dont la candidature n'est pas recevable au regard des critères indiqués et établit la liste des candidats qu'elle invitera à négocier.

67.2. Envoi de la lettre de consultation.

Elle est envoyée aux candidats inscrits sur la liste des candidats invités à négocier.

Ses mentions minimales sont précisées par le code.

Cette lettre a pour objet d'inviter les candidats retenus à présenter une offre, et doit leur fournir les informations utiles pour ce faire. Le cahier des charges et les documents complémentaires doivent normalement être joints à cette lettre.

Ainsi que l'indique l'article 66, l'invitation à présenter une offre ne peut être envoyée avant l'expiration du délai de publicité.

Cette règle est une garantie du respect de l'égalité entre les candidats, qui doivent avoir accès aux informations dans les mêmes conditions et disposer des mêmes délais. Ce délai doit donc être respecté et l'envoi prématuré à un ou plusieurs candidats vicierait la procédure.

67.3. Accès des candidats aux informations nécessaires.

Ils doivent pouvoir accéder au cahier des charges qui doit normalement être joint à la lettre de consultation. En raison notamment de son volume, il est possible de ne pas le joindre à cette lettre. Dans ce cas, les candidats doivent pouvoir librement le consulter et en prendre des copies auprès du service.

Par dérogation au principe de gratuité, un cautionnement peut éventuellement être prévu dans les cas et les conditions fixées à l'article 41.

Ils doivent pouvoir accéder aux éventuelles informations complémentaires nécessaires.

Si un candidat a besoin de renseignements complémentaires pour présenter son offre, ils doivent lui être communiqués, sauf impossibilité matérielle avérée, au plus tard six jours avant la date limite de réception des offres. Ces renseignements ne peuvent consister qu'en des informations qui sont le complément du cahier des charges, et qui sont utiles pour que les candidats élaborent leurs offres.

Tous les candidats doivent, le cas échéant, pouvoir obtenir les mêmes informations dans les mêmes conditions, et il convient de veiller particulièrement à l'égalité d'accès à l'information de tous les candidats.

67.4. Transmission des offres.

De même que pour les candidatures (article 66), la transmission des offres suit les règles générales définies par le code.

67.5. La négociation.

Après examen des offres, la personne responsable du marché engage et conduit les négociations avec les candidats qu'elle choisit. Elle élimine les offres irrecevables et non conformes au cahier des charges.

La personne responsable du marché peut choisir les candidats avec lesquels elle va engager des négociations. Le principe d'égalité d'accès à la commande publique implique toutefois qu'elle le fasse sur une base objective, en fonction de l'intérêt des offres. Le respect de la concurrence implique que, sauf exceptions prévues par l'article 35, les négociations soient conduites avec plusieurs candidats. Ceci permet d'assurer l'accès le plus large à la commande publique et garantit à la personne publique un choix réel entre plusieurs offres concurrentes.

Par ailleurs, les négociations doivent impérativement être conduites avec au moins trois candidats, sauf si cela apparaît matériellement impossible faute d'un nombre suffisant d'offres recevables et conformes.

La négociation n'est pas enserrée dans des règles procédurales précises.

Pour des raisons de transparence, il peut paraître utile à la personne responsable du marché de retracer les étapes principales par des écrits.

Par ailleurs, la négociation ne peut conduire à modifier substantiellement les éléments de la mise en concurrence, sauf à ce que l'administration invite tous les candidats avec lesquels elle négocie à adapter leurs propositions à ces modifications.

Les négociations portent donc essentiellement sur les offres des candidats, et ont pour but d'amener les candidats à présenter les offres les plus intéressantes possibles pour la personne publique.

67.6. Fin de la procédure.

Au terme des négociations, la personne responsable du marché attribue le marché ou arrête la procédure. La conclusion logique de la procédure est la passation d'un marché. Toutefois, la personne responsable du marché peut ne pas lui donner suite. Il n'y a en effet jamais d'obligation pour une administration de conclure un marché public.

En procédure négociée, la commission d'appel d'offres n'intervient pas sauf celle des collectivités territoriales qui doit donner un avis préalable à la passation d'un marché négocié. Le rôle de la personne responsable du marché est donc déterminant puisque c'est elle qui assure, dans la transparence, le bon déroulement des différentes étapes de la procédure.

Section 4
Autres procédures
Sous-section 1
Appel d'offres sur performances

Article 68

L'appel d'offres sur performances est organisé selon les règles applicables à l'appel d'offres restreint sous réserve des dispositions qui suivent.

Après examen et classement des offres par la commission d'appel d'offres, chaque candidat est entendu par la commission, dans des conditions de stricte égalité, définies dans le règlement de la consultation. A la suite de cette audition et, le cas échéant, d'une audition supplémentaire si elle s'avère nécessaire, les candidats peuvent préciser, compléter ou modifier leur offre. L'offre modifiée est remise et traitée dans les mêmes conditions que l'offre initiale. La discussion avec les candidats a pour seul objet la définition des moyens aptes à satisfaire au mieux les besoins de la personne publique.

Les procédés et les prix proposés par les candidats ne peuvent être divulgués au cours de la discussion. La personne responsable du marché ne peut élaborer ou modifier le cahier des charges en combinant des éléments proposés par différents candidats sans le communiquer à l'ensemble des candidats afin de leur permettre de modifier, le cas échéant, leur offre.

Pour l'Etat, l'attribution du marché est prononcée par une décision motivée de la personne responsable du marché, après que la commission d'appel d'offres a proposé un classement des offres et formulé un avis qui figure au procès-verbal.

Pour les collectivités territoriales, la commission d'appel d'offres choisit un candidat par une décision motivée qui figure au procès-verbal.

Il peut être prévu l'allocation de primes à tous les candidats ou à ceux dont les offres ont été les mieux classées.

La rémunération de l'attributaire du marché tient compte de la prime qui lui a été éventuellement versée en application de l'alinéa précédent. Il n'est pas donné suite à l'appel d'offres si aucune offre n'est jugée acceptable. Les candidats en sont avisés.

68.1. Définition de l'appel d'offres sur performances.

C'est une procédure dérivée de l'appel d'offres restreint. Aussi, il y a lieu de se reporter aux règles précisées par les articles 61 à 65, qui fixent le déroulement de la procédure de l'appel d'offres restreint.

Des particularités découlent toutefois de la définition même de l'appel d'offres sur performances, telle qu'elle résulte de l'article 36 :

- d'une part, le cahier des charges techniques définit seulement les exigences de la personne publique (obligation de résultat), et ne décrit pas de solution technique particulière imposée pour satisfaire ces exigences ou atteindre ces résultats ;
- d'autre part, il incombe aux entreprises qui participent à la consultation de définir les spécifications techniques de la prestation à fournir.

De plus, l'article 68 prévoit plusieurs règles spécifiques à la procédure d'appel d'offres sur performances qui dérogent au droit commun de l'appel d'offres restreint et sont commentées ci-après.

Enfin, la commission d'appel d'offres compétente pour cette procédure est composée conformément à l'article 24 du code.

68.2. L'audition des candidats.

68.2.1. L'audition a pour seul objet de préciser les moyens nécessaires pour satisfaire le besoin exprimé.

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

Dans la mesure où, par définition, l'administration ne demande pas des prestations précises mais fixe seulement, dans un programme fonctionnel détaillé, des résultats vérifiables à atteindre ou des besoins à satisfaire, il faut permettre aux candidats d'apprécier de façon aussi précise que possible les exigences formulées et l'adéquation des moyens envisagés pour les remplir.

Il s'agit donc seulement de permettre aux candidats de présenter les moyens qu'ils proposent en précisant, le cas échéant, les exigences correspondantes formulées par l'administration.

La procédure de l'appel d'offres sur performances doit être clairement distinguée de la procédure du marché négocié. En particulier, il ne saurait y avoir de négociation au cours de l'audition.

L'audition n'a par ailleurs pas pour but de permettre à la personne publique de modifier ses exigences.

Une telle modification des conditions de la mise en concurrence, en cours de procédure, serait irrégulière.

68.2.2. L'organisation de l'audition est clairement encadrée.

68.2.2.1. Le principe est qu'une seule audition est organisée.

Une audition complémentaire peut être prévue si elle s'avère réellement nécessaire. Elle ne doit toutefois pas avoir pour but de permettre un dialogue avec un ou plusieurs candidats sur leur offre, mais seulement d'examiner un point complémentaire que la première audition n'aurait pas permis d'examiner. La règle de l'égalité entre les candidats implique que, si une deuxième audition a lieu, tous les candidats doivent être entendus.

68.2.2.2. La commission mentionnée au point 68.1 ci-dessus détient une compétence exclusive pour procéder à l'audition des candidats.

Il importe tout particulièrement de garantir une égalité absolue de traitement des différents concurrents. Ainsi, il est conseillé de préparer un questionnaire qui servira de trame identique pour les auditions de tous les candidats. Tous doivent pouvoir disposer des mêmes éléments d'information. Il importe pour assurer la transparence du déroulement de chaque audition, d'en consigner chaque étape au procès-verbal, de la même manière pour tous les candidats.

Le respect de la confidentialité est également un impératif.

Les procédés et les prix proposés par les concurrents ne peuvent en aucun cas être divulgués au cours de la discussion.

De même que dans toute procédure, les candidats ne doivent pas pouvoir disposer d'informations sur les offres de leurs concurrents, sous peine de fausser la concurrence et d'altérer l'égalité entre les entreprises, en portant de plus atteinte au secret de l'industrie et du commerce.

Pour des raisons de transparence, il est nécessaire que le règlement de la consultation ait clairement précisé les modalités de déroulement de l'audition.

A défaut d'avoir été clairement et préalablement indiquée aux candidats, dans des conditions de nature à garantir le respect du principe d'égalité des candidats, l'audition ne peut être organisée régulièrement.

68.2.2.3. Les nécessités d'appréciation technique des prestations proposées ou des moyens pour les réaliser peuvent par exemple conduire la collectivité à organiser des tests de matériels.

Il appartient à l'administration de motiver rigoureusement de telles mesures et de veiller strictement au respect du principe d'égalité, ainsi qu'à la compétence exclusive de la commission pour apprécier les offres.

68.2.3. Après l'audition, les candidats peuvent préciser, compléter, ou modifier leur offre.

Il ne peut simplement s'agir que d'une adaptation de leurs offres, pour tenir compte des éléments résultant de l'audition.

Ainsi, l'offre ne peut être modifiée que sur les points qui ont fait l'objet de l'audition, c'est-à-dire la définition des moyens aptes à satisfaire au mieux les besoins de la personne publique.

En revanche, il ne peut s'agir de proposer une offre totalement nouvelle, intégrant des changements sans lien avec les éléments examinés lors de l'audition.

68.2.4. Le programme fonctionnel (exigences de résultats à atteindre ou de besoins à satisfaire) est pour sa part intangible.

Il n'est pas possible de modifier en cours de procédure les conditions de la mise en concurrence.

L'acheteur peut en revanche, au terme de l'examen des offres, reprendre le cahier des charges sans le modifier substantiellement, en précisant ou en complétant la description des performances requises.

Si, au terme de l'audition, l'administration souhaite adapter le cahier des charges, elle doit le communiquer dans sa nouvelle version à tous les candidats, pour que tous puissent formuler une nouvelle offre.

68.3. Choix du titulaire.

68.3.1. Examen des offres.

Les données relatives aux offres des candidats ont plusieurs origines possibles :

- la proposition initiale sous enveloppe ;
- les réponses données et les exposés présentés à l'occasion de l'audition et formalisés par écrit ;
- l'offre éventuellement modifiée après l'audition.

Afin d'assurer le plus de transparence possible dans les décisions finales, l'ensemble des données fournies par les entreprises candidates et sur lesquelles portent les analyses de la CAO doit prendre une forme écrite.

L'article 68 ouvre la possibilité à la personne publique de combiner des éléments provenant de plusieurs offres de candidats différents. Cette souplesse exceptionnelle ne saurait être utilisée que dans des cas limités. L'attention des acheteurs publics est appelée sur le fait que cette perspective de combinaison des solutions proposées peut décourager les entreprises de présenter des offres innovantes. Il est important de rester prudent dans l'utilisation de cette possibilité et de respecter les règles de forme et du droit de la propriété intellectuelle.

68.3.2. Motivation de la décision.

La décision de choix relève de la CAO pour les marchés des collectivités territoriales, et de la PRM après avis de la CAO pour les marchés de l'Etat. Dans les deux cas, elle doit être motivée.

La motivation doit permettre notamment de vérifier le respect du principe d'égalité de traitement des candidats. L'absence de motivation ou la rédaction d'un avis stéréotypé, tel que la seule mention du meilleur rapport qualité/prix, entache d'irrégularité la procédure de passation.

68.3.3. Impossibilité de déclarer infructueux un appel d'offres sur performances.

Alors que les articles relatifs à l'appel d'offres restreint prévoient, en cas d'absence d'offres acceptables, la possibilité de déclarer l'infructuosité et de lancer une procédure négociée, le présent article ne prévoit que la possibilité ne pas donner suite à l'appel d'offres.

Cette formulation exclut la possibilité de déclarer l'appel d'offres sur performances infructueux et de négocier.

68.4. Les primes.

Des primes peuvent être prévues ; elles sont destinées aux candidats les mieux classés et ont pour objet de rétribuer l'effort particulier qui est demandé aux entreprises, qui doivent elles-mêmes identifier et proposer les moyens répondant aux exigences formulées par l'administration.

Ces primes ne sont pas obligatoires et leur montant doit correspondre à la complexité de l'offre sollicitée ainsi qu'à l'effort particulier demandé aux entreprises. Le règlement de la consultation doit en faire état.

La rémunération de l'attributaire tiendra compte de la prime éventuellement prévue.

Article 69

Lorsque les marchés relatifs à des opérations de communication sont passés conformément à la procédure de l'appel d'offres sur performance, ils peuvent comporter une ou plusieurs phases de réalisation dont le montant global est défini préalablement à l'exécution du marché. Ils sont alors passés pour une durée de trois ans au plus. A l'issue de chaque phase de réalisation, la personne responsable du marché peut, sur la base des résultats obtenus, définir éventuellement, après avis du titulaire du marché, les nouveaux moyens à mettre en oeuvre pour la phase suivante, en vue d'atteindre les objectifs de l'opération de communication.

Lorsque l'intérêt de la poursuite du marché est de nature à être remis en cause au cours de son exécution, ce dernier doit prévoir la faculté pour la personne publique d'arrêter son exécution au terme d'une ou de plusieurs de ces phases.

69.1. Les conditions de recours aux dispositions de l'article 69.

Les marchés de communication peuvent présenter des spécificités telles qu'un aménagement des procédures classiques de passation des marchés est utile. Cet aménagement ne concerne pas nécessairement tous les marchés de communication.

En effet, dans certains cas, il s'agit d'une prestation de communication limitée dans le temps et dont le contenu est bien précis. Dans ce cas, le marché pourra être passé selon les procédures ordinaires prévues par le code, à savoir notamment l'appel d'offres ou la mise en concurrence simplifiée.

Dans d'autres cas, la prestation de communication, tout en étant bien définie et encadrée dans le temps nécessitera l'aide des candidats pour en préciser le contenu. Dans ce cas, il pourra être recouru à l'appel d'offres sur performances.

Dans d'autres cas enfin, tout en ayant un objet défini et une durée d'exécution précise, la prestation de communication pourra avoir des modalités de mise en oeuvre évoluant dans le temps en fonction de l'impact et de l'efficacité de chacune des interventions déjà réalisées. Dans ce dernier cas, il pourra être recouru aux dispositions de l'article 69 du code qui permettent la réalisation, au sein d'un même marché, de plusieurs campagnes successives de communication lesquelles peuvent être considérées comme des phases successives de ce marché. Dans cette hypothèse, le marché devra toujours être passé sous la forme d'un appel d'offres sur performances.

Cette souplesse qui est introduite dans les règles traditionnelles de passation des marchés publics est toutefois encadrée.

69.2. Les indications devant obligatoirement figurer dans le marché de communication passé en application de l'article 69.

69.2.1. L'objet précis du marché.

C'est en effet dans le cadre de cet objet que vont devoir être déclinées les phases du marché qui correspondent à autant de campagnes de communication répondant au même objet.

69.2.2. Le montant global du prix.

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

L'article 69 n'exige pas que l'on fixe, lors de la conclusion du marché, le prix de chacune des phases. Ce prix sera fixé, phase par phase, préalablement à leur mise en oeuvre.

La personne responsable du marché reste toutefois liée par le montant global du marché.

69.2.3. Les moyens nécessaires à la réalisation du marché.

Il s'agira des différents outils ou prestations de communication. Ces moyens pourront être combinés de manière différente pour chacune des phases du marché (ex. : une première phase avec dominante d'interventions dans la presse écrite pour la jeunesse, une seconde phase exclusivement tournée vers la presse audiovisuelle pour les 15-20 ans et une troisième phase de manifestations locales avec rappel symbolique du message par affiches). Seule la première phase, dont le contenu peut être raisonnablement connu, devra être détaillée dans l'offre des candidats.

69.2.4. La durée du marché.

L'article 69 indique que la durée maximale de ces marchés ne peut excéder 3 ans. Il est toutefois nécessaire de signaler que si la somme des prix des différentes phases réalisées atteint le prix global, le marché sera considéré comme arrivé à son terme même si la date limite d'exécution prévue par le marché n'est pas encore atteinte.

69.3. La comparaison des offres.

Elle se fera, en particulier, à partir d'éléments tels l'originalité du concept, son adaptation aux besoins, le prix global du marché, le prix unitaire des outils de la première phase ainsi que le contenu et le prix de la première phase d'exécution du marché.

69.4. Les aménagements susceptibles d'être apportés à la mise en oeuvre d'un tel marché.

La particularité des marchés de l'article 69 est de permettre, à la fin de chaque phase, de faire le point sur l'efficacité de la campagne menée lors de la phase précédente. La personne responsable du marché peut en tirer les conséquences et arrêter, après avis du titulaire, un ensemble précis des moyens à mettre en oeuvre pour la réalisation de la phase suivante.

Pour ce faire, la personne responsable du marché peut recourir aux mêmes moyens que ceux déjà mis en oeuvre lors de cette phase précédente. Elle peut aussi y adjoindre des moyens nouveaux non encore utilisés, ou composer une campagne de communication en utilisant uniquement des outils non encore utilisés mais qui sont prévus dans le marché.

La condition à respecter pour ces phases successives est que leur contenu et leur prix soient bien arrêtés par la personne responsable du marché avant la mise en oeuvre de chacune des phases.

Aucune modification ne peut en revanche être apportée, dans le cadre de la définition du contenu de chaque phase, à l'objet du marché et à son prix global.

Un guide sur les marchés de communication sera prochainement publié par le Service d'information du gouvernement et le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

Sous-section 2 Procédure propre aux marchés de conception-réalisation

Article 70

Les marchés de conception-réalisation sont passés selon les règles de l'appel d'offres sur performances, notamment pour ce qui concerne les auditions, sous réserve des dispositions suivantes :

1° Un jury est composé des membres de la commission d'appel d'offres mentionnée aux articles 21 et 22, auxquels s'ajoutent des maîtres d'oeuvre désignés par la personne responsable du marché. Ces maîtres d'oeuvre doivent être indépendants des candidats et du maître de l'ouvrage et doivent être compétents au regard de l'ouvrage à concevoir et de la nature des prestations à fournir pour sa conception. Ils représentent au moins un tiers du jury ;

2° Le jury dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir. La personne responsable du marché arrête la liste des candidats admis à réaliser des prestations, auxquels sont remises gratuitement les pièces nécessaires à la consultation ;

3° Les candidats admis exécutent des prestations sur lesquelles se prononce le jury. Ces prestations comportent au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou un avant-projet pour un ouvrage d'infrastructure, accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage ;

4° Le jury dresse un procès-verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats et formule un avis motivé ;

5° Le règlement de la consultation prévoit le montant des primes et les modalités de réduction ou de suppression des primes des candidats dont le jury a estimé que les offres remises avant l'audition étaient incomplètes ou ne répondaient pas au règlement de la consultation. Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par le règlement de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.

La rémunération de l'attributaire du marché tient compte de la prime qu'il a reçue.

70.1. Définition.

La conception-réalisation est une forme dérivée de l'appel d'offres sur performances.

Il y a donc lieu de renvoyer aux articles 24, 36 et 68 qui régissent la procédure de l'appel d'offres sur performances, notamment s'agissant de l'audition.

Ceci implique en particulier le respect des principes d'égalité absolue entre les candidats, de même que de confidentialité, tels que les rappelle l'article 68. Le champ d'application de la conception-réalisation est celui précisé par l'article 37 du présent code.

Par ailleurs, le présent article prévoit plusieurs particularités procédurales.

70.2. Le jury de la procédure de conception-réalisation.

Il se substitue à la commission d'appel d'offres (CAO) de l'appel d'offres sur performances jusqu'à l'attribution du marché qui s'effectue selon les règles de droit commun en matière de marchés publics, c'est-à-dire par la personne responsable du marché pour l'Etat et la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.

70.2.1. Composition.

Elle dérive de celle de la CAO de droit commun.

Le jury se compose des membres de la CAO de droit commun, telle qu'elle est définie par les articles 8, 21 et 22, à l'exception des personnalités compétentes qui font l'objet de dispositions spécifiques exposées ci-après.

A ces membres s'ajoutent des maîtres d'oeuvre choisis en raison de leur compétence. Leur compétence n'est pas appréciée de façon générale, mais en fonction du marché précis dont la passation est envisagée. Ils doivent ainsi pouvoir justifier de leur compétence au regard de l'ouvrage à concevoir et de la nature des prestations à réaliser.

Ils doivent offrir toutes les garanties d'indépendance par rapport aux candidats et au maître d'ouvrage.

Ils sont désignés par la personne responsable du marché en nombre égal à, au moins, un tiers du total des membres du jury.

70.2.2. Attributions.

Elles sont consultatives. Le jury examine les candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir, liste arrêtée par la personne responsable du marché.

Le jury se prononce ensuite sur les prestations des candidats. Il les auditionne et formule un avis motivé sur leurs offres.

Dans la mesure où le jury est seulement appelé à émettre un avis, le choix du candidat retenu revient également à la personne responsable du marché.

Le jury doit dresser procès-verbal de ses réunions.

70.3. Spécificités du déroulement de la procédure.

70.3.1. Prestations attendues des candidats.

Les candidats doivent au moins présenter un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment, ou un avant-projet pour un ouvrage d'infrastructure, accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage.

Par ailleurs, puisque le présent article affirme que les candidats admis à réaliser des prestations se voient remettre gratuitement les pièces nécessaires, sans qu'aucune exception soit prévue au principe de gratuité, il n'y a pas lieu d'appliquer le mécanisme de l'article 41 qui permet d'exiger un cautionnement dans le cas des marchés des collectivités territoriales.

70.3.2. Régime des primes.

Le montant des primes est prévu par le règlement de la consultation. Il est précisément fixé au prix estimé des études de conception à effectuer, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.

Le jury peut toutefois, au vu de l'offre de chaque candidat, réduire le montant de la prime, voire même la supprimer, si l'offre apparaît incomplète ou ne répond pas aux exigences formulées.

Par ailleurs, de même que dans le droit commun de l'appel d'offres sur performances, la rémunération de l'attributaire tiendra compte de la prime éventuellement prévue.

Sous-section 3 Concours

Article 71

- 1° En cas de concours ouvert, les plis adressés par les candidats comportent une première enveloppe contenant les renseignements relatifs à leur candidature, une seconde enveloppe contenant les prestations demandées et, sauf si n'est prévu que le versement d'une prime, une troisième enveloppe contenant leur offre de prix.
- En cas de concours restreint, les candidats admis à concourir sont invités à remettre leurs prestations et, sauf si n'est prévu que le versement d'une prime, une enveloppe séparée contenant leur offre de prix.
- 2° Le jury examine les candidatures. Il dresse un procès-verbal et formule un avis motivé.
- La liste des candidats admis à concourir est arrêtée par la personne responsable du marché.
- 3° Les prestations des candidats sont évaluées par le jury qui en vérifie la conformité au règlement du concours et en propose un classement fondé sur les critères indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence. Cet examen est anonyme si le montant total des primes est égal ou supérieur à 130 000 Euro HT pour l'Etat ou à 200 000 Euro HT pour les collectivités territoriales ou si le concours est organisé en vue de la passation ultérieure d'un marché de service avec le lauréat, dont le montant estimé est égal ou supérieur à 130 000 Euro HT pour l'Etat ou à 200 000 Euro HT pour les collectivités territoriales.
- 4° Le jury dresse un procès-verbal de l'examen des prestations et formule un avis motivé. Ce procès-verbal est signé par tous les membres du jury. Il est transmis à la personne responsable du marché qui décide du ou des lauréats du concours.
- 5° La personne responsable du marché négocie avec tous les lauréats. Le marché qui fait suite au concours est attribué à l'un des lauréats par la personne responsable du marché ou, pour les collectivités territoriales, par l'assemblée délibérante.
- La personne responsable du marché alloue les primes aux candidats conformément aux propositions qui lui sont faites par le jury.

71.1. Publicité.

La question est réglée par les articles 39 et 40 du présent code.

On peut simplement rappeler qu'il ressort de la combinaison de l'article 71 avec l'article 27 sur le calcul des seuils que, pour déterminer le montant d'achat à prendre en compte pour connaître le régime de publicité applicable, il faut cumuler le montant total des primes versées ainsi que, si le concours aboutit à la conclusion d'un marché, le montant estimé de celui-ci.

71.2. Présentation des candidatures et des offres.

La particularité du concours tient, ainsi que cela est exposé à l'article 38, à ce que son objet est d'une part de choisir un plan ou un projet, d'autre part de permettre de passer un marché avec l'un des lauréats pour la réalisation de ce projet ou de ce plan.

Les offres des candidats recouvrent donc potentiellement deux éléments différents, qui correspondent à deux procédures différentes :

- d'une part le plan ou le projet qui fait l'objet du concours, et qui sera examiné dans le cadre de la procédure du concours ;
- d'autre part la réalisation du plan ou du projet, qui fera l'objet d'un marché passé ultérieurement.

Les offres des candidats doivent donc clairement distinguer, d'une part ce qui correspond au plan ou projet et qui sera examiné durant le concours, d'autre part ce qui correspond à la réalisation de ce plan ou de ce projet et qui fera l'objet du marché ultérieur.

Pour préciser ce point, il convient de distinguer entre concours ouvert et concours restreint dont les procédures sont développées au point 71.4 ci-après.

71.3. Attributions du jury.

Le jury est chargé de donner un avis motivé sur les candidatures puis sur les prestations remises par les candidats. La décision revient à la personne responsable du marché, qui dresse donc la liste des candidats admis à concourir et décide du ou des lauréats du concours.

Les réunions du jury ne sont pas publiques.

Le jury propose l'allocation de primes aux candidats. La personne responsable du marché attribue les primes conformément à cette proposition.

Lorsque le concours est suivi d'un marché, c'est la personne responsable du marché qui négocie avec le ou les lauréats, puis attribue pour l'Etat, ou transmet à l'assemblée délibérante qui attribue pour les collectivités territoriales, sans que le jury intervienne pendant cette phase de négociation et d'attribution.

71.4. Déroulement de la procédure.

71.4.1. Concours ouvert.

Les plis adressés par les candidats comportent une première enveloppe contenant les renseignements relatifs à leur candidature, une seconde enveloppe contenant les prestations demandées et, sauf si n'est prévu que le versement d'une prime, une troisième enveloppe contenant leur offre de prix.

L'offre de prix correspond au prix demandé pour la réalisation du plan ou du projet qui fait l'objet du concours.

Le jury procède à l'examen des candidatures (première enveloppe). Il dresse un procès-verbal dans lequel il formule un avis motivé.

Au vu de cet avis et du classement des projets par le jury, la personne responsable du marché désigne lauréat l'auteur du projet qu'elle entend retenir et engage la négociation avec l'intéressé. Si elle hésite sur le projet à retenir, en présence, par exemple de deux projets difficiles à départager, elle déclarera lauréats les deux auteurs des deux projets en cause avec lesquels elle devra négocier avant l'attribution du marché.

Si le concours est anonyme, le secrétariat du jury transmet alors au jury les enveloppes contenant les prestations des candidats retenus.

Le jury procède ensuite à l'examen des prestations (deuxième enveloppe). Il dresse un procès-verbal dans lequel il formule un avis motivé et propose un classement des candidats.

La personne responsable peut lever l'anonymat lorsque le procès-verbal signé par tous les membres du jury lui a été remis.

Au vu de l'avis du jury, et, s'il est prévu un marché à l'issue du concours, après examen des offres de prix (troisième enveloppe), elle décide du ou des lauréats.

71.4.2. Concours restreint.

Les candidats admis à concourir sont invités à remettre leurs prestations et, sauf si n'est prévu que le versement d'une prime, une enveloppe séparée contenant leur offre de prix.

L'offre de prix correspond au prix demandé pour la réalisation du plan ou du projet qui fait l'objet du concours.

Le jury intervient une première fois au stade de l'examen des candidatures sur lesquelles il dresse un procès-verbal et formule un avis motivé.

Au vu de cet avis, la personne responsable du marché arrête la liste des candidats admis à présenter une offre.

Le jury intervient ensuite au stade de l'examen des prestations (première enveloppe) rendues anonymes si nécessaire. Il dresse un procès-verbal dans lequel il formule un avis motivé et propose un classement des candidats.

La personne responsable du marché peut lever l'anonymat lorsque le procès-verbal signé par tous les membres du jury lui a été remis.

Au vu de l'avis du jury, et, s'il est prévu un marché à l'issue du concours, après examen des offres de prix (deuxième enveloppe), elle décide du ou des lauréats.

71.5. Anonymat.

71.5.1. Champ d'application.

L'anonymat s'impose au-delà des montants suivants :

- pour l'Etat, si le montant total des primes est égal ou supérieur à 130 000 Euro HT, ou si le concours est organisé en vue de la passation ultérieure d'un marché dont le montant estimé est égal ou supérieur à 130 000 Euro HT ;
- pour les collectivités territoriales, si le montant total des primes est égal ou supérieur à 200 000 Euro HT, ou si le concours est organisé en vue de la passation ultérieure d'un marché dont le montant estimé est égal ou supérieur à 200 000 Euro HT.

71.5.2. Modalités.

Afin d'assurer le respect de l'anonymat, les personnes publiques doivent mettre en oeuvre une procédure spécifique de réception et d'examen des prestations.

L'organisation pratique peut s'inspirer des principes suivants :

- chaque service ou collectivité désigne une ou deux personnes (appelées dans la suite du texte secrétariat du concours) chargées de recevoir les enveloppes, puis de mettre en oeuvre la procédure visant au respect de l'anonymat. La confidentialité implique que le secrétariat du concours devra être à même d'exercer sa mission dans des conditions de rigoureuse indépendance ;
- les prestations sont reçues et enregistrées par le secrétariat du concours. Elles se présentent en deux ou trois enveloppes selon le type de concours : les documents nominatifs, signés par le candidat ou le cas échéant par les membres du groupement ; les documents présentés sous une forme anonyme (pièces écrites et graphiques décrivant le projet tel que demandé dans le règlement de consultation) ; et l'offre de prix, c'est-à-dire l'acte d'engagement du marché sur lequel est portée la proposition d'honoraires du candidat à laquelle peut être annexée une décomposition de ce prix ;
- le secrétariat du concours recense et numérote les pièces remises par les concurrents. Il affecte aux pièces nominatives et à chaque pièce du dossier de présentation du candidat un code (lettre ou numéro par exemple). Il est préférable de ne pas choisir un code correspondant à l'ordre d'arrivée ou d'enregistrement ;
- le secrétariat du concours garde les documents dans les conditions permettant d'en assurer la confidentialité (coffre-fort réservé à cet usage par exemple) ;
- le secrétariat transmet ensuite les dossiers ainsi codés aux services du maître d'ouvrage qui seront chargés de présenter les prestations au jury.

71.6. Primes.

Les prestations réalisées par les candidats donnent lieu au versement de primes identiques ou de primes variables en fonction du classement final.

La personne publique définit l'option retenue quant au versement des primes dans le règlement de la consultation.

S'agissant du versement de primes variables, elle peut déterminer la répartition des primes en fonction du classement final, ou n'indiquer que le montant global des primes à répartir.

Le règlement de la consultation précise également les modalités de réduction ou de suppression des primes en cas de prestations incomplètes.

Le jury, à l'issue de l'examen des prestations, propose éventuellement à la personne responsable du marché la réduction ou la suppression de la prime, conformément au règlement de la consultation. En outre, lorsque les primes sont présentées dans le règlement de la consultation sous la forme d'un montant global à répartir, il en propose la répartition. La personne responsable du marché alloue les primes conformément à la proposition du jury.

Lorsque le concours donne lieu à la conclusion d'un marché, la rémunération de l'attributaire tient compte de la prime reçue.

71.7. Négociation et choix de l'attributaire du marché faisant suite à un concours.

A l'issue de la procédure, la personne responsable du marché négocie avec le ou les lauréats du concours pour l'attribution du marché qui fait suite au concours.

L'article 35-III, 3°, prévoit ainsi que peuvent être passés sous la forme d'un marché négocié sans publicité et sans mise en concurrence préalable les marchés de services qui doivent être attribués à l'un des lauréats d'un concours.

Toutefois, lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à négocier.

A l'issue de la négociation, le marché est attribué par la personne responsable du marché, ou, pour les collectivités territoriales, par l'assemblée délibérante.

Chapitre V
Dispositions particulières à certains marchés
Section 1
Marchés fractionnés

Article 72

Lorsque, pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire ne peuvent être entièrement arrêtés dans le marché, la personne publique peut passer un marché fractionné sous la forme d'un marché à bons de commande ou d'un marché à tranches conditionnelles.

1. - 1° Le marché à bons de commande détermine les spécifications, la consistance et le prix des prestations ou ses modalités de détermination ; il en fixe le minimum et le maximum en valeur ou en quantité. Le montant maximum ne peut être supérieur à quatre fois le montant minimum.

Le marché est exécuté par émission de bons de commande successifs, selon les besoins. Chaque bon de commande précise celles des prestations décrites dans le marché dont l'exécution est demandée. Il en détermine la quantité.

2° Par dérogation dûment motivée dans le rapport de présentation, lorsque le volume du besoin et sa survenance ne peuvent être a priori appréciés par la personne publique contractante, il peut être conclu un marché sans minimum, ni maximum.

3° Dans les cas prévus au 1 et au 2, pour des raisons dûment justifiées par l'impossibilité pour une seule entreprise de réaliser la totalité des prestations, ou par la nécessité d'assurer la sécurité d'approvisionnement, il peut être passé des marchés avec plusieurs titulaires comportant des lots portant sur des prestations identiques, à la condition que le marché fixe expressément les conditions dans lesquelles les bons de commande seront attribués aux différents titulaires.

4° Par dérogation dûment motivée dans le rapport de présentation, la personne publique peut lancer une procédure d'appel d'offres et conclure, pour les mêmes prestations, des marchés sans minimum ni maximum avec plusieurs titulaires, lorsque ceci est rendu nécessaire :

- a) Soit par la forte volatilité des prix des produits ;
- b) Soit par l'obsolescence rapide des produits ;
- c) Soit par la circonstance que la survenance du besoin est liée à des situations d'urgence impérieuse ne résultant pas du fait de la personne publique contractante et incompatibles avec le délai de préparation d'un marché ;
- d) Soit par la circonstance que certaines caractéristiques des produits ou matériels ne peuvent être précisées qu'en fonction du déroulement d'une mission de recherche scientifique ou technologique.

Dans les cas prévus aux a et b, le prix peut ne pas être indiqué dans le marché, mais ce dernier doit néanmoins contenir tous les éléments permettant de le déterminer au moment de l'émission de chaque bon de commande. Le règlement de la consultation annonce que ces marchés donneront lieu à remise en compétition lors de l'attribution des bons de commande et indique le nombre maximal de titulaires qui seront retenus. Il indique que, lors de la survenance des besoins, tous les titulaires seront remis en compétition sur la base du cahier des charges initial et que le choix de l'attributaire du bon de commande sera fonction du prix et, le cas échéant, du délai. Il précise que les réponses des entreprises seront transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de réception.

La remise en compétition prévue à l'alinéa précédent a lieu dans des formes et délais identiques pour tous les candidats en assurant la confidentialité des réponses. Le contenu de chaque réponse est enregistré.

La personne responsable du marché ou son représentant pour l'Etat ainsi que pour les établissements publics de santé et les établissements publics médico-sociaux, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales choisit l'attributaire du bon de commande.

En outre, dans les cas prévus au d, le cahier des charges initial indique les caractéristiques techniques susceptibles d'être précisées en fonction du déroulement de la mission de recherche. Lors de la remise en compétition, la personne responsable du marché ou son représentant indique à chacun des titulaires les motifs qui la conduisent à exiger les caractéristiques techniques qu'elle précise. Lorsque cette motivation ne peut être portée à la connaissance des titulaires parce qu'elle comporte des informations couvertes par l'un des secrets mentionnés à l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, elle est consignée dans un registre coté réservé à cet effet.

Pour des commandes de produits ou de matériels dont la valeur est inférieure à un montant de 610 Euro HT, qui sont destinées à satisfaire des besoins occasionnels ou de faible volume, la personne responsable du marché, ou son représentant, ne remet pas en compétition les titulaires retenus, dès lors que, pour des fournitures homogènes, la somme de ces bons unitaires de commande, appréciée par période de douze mois reconductible dans la limite de la durée du marché, est inférieure au seuil de publicité fixé au niveau communautaire pour les marchés de fournitures. Dans ce cas, le règlement de la consultation prévoit que l'attribution des bons de commande ne donnera pas lieu à remise en compétition.

Le cahier des charges précise les modalités d'exécution et de contrôle de ces dispositions.

Sous réserve que les motifs soient précisés au moment de l'émission du bon de commande il en est de même :

- lorsque aucun produit ou matériel ne peut être substitué au produit ou matériel à acquérir dans le cadre de la mission de recherche scientifique ou technologique et qu'un seul des titulaires est en mesure de le fournir ;
- pour des commandes complémentaires effectuées à titre accessoire auprès du fournisseur initial, destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou de matériels d'usage courant, lorsque le changement de fournisseur conduirait à acquérir des fournitures ou des matériels de technique différente, entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi et aux avantages liés à une remise en compétition, soit à l'extension de commandes afférentes à ces fournitures ou à ces matériels.

5° Les marchés à bons de commande sont passés pour une durée qui ne peut excéder trois ans consécutifs.

Néanmoins, cette durée peut atteindre cinq ans consécutifs lorsque le marché est passé en application du 4° du III de l'article 35.

Le marché précise la durée maximale d'exécution des bons de commande.

II. - Le marché à tranches conditionnelles comporte une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Le marché définit la consistance, le prix ou ses modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche. Les prestations de la tranche ferme doivent constituer un ensemble cohérent ; il en est de même des prestations de chaque tranche conditionnelle, compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures.

L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision de la personne responsable du marché, notifiée au titulaire dans les conditions fixées au marché. Lorsqu'une tranche conditionnelle est affirmée avec retard ou n'est pas affirmée, le titulaire peut bénéficier, si le marché le prévoit et dans les conditions qu'il définit, d'une indemnité d'attente ou d'une indemnité de dédit.

72.1. Définition des marchés fractionnés.

Lorsque la nature des besoins à satisfaire est connue et peut faire l'objet d'un cahier des charges mais que les quantités susceptibles d'être commandées restent incertaines, il peut être conclu des marchés fractionnés. La détermination des besoins doit néanmoins être réalisée dans les conditions prévues au code des marchés par les articles 5 et 6.

L'article 72 du code des marchés publics prévoit deux catégories de marchés fractionnés : les marchés à bons de commande et les marchés à tranches conditionnelles.

72.1.1. Les marchés à bons de commande.

Les marchés sont à bons de commande lorsque l'incertitude porte sur l'évaluation quantitative et le rythme du besoin global à satisfaire. Cette catégorie de marchés est réservée à des achats échelonnés, en particulier de biens consommables.

72.1.2. Les marchés à tranches conditionnelles.

Les marchés sont à tranches conditionnelles lorsque l'ensemble des éléments quantitatifs est connu mais qu'il existe une incertitude sur la possibilité de réaliser l'intégralité du programme présenté. Chaque tranche représente un ensemble cohérent. En pratique, et compte tenu de la nécessité d'engager une dépense efficace, il convient que chaque tranche soit déterminée. Cette condition n'implique pas que les tranches comportent des prestations identiques ; il est cependant nécessaire que l'ensemble des prestations de chaque tranche soit prévu dès le lancement de la consultation. Cette catégorie de marchés est plus particulièrement adaptée aux opérations d'infrastructure, d'immobilier et aux marchés industriels.

De même, il pourra être recouru à un marché à tranches conditionnelles lorsqu'il est nécessaire de valider au fur et à mesure de son déroulement la progression d'une étude.

72.2. Utilisation conjointe des deux formes de marchés fractionnés.

Si la combinaison dans un marché des deux formes de fractionnement n'est pas interdite, la rédaction du contrat s'avère toutefois complexe du fait de la multiplication des incertitudes, et les conditions d'exécution pourraient s'en trouver affectées.

En tout état de cause, à défaut de dispositions expresses en ce sens, la combinaison de ces deux formes de marchés ne saurait exonérer l'acheteur public des obligations spécifiques à chacune d'elles. Il lui appartient en conséquence de veiller au respect de l'ensemble des contraintes imposées par le code pour la passation de chacune de ces formes de marché.

Il faut enfin observer que si l'incertitude porte tant sur les quantités que sur la faisabilité même de l'opération envisagée, il convient de s'interroger sur l'opportunité même de lancer une consultation auprès des fournisseurs.

S'agissant de marchés portant sur des études, la personne publique peut souhaiter ne pas s'engager sur la totalité des études envisagées afin de pouvoir décider, au terme de phases bien précises, de l'opportunité ou de l'intérêt de la prolongation de ces études. Dans ce cas, il ne convient pas qu'elle conclue un marché à bons de commande, inadapté aux besoins, mais qu'elle privilégie le marché à tranches conditionnelles qui lui permet de subordonner la commande d'une tranche au rendu des résultats ou des tests résultant d'une tranche antérieure. Ces différentes tranches, prédéterminées dans le marché, ne seront enclenchées qu'après acceptation des résultats de la tranche précédente par la personne publique. Le marché pourra être définitivement arrêté après chaque tranche.

S'agissant d'incertitudes touchant le projet lui-même (cas des marchés industriels ou de travaux), la pratique s'est développée de l'introduction dans le marché d'une part provisionnelle en cas d'ajustements techniques ou de modifications du projet. Cette disposition n'a aucune valeur juridique dans la mesure où il n'existe aucun engagement ni du fournisseur - qui ne connaît pas la teneur de ce qui pourrait lui être demandé - ni de la personne publique. Elle n'exempte donc pas le service, si des modifications s'avèrent nécessaires en cours d'exécution, de conclure un avenant dès lors que l'objet du marché et son économie initiale ne sont pas bouleversés.

72.3. Mise en concurrence et publicité.

Les marchés fractionnés sont soumis aux règles communes. Toutefois, l'appréciation des seuils de publicité et de procédure obéit aux règles spécifiques suivantes :

- pour les marchés à bons de commande, le montant à prendre en compte est l'estimation des besoins correspondant à la durée totale du marché envisagé, y compris les périodes de reconduction éventuelle dans la limite du délai maximal prévu par le 5° du I de l'article 72. Si le marché comporte un minimum et un maximum, la détermination des obligations de publicité et de mise en concurrence se fait sur la base du maximum qui s'entend là encore périodes de reconduction comprises. Si le marché ne comporte ni minimum ni maximum, les obligations de publicité et de mise en concurrence doivent être maximales, l'absence de maximum laissant à l'acheteur public la possibilité de réaliser des achats bien au-dessus des seuils communautaires ;
- pour les marchés à tranches, le montant à prendre en compte correspond au montant global constitué par la tranche ferme et la ou les tranche(s) conditionnelle(s).

72.4. Les marchés à bons de commande.

72.4.1. Eléments constitutifs du marché.

Le marché, qui est constitué :

- d'une part, de l'acte d'engagement et des pièces contractuelles initialement notifiées ;
- d'autre part, des bons de commande émis pendant la durée de validité du marché, comporte nécessairement les indications visées à l'article 12 du code des marchés publics.

Les bons de commande ne peuvent modifier les conditions initialement fixées au marché. Ils peuvent néanmoins compléter ce dernier notamment sur les conditions d'exécution de la commande (lieux, délais et bien sûr quantités et montant du bon de commande résultant de l'application des clauses contractuelles). C'est ce qu'indique le second alinéa du 1° du I de l'article 72 : " ... Chaque bon de commande précise celles des prestations décrites dans le marché dont l'exécution est demandée. Il en détermine la quantité ".

72.4.2. Durée du marché.

72.4.2.1. La durée du marché doit être définie (cf. article 15) et limitée.

La durée maximum des marchés à bons de commande est de trois ans, reconduction comprise, sauf si le marché est passé en application du 4° du III de l'article 35 du code des marchés publics : dans ce cas, la durée maximum peut être portée à cinq ans. Ces durées maximales sont impératives, elles ne peuvent être dépassées ni par décision de poursuivre, ni par avenant, ni par reconduction du marché.

L'acheteur public peut donc opter, soit pour un marché à durée définitivement arrêtée lors de sa conclusion, soit pour un marché comprenant une période ferme susceptible d'être reconduite dans la limite des durées maximales prévues par le nouvel article 72.

A titre d'illustration sans caractère limitatif ou impératif peuvent ainsi être cités : soit un marché de trois ans, ou un marché d'un an reconductible deux fois. Lorsqu'il s'agira d'un marché passé en application du 4° du III de l'article 35, le choix pourra, par exemple, porter soit sur un marché de cinq ans, soit sur un marché d'un an reconductible dans la limite maximale de cinq ans.

72.4.2.2. Les bons de commande signés par la personne responsable du marché ou le représentant expressément désigné par elle peuvent être émis jusqu'à l'expiration de la durée de validité du marché.

Les bons de commande émis en fin de marché pourront voir leur exécution se prolonger au-delà de la date d'expiration du marché. Toutefois, afin qu'un bon de commande émis lors des derniers jours de validité du marché ne puisse prolonger abusivement celui-ci, le 5° du I de l'article 72 dispose que le marché doit préciser la durée d'exécution maximale des bons de commande.

72.4.3. Les deux grandes catégories de marchés à bons de commande.

Ces deux grandes catégories sont différenciées par la formulation de leur montant. Dans l'un des cas le montant est annoncé sous la forme d'un minimum et d'un maximum, dans l'autre cas sous la forme de l'absence de minimum et de maximum.

En tout état de cause, s'agissant d'une des caractéristiques principales du marché, ce montant devra être indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence.

72.4.3.1. Marchés comportant un minimum et un maximum en valeur ou en quantité.

72.4.3.1.1. Un marché constitue un engagement réciproque équilibré.

L'acheteur public est non seulement tenu, sous peine d'indemnisation de son cocontractant, de lui passer commande à hauteur du minimum prévu au contrat, mais il est également tenu, en cas de survenance du besoin et pour des prestations entrant dans l'objet du marché, de s'adresser exclusivement à lui tant que la date limite d'expiration du marché n'est pas atteinte, jusqu'à hauteur du maximum prévu au contrat. En revanche, le cocontractant ne dispose d'aucun droit à l'obtention de commandes excédant le minimum prévu au marché et pouvant aller jusqu'au maximum prévisionnel contractuel dans l'hypothèse où, jusqu'à la date limite d'expiration du marché, il y aurait absence de survenance du besoin.

Il ne peut ainsi être conclu simultanément, pour des prestations identiques, au sein ou en dehors d'un même marché avec minimum et maximum, d'autres marchés formalisés ou non formalisés avec plusieurs fournisseurs en dehors des cas spécifiques prévus au 3° du I de l'article 72 (voir commentaire au 72.4.4).

72.4.3.1.2. Afin que le marché soit équilibré et équitable, il convient que la fourchette entre le minimum et le maximum soit réaliste et corresponde à des estimations raisonnables.

Des écarts trop importants ne reflétant aucune réalité des besoins mais n'ayant d'autre but que de minorer l'engagement initial de la personne publique et de maximiser l'engagement du fournisseur doivent être bannis. C'est la raison pour laquelle un écart maximum est fixé entre le minimum et le maximum du marché. Le 1° du I de l'article 72 fixe ce maximum à quatre fois le minimum.

Il appartient toutefois à la personne responsable du marché de fixer ces montants minimaux et maximaux en fonction de l'importance et de l'évolution possible des besoins et non par un recours systématique à l'écart maximal prévu par le code entre le minimum et le maximum. En tout état de cause, l'écart choisi ne pourra excéder cet écart maximal.

Le minimum et le maximum sont indiqués en valeur ou en quantités qui doivent être appréciées, dans le silence du marché, sur la période ferme du marché ne comprenant pas les reconductions.

72.4.3.2. Marchés sans montant ou sans quantité.

72.4.3.2.1. Un marché ne comportant aucune indication de volume (en valeur ou en quantité) et qui ne permet pas de connaître l'ampleur de la commande n'a pas d'objet certain au sens du code civil (article 1108).

La détermination de l'obligation doit être, en effet, suffisamment précise pour les deux parties dès l'accord des volontés.

Par souci de pragmatisme, il est acceptable que l'exigence de précisions soit moindre s'agissant non de la nature des prestations qui doit être parfaitement identifiée dès la mise en concurrence, mais de leur volume si une personne publique est objectivement confrontée à une programmation difficile d'un événement dont la survenance n'est pas assurée (ex. : événements météorologiques peu fréquents du type gel dans les régions côtières) mais qui impose, s'il survient, de disposer très rapidement de prestations indispensables.

En revanche, si l'acheteur sait le besoin certain, sans pouvoir en délimiter précisément le volume, il doit donner dans le règlement de la consultation l'indication des quantités minimales ou maximales en s'appuyant notamment sur les consommations antérieures (ex. : consommations électriques ou de téléphone, de papier...).

Le service qui entend recourir aux marchés à bons de commande sans minimum ni maximum devra, conformément aux exigences des 2°, 3° et 4° du I de l'article 72, motiver ce choix dans le rapport de présentation du marché.

72.4.3.2.2. Le marché sans minimum ni maximum est un marché exclusif pour toute sa durée avec le prestataire sélectionné.

Le recours aux marchés sans minimum ni maximum ne prive pas le titulaire du marché du droit d'exclusivité dont il dispose pour l'approvisionnement de l'acheteur public pour les prestations objet du marché. Il ne peut, en conséquence, être conclu simultanément, pour des prestations identiques, au sein ou en dehors d'un même marché sans minimum ni maximum, plusieurs marchés formalisés ou non formalisés avec un autre fournisseur que le titulaire du marché.

Ce principe commun à tous les types de marchés publics admet toutefois une exception dans deux cas précis prévus au 3° et au 4° du I de l'article 72 (voir commentaire aux 72.4.4 et 72.4.5).

Le recours à ces exceptions devra être dûment motivé.

L'attention des acheteurs publics est enfin appelée sur le fait que si ces dérogations permettent d'éviter la fixation dans le document contractuel d'un minimum et d'un maximum, une évaluation du montant maximum probable du marché devra toujours être effectuée par la personne responsable du marché afin de déterminer la procédure de consultation à mettre en oeuvre, d'apprécier s'il est ou non nécessaire de procéder à une publicité à l'échelon communautaire et, le cas échéant, de saisir la commission spécialisée des marchés compétente. Ces indications doivent être données dans le rapport de présentation du marché. Cette remarque vaut également pour la dérogation prévue au 4o du I de l'article 72.

72.4.4. Cas particulier des prestations ne pouvant être réalisées par un seul prestataire ou nécessitant d'assurer la sécurité des approvisionnements.

Dans l'hypothèse où une seule entreprise serait dans l'impossibilité de réaliser la totalité de la prestation ou lorsqu'il y a nécessité d'assurer la sécurité des approvisionnements, il peut être recouru à un marché avec minimum et maximum ou à un marché sans minimum ni maximum à la condition que ce marché fixe précisément les conditions dans lesquelles les bons de commandes seront attribués aux différents titulaires (tour de rôle, ordre alphabétique...). Tel peut être notamment le cas de l'obligation d'héberger un nombre important de personnes dans le périmètre d'une zone géographique définie ou encore le cas de l'approvisionnement en médicaments d'un service hospitalier.

Ces dispositions sont d'interprétation stricte. Il importe en effet dans un souci de transparence et d'égalité de traitement des titulaires du marché, que ceux-ci soient pleinement informés, dès le lancement du marché, des conditions dans lesquelles celui-ci sera mis en application par la personne responsable du marché.

Par ailleurs, il est essentiel de souligner que les dispositions du 3° du I de l'article 72 obligent la personne responsable du marché à justifier le recours à cette dérogation et à adapter strictement le marché à ses besoins. Ainsi, il ne saurait être admis que la personne responsable du marché prévoie d'attribuer simultanément le marché à 3, 4 ou 5 titulaires si la nécessité de sécuriser les approvisionnements peut raisonnablement être assurée par 2 titulaires.

Ces dispositions nouvelles ne peuvent en aucun cas être considérées comme ouvrant la possibilité pour la personne responsable du marché de faire plus ou moins participer toutes les entreprises susceptibles de réaliser la prestation à la réalisation du marché. Un tel " saupoudrage " des prestations ne correspondrait ni à l'esprit, ni à la lettre du code.

Ces dispositions ne font cependant pas obstacle à la possibilité de conclure, parallèlement à ces marchés, d'autres acquisitions lorsque celles-ci concernent des produits, des travaux ou des services qui, même s'ils sont similaires à ceux prévus par le marché, n'apparaissent pas comme entrant dans la définition de l'objet de ces marchés.

72.4.5. Cas particulier des achats de prestations soumises à de brusques variations de prix, à une obsolescence technologique rapide, à une urgence impérieuse d'exécution ou des achats réalisés pour les besoins d'une mission de recherche scientifique ou technologique.

72.4.5.1. Organisation de la mise en concurrence.

Comme pour le 2° et le 3°, le 4° du I de l'article 72 prévoit un dispositif spécifique à certaines situations énoncées par le texte. S'agissant là également d'un dispositif dérogatoire au droit commun des contrats, il sera d'interprétation stricte. Il appartiendra en conséquence à la personne responsable du marché qui entend recourir à ce dispositif de motiver ce recours dans le rapport de présentation du marché.

Le recours à la désignation de plusieurs titulaires et à la remise en compétition n'est permis que dans le cadre d'un appel d'offres restreint ou ouvert, national ou communautaire.

Les candidats doivent être clairement informés, dès l'avis d'appel public à la concurrence, de la forme particulière de la consultation et du nombre de titulaires retenus à l'issue de la remise des offres, lesquels seront seuls remis en compétition préalablement à l'attribution des bons de commande.

Lors de la survenance des besoins, tous les titulaires retenus doivent systématiquement être remis en compétition, sauf le <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

cas visée au d du 4° du I de l'article 72, par la personne responsable du marché ou son (ou ses) représentant(s) expressément désigné(s). A la demande des autorités de contrôle, les services devront dès lors être en mesure de produire :

- le cas échéant, la délégation donnée par la personne responsable du marché à son (ou ses) représentant(s) ;
- la lettre ou télécopie de remise en compétition permettant de vérifier que les entreprises ont été consultées au même moment, sur les mêmes bases et se sont vu accorder un délai identique pour remettre soit leur prix, soit leur délai, soit les deux. Il pourra également être recouru au courrier électronique, sous réserve que celui-ci s'organise dans des conditions permettant la préservation de la confidentialité des messages ;
- l'enregistrement des réponses et leur contenu.

Comme le prévoit expressément l'article 72 du code des marchés publics, et sous réserve, s'agissant de l'application du d du 4° du I de cet article, que l'offre des titulaires réponde bien aux caractéristiques techniques précises demandées, la désignation de l'attributaire du bon de commande par la personne responsable du marché ou son (ou ses) représentants expressément désignés, ne peut intervenir qu'au regard du critère du prix et, le cas échéant de délai. Lors de la remise en compétition, les titulaires du marché pourront ainsi proposer soit une diminution du prix initialement proposé, soit des remises sur ce prix. Le choix est automatique, il ne peut laisser place à une nouvelle appréciation qualitative des prestations, celle-ci ayant été formulée lors de la décision initiale de retenir les titulaires. Dans les collectivités territoriales ce principe vaut également pour le choix, par les autorités compétentes ou les commissions d'appel d'offres, de l'attributaire des bons de commande.

Cette procédure des marchés à bons de commande ne fait pas obstacle, notamment, à ce que les conditions matérielles d'exécution des bons de commande (date de livraison, lieu, quantité...) fassent l'objet, selon le cas, de l'établissement d'ordres de services ou d'ordres de livraison.

72.4.5.2. Les cas de recours à la procédure de remise en compétition des titulaires.

72.4.5.2.1. Produits dont les prix sont sujets à une forte volatilité.

Il s'agit pour l'essentiel des produits faisant l'objet d'une cotation sur un marché organisé : produits pétroliers, papier, matières premières mais aussi denrées alimentaires fraîches.

72.4.5.2.2. Produits à obsolescence rapide.

Il s'agit essentiellement des matériels informatiques et bureautiques enregistrant des progrès technologiques permanents permettant une baisse des prix.

Cette hypothèse doit simplement permettre à la personne publique confrontée à une évolution de la gamme des matériels objet du marché de bénéficier au meilleur prix des améliorations apportées par les fabricants dans la limite des spécifications du marché.

En revanche, quand un marché à bons de commande fait référence à une liste de produits déterminés, la fabrication ou l'achat de nouveaux produits non prévus au marché ne peut faire l'objet que d'un nouveau marché.

De même, lorsque la personne publique entend bénéficier d'avancées techniques qui n'existaient pas au moment de la consultation initiale et qui modifient de manière substantielle les prestations, c'est-à-dire qui changent les caractéristiques même du service rendu ou changent le besoin initialement exprimé (par exemple, changement de la nature des prestations), elle doit relancer une consultation pour conclure un nouveau marché.

72.4.5.2.3. Besoins dont la survenance est liée à des situations d'urgence impérieuse ne résultant pas du fait de la personne publique contractante et incompatibles avec les délais d'organisation d'un appel d'offres.

Il s'agit d'une situation où les services ne savent pas exactement si le besoin surviendra. En revanche, le déclenchement du besoin nécessitant une réponse rapide en raison d'une situation d'urgence impérieuse, les délais d'organisation d'une consultation sont incompatibles avec cette exigence qui s'impose à la personne publique.

Ici, trois conditions doivent donc être simultanément réunies :

- l'incertitude sur la survenance effective d'un besoin mais donnant lieu à la mise en oeuvre de prestations susceptibles <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

d'être parfaitement définies ;

- la nécessité d'une réponse immédiate lorsque le besoin survient : un délai de quelques heures maximum laissé au service acheteur peut fournir une bonne indication du caractère impérieux de la réponse, laquelle doit absolument être incompatible avec l'organisation de l'une des procédures d'urgence prévues par le code ;
- le fait que la situation ne résulte pas de la carence, de l'abstention ou de l'oubli des services relevant de la personne publique.

Ainsi sont susceptibles de rentrer dans cette catégorie les interventions humanitaires ou de secours d'urgence et, d'une manière plus générale, la mise en sécurité de personnes nécessitant la disponibilité quasi immédiate de produits ou d'un prestataire.

Dans ce cas, le critère d'attribution du bon de commande après remise en compétition des titulaires sera le prix mais également la disponibilité, le délai d'intervention ou de livraison.

En revanche, la volonté de se prémunir contre l'éventuelle défaillance d'un titulaire ne peut pas justifier le recours au processus de remise en compétition des entreprises. En effet, la défaillance n'est pas un motif prévu au 4o du I de l'article 72.

72.4.5.2.4. Cas particulier des achats liés à une activité de recherche scientifique ou technologique.

L'activité de recherche scientifique ou technologique revêt un caractère spécifique. En effet, le déroulement d'une mission de recherche nécessite le recours à des matériels scientifiques répondant à des spécifications particulières ou à des produits scientifiques pour lesquels une même dénomination générique recouvre des réalités très différentes. C'est pourquoi, dérogeant aux principes généraux relatifs à la conclusion et à l'exécution des marchés à bons de commande, l'article 72 fixe les conditions dans lesquelles peuvent être conclus et exécutés de tels marchés afin de répondre aux besoins de l'activité de recherche scientifique ou technologique.

72.4.5.2.4.1. Champ d'application du 4o du I de l'article 72.

Les dispositions de l'article 72 I 4° d s'appliquent tant aux services de l'Etat exerçant une mission de recherche scientifique ou technologique qu'aux établissements publics exerçant une telle mission placés sous la tutelle des différents départements ministériels, et notamment à ceux placés sous la tutelle des ministres chargés de l'enseignement supérieur de la recherche et de la technologie.

72.4.5.2.4.2. Contenu du cahier des charges initial.

Conformément aux dispositions du 4° du I de l'article 72, " le cahier des charges initial " - en l'espèce le cahier des clauses techniques particulières - doit indiquer celles des spécifications ou caractéristiques qui seront susceptibles d'être précisées lors de la remise en concurrence des titulaires, en fonction du déroulement de la mission de recherche.

Il découle de ces dispositions que, lors de la remise en concurrence, il ne sera pas possible d'ajouter des spécifications ou d'indiquer des caractéristiques supplémentaires au regard de celles qui auront été mentionnées dans le cahier des charges.

Celui-ci doit expressément prévoir celles qui seront susceptibles d'être précisées lors de la remise en concurrence.

Il conviendra donc de prévoir dans le cahier des clauses techniques particulières que les précisions pourront porter sur :

S'agissant des matériels :

- l'une quelconque des fonctionnalités et/ou des combinaisons indiquées ;
- la donnée mesurable effectivement souhaitée ;

En ce qui concerne les produits :

- leurs propriétés particulières (description du produit, degré d'impureté, possibilité de réaction, traçabilité...).

72.4.5.2.4.3. Motivation des exigences particulières.

Le d du 4° du I de l'article 72 fait obligation à la personne responsable du marché ou à son représentant d'indiquer à chaque titulaire, lors de la remise en concurrence, les motifs qui la conduisent à exiger les caractéristiques techniques qu'elle précise.

Ne saurait être considérée comme motivée la décision indiquant seulement que le besoin exprimé est lié à la mission de recherche scientifique ou technologique d'un service ou d'un établissement. Les motifs invoqués doivent donc être suffisamment explicites. Ils peuvent toutefois prendre la forme d'une référence à :

- l'activité de l'unité pour laquelle le besoin est exprimé lorsque celle-ci est limitée à un champ de recherche précis ;
- la nature de la recherche engagée (en visant notamment le protocole correspondant) lorsque l'activité de l'unité concernée est de caractère plus généraliste ;
- l'expérience précisément effectuée lorsque ceci ne conduit pas à révéler d'informations couvertes par l'un des secrets mentionnés à l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public. Dans le cas contraire, en effet, le secret sera invoqué et les motifs devront être consignés dans un registre coté prévu à cet effet. Le bon de commande mentionnera alors que le secret est invoqué.

72.4.5.2.4.4. Champ d'application du marché.

Ainsi qu'il a précédemment été indiqué, les dispositions de l'article 72 ne font pas obstacle à ce que, parallèlement à ces marchés, d'autres acquisitions puissent être effectuées lorsque celles-ci concernent des produits, des travaux ou des services qui, même s'ils sont similaires à ceux prévus par le marché, n'apparaissent pas comme entrant dans la définition de l'objet de ces marchés à raison de leurs caractéristiques propres.

72.4.5.2.4.5. Dérogations à l'obligation de remise en compétition pour les seuls achats réalisés pour les besoins du déroulement d'une mission de recherche scientifique ou technologique.

Pour les seuls achats réalisés pour les besoins du déroulement d'une mission de recherche scientifique ou technologique, le code des marchés public prévoit des dérogations à l'obligation de remise en concurrence lors de l'émission des bons de commande. Ces dérogations concernent trois cas :

- Celui des commandes d'un montant inférieur à 610 Euro HT destinés à satisfaire des besoins occasionnels ou de faible volume ;
- Celui de l'absence d'un produit substituable susceptible d'être fourni par un autre titulaire du marché ;
- Celui des commandes complémentaires effectuées à titre accessoire auprès du fournisseur initial.

Ces trois cas de dispense de remise en compétition peuvent être mis en oeuvre dans les limites et conditions précises fixées à l'article 72 du code.

72.4.6. Combinaison de la procédure des marchés à bons de commande avec d'autres procédures prévues par le code des marchés publics.

S'agissant des procédures de coordination de marchés, il convient de se reporter aux points 7.5 et 7.6 de la présente instruction.

Lorsque l'acheteur public souhaite recourir à une combinaison de plusieurs modalités de marchés publics, afin d'éviter tout détournement de procédure, il importe de souligner qu'il reste tenu au respect des conditions propres à chacune de ces modalités de marchés. Ainsi, notamment, lorsque le marché comporte une part d'achats à bons de commande, c'est tout le marché qui est limité par la durée maximale de trois ans.

Par ailleurs, compte tenu de l'accroissement de la complexité du marché que peuvent générer ces combinaisons de procédures, l'attention des acheteurs publics est appelée sur la nécessité de bien évaluer les besoins, préalablement au choix de la procédure à mettre en oeuvre, et d'apporter la plus grande attention à la préparation du marché.

72.5. Marchés à tranches conditionnelles.

72.5.1. Définition.

Lorsque la prestation est parfaitement déterminable dans l'ensemble de ses composantes sur la base d'un programme <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

défini en totalité mais que son exécution complète est incertaine pour des motifs d'ordre économique ou financier, le marché peut être fractionné en une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Le découpage opéré doit être fonctionnel, c'est-à-dire que chaque tranche doit pouvoir satisfaire le besoin exprimé de manière autonome sans qu'il soit nécessaire que les tranches suivantes soient affermies.

72.5.2. Eléments constitutifs du marché.

Le marché est conclu pour la tranche ferme et les tranches conditionnelles. La consistance et l'étendue des différentes tranches sont obligatoirement définies dans le marché initial. Chacune des tranches dont l'objet est en relation avec l'opération globale envisagée donne lieu à remise d'un prix et d'un délai d'exécution.

La décision d'affermissement des tranches conditionnelles est prise par la personne responsable du marché et notifiée à l'entreprise. Cette décision unilatérale ne peut comporter d'éléments nouveaux venant modifier le marché initial ; seul un avenant peut adapter le marché dans les limites définies au code des marchés publics (articles 19 et 118).

72.5.3. Durée et étendue du marché.

72.5.3.1. Durée.

La durée du marché est déterminée en fonction du temps nécessaire à l'exécution de chacune des tranches, ferme et conditionnelles. Il s'agit souvent de marchés pluriannuels.

Les marchés à tranches conditionnelles permettent notamment de lancer une consultation pour la réalisation d'un programme dont le financement total n'est pas encore assuré. Il convient cependant que les crédits soient disponibles pour l'exécution de la tranche ferme et chaque tranche conditionnelle pourra être affermie après obtention des crédits correspondants.

72.5.3.2. Etendue du marché.

Le marché est composé de la tranche ferme et des tranches conditionnelles. Toutefois, la personne publique n'est engagée que sur la tranche ferme. Il ne sera engagé sur les tranches conditionnelles que lorsque celles-ci seront affermies. Le fournisseur a lui l'obligation d'exécuter aux conditions du marché initial les tranches conditionnelles au fur et à mesure de leur affermissement.

Le marché fixe les conditions de son exécution. A ce titre, il doit préciser les modalités d'affermissement ou de renoncement à l'affermissement des tranches conditionnelles.

Il doit ainsi notamment indiquer :

- la date limite ou le délai d'affermissement de chacune des tranches conditionnelles ;
- les conséquences de l'absence d'affermissement.

En cas d'absence de décision d'affermissement d'une tranche conditionnelle, le titulaire est dégagé de toute obligation et le marché est considéré comme achevé. Le titulaire peut percevoir une indemnité de dédit si le marché le prévoit.

En cas de décision de non-affermissement, l'indemnité de dédit prévue au marché est due.

Le marché peut comporter une période d'attente entre la fin prévue d'exécution de la tranche ferme et l'affermissement de la tranche conditionnelle suivante. Dans ce cas, un délai maximal d'affermissement des tranches devra être prévu au marché.

Lorsque l'entreprise, qui a exécuté une première tranche du marché, est amenée à immobiliser du matériel, du personnel ou des installations dans l'attente de la confirmation de la commande de la tranche conditionnelle suivante, une indemnité d'attente doit être prévue au marché et versée au titulaire.

L'affermissement d'une tranche conditionnelle ne nécessite pas la conclusion d'un avenant, une décision écrite, unilatérale de la personne responsable du marché est suffisante ; il s'agit en effet de faire application d'une clause du marché.

Toutefois, si l'administration décidait d'apporter des modifications aux prestations définies dans le cadre de la tranche conditionnelle, elle ne pourrait le faire que dans les limites posées par les articles 19 et 118 du code des marchés et en concluant un avenant.

72.5.3.3. Clauses de prix.

Les prix fixés dans le marché initial sont soit fixés sur des bases identiques pour la tranche ferme et les tranches conditionnelles ultérieures, soit comportent pour les tranches conditionnelles des rabais calculés sur la base des prix de la tranche ferme lorsque le marché est conclu à prix unitaires.

Lorsque les prix sont fixés sur des bases identiques, il convient de prévoir une indemnité de dédit en cas de non-affermissement de la tranche conditionnelle. En effet, dans ce cas de figure, l'entreprise a réparti ses charges fixes sur l'ensemble des tranches et doit pouvoir les couvrir d'une manière ou d'une autre.

En tout état de cause, l'entreprise devra être indemnisée à chaque fois que ces prix ont été fixés pour chacune des tranches sur une base identique en répartissant les frais fixes, les amortissements et en calculant les prix obtenus auprès de fournisseurs sur la base d'une commande globale.

Toutefois, le montant de l'indemnité devra dépendre du préjudice réel de l'entreprise. Elle pourra être forfaitisée si ce préjudice est limité à la perte du bénéfice d'une production en série ou à l'amortissement des frais fixes.

Section 2 Marchés de définition

Article 73

Lorsque la personne publique n'est pas en mesure de préciser les buts et performances à atteindre par le marché, les techniques de base à utiliser, les moyens en personnel et en matériel à mettre en oeuvre, elle peut recourir aux marchés dits de définition.

Ces marchés ont pour objet d'explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché ultérieur, le cas échéant au moyen de la réalisation d'une maquette ou d'un démonstrateur. Ils doivent également permettre d'estimer le niveau du prix des prestations, les modalités de sa détermination et de prévoir les différentes phases de l'exécution des prestations.

Les prestations faisant suite à plusieurs marchés de définition ayant le même objet, conclus à l'issue d'une seule procédure et exécutés simultanément peuvent être attribuées, sans nouvelle mise en compétition, à l'auteur de la solution retenue.

Dans ce cas le montant des prestations à comparer aux seuils tient compte du montant des études de définition et du montant estimé du marché d'exécution.

73.1. Définition.

73.1.1. Le marché de définition vise à définir les contours d'un marché à passer.

Lorsque la personne publique ne peut établir une définition satisfaisante du marché, elle peut recourir à cette procédure.

Cette impossibilité de définition qui dépasse les difficultés techniques inhérentes à la préparation de tout marché peut résulter des incertitudes pesant sur l'un ou l'autre de ces éléments :

- les buts et performances à atteindre ;
- les techniques de base à utiliser ;
- les moyens en personnel et en matériel à mettre en oeuvre.

Le marché de définition aidera l'administration à lever ces incertitudes et lui permettra d'apprécier la possibilité de passer

le marché envisagé ainsi que ses modalités de passation. Elle pourra ainsi disposer de toutes les données techniques nécessaires à cette passation, et notamment les modalités de détermination du prix, le niveau de prix des prestations et leurs différentes phases d'exécution.

L'étude des conditions du marché à passer peut conduire à la réalisation d'une maquette ou au recours à un démonstrateur.

73.1.2. Il se distingue donc de l'appel d'offres sur performances (art. 36), du marché de conception-réalisation (art. 37) et du concours (art. 38).

Le marché de définition ne vise pas en effet à la réalisation des prestations, qui feront l'objet du marché dont la possibilité et les modalités sont définies.

Il se distingue également du concours car il n'est pas limité aux objets visés à l'article 38 et ne nécessite pas l'intervention d'un jury.

73.2. Le marché ultérieur suit, sauf dérogation précise, les règles de droit commun.

73.2.1. Le principe.

Le marché consécutif à un marché de définition est passé selon les règles de droit commun. L'administration, sachant la passation du marché possible et en connaissant les conditions techniques et les modalités, pourra donc recourir, dans les conditions de droit commun, aux procédures définies par le code.

73.2.2. Possibilité de dérogation.

Par exception, l'attribution directe à l'auteur de la solution retenue est possible en cas de pluralité de marchés de définition similaires et simultanés. S'agissant d'une exception aux règles de droit commun imposant publicité et mise en concurrence, elle est d'interprétation stricte.

73.2.2.1. Plusieurs marchés de définition doivent avoir été passés et ils doivent avoir le même objet, c'est-à-dire explorer la possibilité et les conditions d'établissement du même marché.

73.2.2.2. Ils doivent être conclus à l'issue d'une seule procédure. Ces différents marchés de définition ne doivent donc pas correspondre à différentes phases d'étude d'un même projet de marché, mais doivent simultanément porter sur la globalité du projet.

73.2.2.3. Ils doivent être exécutés simultanément. Ils doivent en effet correspondre à l'examen simultané du même projet de marché, et non à des examens successifs se complétant mutuellement.

73.2.2.4. Seul l'auteur de la solution retenue peut se voir attribuer directement la charge de sa réalisation. Ceci implique donc que l'administration compare objectivement les différentes solutions qui lui auront simultanément été remises pour définir les conditions de passation du marché envisagé.

73.2.2.5. L'attribution directe à l'auteur de la solution retenue n'est pas une dérogation aux obligations de publicité et de mise en concurrence, mais seulement un aménagement. En effet, pour qu'elle soit possible, la passation des marchés de définition doit avoir pris en compte à la fois le montant cumulé de ces marchés et le montant estimé du marché envisagé.

L'attribution directe conduit donc, par dérogation aux règles de droit commun de passation des marchés de définition, à lier dans une même opération les marchés de définition préalables et leur réalisation ultérieure par le biais de la passation d'un marché réalisant la solution retenue.

Cette dernière hypothèse se rapproche donc davantage de l'appel d'offres sur performances et du marché de conception-réalisation, la différence essentielle tenant à la pluralité de marché, ainsi qu'à la sélection de l'attributaire du marché

subséquent sur la base de l'exécution des marchés préalables.

S'agissant d'une procédure dérivée de la procédure d'appel d'offres, la décision finale d'attribution du marché subséquent appartient à la personne responsable du marché pour l'Etat ou à la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.

Section 3 **Marchés de maîtrise d'oeuvre**

Article 74

I. - Les marchés sont dits de maîtrise d'oeuvre lorsqu'ils ont pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage, ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou plusieurs éléments de mission définis par l'article 7 de la loi no 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée et par le décret no 93-1268 du 29 novembre 1993 pris pour son application.

II. - Les marchés de maîtrise d'oeuvre sont passés selon les modalités suivantes.

1° En deçà du seuil de 90 000 Euro HT, les marchés de maîtrise d'oeuvre peuvent être passés sans formalités préalables ;

2° Lorsque le montant estimé du marché est compris entre 90 000 Euro HT et 200 000 Euro HT, la mise en compétition peut être limitée à l'examen des compétences, références et moyens des candidats. La personne responsable du marché, après avis d'un jury tel que défini à l'article 25, dresse la liste des candidats admis à négocier, dont le nombre ne peut être inférieur à trois sauf si le nombre des candidats n'est pas suffisant. La personne responsable du marché engage les négociations. Au terme de ces négociations, le marché est attribué par la personne responsable du marché ou, pour les collectivités territoriales, par l'assemblée délibérante ;

3° Au-delà de 200 000 Euro HT, la procédure du concours est obligatoire. Ce concours est un concours restreint organisé dans les conditions définies à l'article 71. Le marché est attribué par la personne responsable du marché ou, pour les collectivités territoriales, par l'assemblée délibérante. Les candidats ayant remis des études bénéficient d'une prime.

L'avis d'appel public à la concurrence indique le montant de cette prime. Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études à effectuer par les candidats telles que définies dans l'avis d'appel public à la concurrence et précisées dans le règlement du concours, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %. La rémunération du marché de maîtrise d'oeuvre tient compte de la prime reçue pour sa participation au concours par le candidat attributaire.

La personne publique n'est pas tenue de recourir au concours de maîtrise d'oeuvre dans les cas suivants :

- a) Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'oeuvre relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ;
- b) Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'oeuvre relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ;
- c) Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'oeuvre qui ne confie aucune mission de conception au titulaire ;
- d) Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'oeuvre relatif à des ouvrages d'infrastructures.

Si la personne publique contractante ne retient pas la procédure du concours, la procédure applicable est, soit celle de l'appel d'offres dont la commission siège en jury tel que défini à l'article 25 soit, si les conditions prévues au 2° du I de l'article 35 sont remplies, la procédure négociée décrite au 2 ci-dessus.

III. - Lorsque plusieurs marchés de définition ayant le même objet ont été conclus à l'issue d'une seule procédure et exécutés simultanément, il peut être confié, sans nouvelle mise en concurrence, un ou des marchés de maîtrise d'oeuvre à l'auteur ou aux auteurs des solutions retenues.

IV. - Pour l'extension d'un ouvrage existant, lorsque l'unité architecturale, technique ou paysagère le justifie, le marché de maîtrise d'oeuvre peut être attribué sans mise en concurrence à la personne qui a été titulaire du marché initial de maîtrise d'oeuvre de cet ouvrage.

74.1. Champ d'application.

L'article 74 donne une définition des marchés de maîtrise d'oeuvre.

Dans le cadre de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, les marchés de maîtrise d'oeuvre ont pour objet l'exécution d'un ou plusieurs des huit éléments de mission définis par l'article 7 de la loi no 85-704 du 12 juillet 1985 dite " loi MOP ", précisée par son décret d'application no 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'oeuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé.

L'article 7 de la loi MOP prévoit que :

“ Le maître de l'ouvrage peut confier au maître d'oeuvre tout ou partie des éléments de conception et d'assistance suivants :

- 1° Les études d'esquisse ;
- 2° Les études d'avant-projets ;
- 3° Les études de projet ;
- 4° L'assistance apportée au maître de l'ouvrage pour la passation du contrat de travaux ;
- 5° Les études d'exécution ou l'examen de la conformité au projet et le visa de celles qui ont été faites par l'entrepreneur ;
- 6° La direction de l'exécution du contrat de travaux ;
- 7° L'ordonnancement, le pilotage et la coordination du chantier ;
- 8° L'assistance apportée au maître de l'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement. ”

Le décret du 29 novembre 1993 détaille le contenu de ces éléments de mission.

Le marché de maîtrise d'oeuvre est donc le marché ayant pour objet la réalisation de tout ou partie de ces prestations de services, pour le compte du maître de l'ouvrage et dans le cadre de la réalisation d'une opération de travaux, de réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager.

Il existe trois types de marchés de maîtrise d'oeuvre :

- les marchés entrant dans le champ d'application de la loi MOP précitée et de son décret ;
- les marchés n'entrant pas dans le champ d'application de la loi MOP et de son décret mais pour lesquels il a été décidé de s'y soumettre volontairement en se référant à un ensemble d'éléments de mission ou à un élément de mission isolé comme l'OPC (ordonnancement, pilotage, coordination) ou les études de diagnostic ;
- les marchés portant sur des ouvrages n'entrant pas dans le champ de la loi MOP ou sur des opérations d'urbanisme (projets urbains ou paysagers).

Dans tous ces cas, l'article 74 du code des marchés publics s'applique.

Pour la réalisation d'ouvrages entrant dans le champ d'application de la loi MOP, et en application de l'article 10 de la loi MOP, les marchés doivent prévoir un engagement sur un coût prévisionnel de réalisation. En conséquence, pour des opérations de bâtiment, ils doivent porter sur la mission de base et pour des opérations d'infrastructures, le choix des éléments de mission doit permettre au maître d'oeuvre de s'engager sur un coût prévisionnel. Les marchés de maîtrise d'oeuvre portant sur une mission qui ne permet pas au maître d'oeuvre de s'engager sur un coût prévisionnel et au maître d'ouvrage de contrôler cet engagement, doivent satisfaire aux conditions prévues au dernier alinéa de l'article 30 du décret susvisé.

74.2. Procédures de passation.

74.2.1. Schéma général.

La procédure applicable est déterminée sur la base de seuils financiers :

- au-dessous de 90 000 Euro HT : marché sans formalités préalables ;
- entre 90 000 Euro HT et 200 000 Euro HT : procédure négociée spécifique ;
- au-dessus de 200 000 Euro HT : concours, sous réserve d'exceptions permettant le recours à l'appel d'offres ou à la procédure négociée spécifique.

Ces seuils s'apprécient selon les modalités de droit commun telles qu'elles sont définies par l'article 27.

74.2.2. Le marché sans formalités préalables.

Le seuil à partir duquel les marchés de maîtrise d'oeuvre doivent être mis en concurrence de manière formalisée correspond au seuil de droit commun du marché sans formalités préalables de l'article 28.

Au-dessous du seuil de 90 000 Euro HT, les marchés de maîtrise d'oeuvre ne sont soumis à aucune obligation de procédure sauf que, dès lors qu'ils entrent dans le champ d'application de la loi MOP, les marchés doivent obligatoirement faire l'objet d'un contrat écrit, conformément au décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 pris en application de la loi MOP.

Il est rappelé que la personne publique peut, même en dessous de ce seuil, opter pour une procédure de concours ou de marché négocié.

74.2.3. La procédure négociée spécifique.

L'article 74 II 2° définit une procédure négociée spécifique pour les marchés compris entre 90 000 Euro HT et 200 000 Euro HT.

La mise en compétition est limitée à l'examen des compétences, références et moyens des candidats. Un avis d'appel public à la concurrence est obligatoire en application de l'article 40.

Le déroulement de la procédure est identique à celle des marchés négociés à laquelle l'article 74 apporte des aménagements spécifiques.

Un jury identique à celui des concours de maîtrise d'oeuvre examine les candidatures suivant les modalités prévues dans l'avis d'appel public à la concurrence, donne un avis et propose une liste de candidats admis à négocier.

La liste est arrêtée par la personne responsable du marché qui engage les négociations avec, au moins, trois candidats (sauf si le nombre de candidatures recevables était insuffisant). A l'issue des négociations, le marché est attribué par la PRM pour l'Etat, et par l'assemblée délibérante pour les collectivités locales.

74.2.4. Le concours.

Le concours est la procédure de droit commun lorsque le montant estimé du marché est supérieur à 200 000 Euro HT.

C'est un concours restreint décrit à l'article 71, auquel il y a lieu de se reporter.

Les concours de maîtrise d'oeuvre sont obligatoirement indemnisés et le montant de la prime doit figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence. Les primes font simplement l'objet de dispositions spécifiques :

- leur montant est fixé au prix estimé des études à effectuer, sous réserve d'un abattement égal au plus à 20 % ;
- elles sont de droit pour les candidats ayant remis une étude.

74.2.5. Les dérogations au concours.

74.2.5.1. L'obligation de recourir au concours est assortie des exceptions suivantes.

- Réutilisation ou réhabilitation d'ouvrages existants :

Dans le cas où l'opération porte à la fois sur la réutilisation ou la réhabilitation d'un ouvrage existant, et sur l'extension de cet ouvrage, il convient de prendre en considération la part prépondérante de l'opération pour déterminer si le marché rentre dans cette hypothèse.

- Marché de maîtrise d'oeuvre ne confiant aucune mission de conception au titulaire :

Les éléments de conception sont ceux qui sont qualifiés d'éléments d'études dans l'article 7 de la loi MOP, c'est-à-dire les études d'esquisse, d'avant-projet, de projet et d'exécution. En conséquence, en cas de défaillance du concepteur, si le maître d'oeuvre appelé à poursuivre le marché n'a pas à réaliser d'études de conception, il pourrait se voir confier sans concours les éléments de mission d'assistance (assistance pour la passation des contrats de travaux, direction de l'exécution du contrat de travaux, ordonnancement, pilotage et coordination du chantier, assistance hors des opérations de réception et pendant l'année de garantie de parfait achèvement).

- Ouvrages d'infrastructures.

- Ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation.

74.2.5.2. Lorsque le concours n'est pas obligatoire, le maître d'ouvrage doit en principe recourir à la procédure de l'appel d'offres.

Le marché sur appel d'offres suit les règles de droit commun. Il y a donc lieu de renvoyer aux articles 33, et 58 à 65.

Toutefois la commission d'appel d'offres siège en jury dont la composition est fixée à l'article 25.

74.2.5.3. Le marché négocié peut être utilisé lorsque les conditions décrites au 2° du I de l'article 35 sont remplies, c'est-à-dire lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres. Tel peut être le cas, si ces conditions sont remplies, pour les marchés de maîtrise d'oeuvre comportant une part de conception. Dans ce cas, la commission d'appel d'offres siège en jury dont la composition est fixée à l'article 25 et qui se prononce selon les règles fixées à l'article 71.

74.3. Utilisation des marchés de définition pour les marchés de maîtrise d'oeuvre.

Les marchés de définition peuvent être utilisés en vue de la passation d'un marché de maîtrise d'oeuvre selon les règles prévues à l'article 73. Cette formule permet de confier, sans nouvelle mise en concurrence, un ou des marchés de maîtrise d'oeuvre à l'auteur, ou aux auteurs, des solutions retenues par l'acheteur public à l'issue de l'exécution d'au moins trois marchés de définition conclus à l'issue d'une seule procédure et exécutés simultanément. Les collectivités devront justifier des motifs pour lesquels elles recourent à cette procédure.

Il est en outre possible de confier un marché de maîtrise d'oeuvre à plusieurs titulaires des marchés de définition. Cette procédure doit être conduite dans le respect des règles générales du code des marchés publics (détermination de l'objet du marché avant le lancement de la consultation notamment) et des règles propres aux marchés de définition telles que prévues à l'article 73 (obligation de remettre une estimation du niveau des prix des prestations).

Si l'acheteur veut se réserver la possibilité de conclure plusieurs marchés de maîtrise d'oeuvre après réalisation des marchés de définition, il est recommandé de procéder à un allotissement des prestations avant le lancement de la procédure de choix des titulaires des marchés de définition et de demander à chaque titulaire des marchés de définition de proposer un prix pour chaque lot. Ainsi le titulaire choisi pour chaque lot sera celui qui aura proposé la meilleure solution pour ce lot.

74.4. Le cas de l'extension d'un ouvrage existant.

Par dérogation à l'obligation générale de mise en concurrence, le IV du présent article prévoit une possibilité d'attribution d'un marché sans mise en concurrence. Le recours à cette procédure dérogatoire devra être apprécié strictement.

74.4.1. La réalisation envisagée doit viser à l'extension d'un ouvrage existant.

L'objet principal du marché envisagé doit donc porter sur une opération d'extension d'un ouvrage existant. Il n'est en particulier pas possible d'y adjoindre des travaux distincts visant à la réalisation d'un nouvel ouvrage. De tels travaux devront faire l'objet d'un marché séparé et seront soumis au principe d'une mise en concurrence.

74.4.2. L'absence de mise en concurrence doit être justifiée par la nécessité d'unité architecturale, technique ou paysagère de cet ouvrage.

Pour chaque opération, des impératifs d'unité architecturale, technique ou paysagère doivent justifier le recours au titulaire du marché initial. Toute opération d'extension ne rentre donc pas de plein droit dans l'hypothèse envisagée. Ce n'est que dans le cas où il sera justifié que la cohérence architecturale, technique ou paysagère de l'ouvrage serait remise en cause par un changement de maître d'oeuvre que cette procédure pourra être retenue.

74.4.3. Ces nécessités doivent impliquer le recours au titulaire du marché initial.

L'absence de mise en concurrence ne peut en effet se justifier que dans la mesure où il ne serait pas possible de changer
<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

de prestataire sans porter une atteinte sérieuse à l'unité architecturale, technique ou paysagère de l'ouvrage dont l'extension est envisagée.

La collectivité devra être à même de justifier des motifs pour lesquels elle recourt à cette procédure. Ces motifs devront notamment figurer dans le rapport de présentation prévu à l'article 75 et, s'agissant des collectivités territoriales, dans la délibération de la collectivité autorisant la personne responsable du marché à recourir à cette procédure.

Le marché ainsi attribué prendra la forme d'un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence.

Chapitre VI

Achèvement de la procédure

Article 75

Tout projet de marché ou d'avenant, à l'exception des marchés passés sans formalités préalables, fait l'objet d'un rapport de présentation de la personne responsable du marché, qui :

- 1° Définit la nature et l'étendue des besoins à satisfaire, ainsi que le montant prévu de l'opération ;
 - 2° Expose l'économie générale du marché ou de l'avenant, son déroulement prévu, ainsi que le prix envisagé ;
 - 3° Motive le choix du mode de passation adopté et notamment, le cas échéant, le recours au délai d'urgence ou au marché négocié ;
 - 4° Rend compte du déroulement de la procédure suivie et, le cas échéant, relate le processus de négociation ;
 - 5° Justifie l'introduction, le cas échéant, de critères de sélection des offres non prévus par les dispositions du premier alinéa du II de l'article 53 et motive le choix de l'offre retenue ;
 - 6° Indique le nom des candidats non retenus et les motifs de leur rejet ;
 - 7° Justifie les dérogations éventuellement apportées aux normes et spécifications techniques applicables en France ;
 - 8° Précise, en matière de fournitures, si la fourniture provient d'un pays membre de la Communauté européenne ou d'un autre pays signataire de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ;
 - 9° Indique, le cas échéant, la part du marché que l'attributaire a l'intention de sous-traiter.
- Ce rapport est communiqué en même temps que le marché aux instances chargées du contrôle des marchés.

Le présent article ne fixe pas de modèle de rapport de présentation des marchés et avenants, mais il donne la liste des indications qui doivent être portées dans ce document. Ces indications doivent être claires, complètes et détaillées, afin que les autorités de contrôle puissent apprécier de la façon la plus précise possible les caractéristiques du marché et de sa procédure de passation.

Article 76

Dès qu'elle a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, la personne responsable du marché avise tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres.

La personne responsable du marché communique, dans un délai de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée en application du I de l'article 53, les caractéristiques et les avantages relatifs à l'offre retenue ainsi que le montant du marché attribué et le nom de l'attributaire.

La personne responsable du marché doit informer également dans les plus brefs délais les candidats des motifs qui l'ont conduit à ne pas attribuer ou notifier le marché ou à recommencer la procédure. Sur demande écrite des candidats, la réponse est écrite.

La personne responsable du marché ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation :

- serait contraire à la loi ;
- serait contraire à l'intérêt public ;
- porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises ;
- pourrait nuire à une concurrence loyale entre les entreprises.

L'article 76 impose à la personne responsable du marché d'informer les candidats non retenus du rejet de leur offre ou de sa décision de renoncer au marché et de faire connaître les motifs qui l'ont conduite à ces conclusions.

76.1. Obligation générale de motivation.

Cette obligation résulte des principes inscrits dans la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (accès aux documents administratifs), dans la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, et dans la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

Le présent article rappelle que certaines informations sont couvertes par un secret légitime. On peut à cet égard rappeler par analogie que l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 précitée, qui a posé le principe d'accès aux documents administratifs, excepte de ce principe plusieurs hypothèses pour des motifs tirés d'un secret légitime à protéger.

76.2. Information du rejet d'une candidature ou d'une offre.

76.2.1. L'obligation d'information sur le rejet.

Elle doit s'effectuer dès que le choix sur les candidatures ou les offres est intervenu. Toutefois, la personne responsable du marché attendra que le candidat retenu ait fourni les attestations fiscales et sociales mentionnées à l'article 46 pour s'assurer de l'attribution définitive du marché. Dans le cas où les décisions de rejet seraient notifiées avant cette vérification, les soumissionnaires seraient déliés de leurs engagements et la personne responsable du marché ne pourrait faire appel, en cas de carence du candidat classé en tête, au suivant de la liste.

Bien que le texte ne le précise pas, il est recommandé de donner cette information par écrit.

Un candidat évincé doit avoir la possibilité effective de procéder à un recours contre la décision d'attribution du marché.

Les acheteurs publics doivent donc veiller à ce qu'un délai raisonnable (8 jours) s'écoule entre le moment où la décision est portée à la connaissance des candidats et le moment où le marché est signé (Cour de justice des Communautés européennes, 28 octobre 1999, Alcatel Austria, aff C-81/98).

76.2.2. L'obligation de communication d'informations aux candidats écartés.

Elle joue sur demande écrite d'un candidat non retenu et porte sur les motifs du rejet ainsi que, pour les candidats dont l'offre était conforme, sur les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le montant du marché et le nom de l'attributaire.

Cette exigence d'écrit est un facteur supplémentaire de transparence. Il est donc conseillé de formuler la réponse par écrit, réponse qui doit être communiquée dans les quinze jours de sa réception.

76.3. Information de la renonciation à passer le marché.

76.3.1. L'obligation d'information motivée.

Le code n'impose pas de délai précis ; le délai de quinze jours de l'hypothèse précédente pourrait toutefois être considéré comme une référence pertinente, étant précisé qu'il s'apprécie à compter de la décision de renoncer à passer le marché.

Dans tous ces cas, l'administration devra indiquer les motifs l'ayant conduit à renoncer à passer le marché. Cette réponse de la personne publique est écrite si la demande du candidat l'est également. Si elle décide de relancer une procédure, elle doit le mentionner aux soumissionnaires, sans toutefois donner d'indications susceptibles de les avantager par rapport aux candidats à venir.

76.3.2. L'obligation de motivation écrite sur demande.

Elle joue sur demande écrite d'un candidat. La réponse, qui devra également être écrite, n'est pas enserrée dans un délai précis. Par analogie avec l'hypothèse précédente, on peut toutefois estimer qu'un délai de quinze jours à compter de la réception de la demande constitue une référence pertinente.

Le contenu de la réponse porte sur les motifs de la renonciation à passer le marché, c'est-à-dire sur ce qui a pu apparaître insatisfaisant à l'administration dans cette procédure, ou sur les motifs d'intérêt général qui ont pu la conduire à préférer une autre solution.

De même que précédemment, on peut penser qu'en cas de projet de relance d'une nouvelle procédure le principe d'égalité des candidats et le nécessaire respect d'une concurrence loyale interdisent à l'administration de donner des informations privilégiées sur cette nouvelle procédure à l'un ou même à tous les candidats à la procédure précédente.

Article 77

Lorsqu'ils relèvent de la compétence d'une commission spécialisée des marchés, les marchés et avenants passés par l'Etat ne peuvent être signés ni notifiés avant d'avoir été transmis à cette commission et avant que celle-ci ait rendu son avis.

Lorsque la passation d'un marché présente un caractère d'urgence impérieuse ou quand de très courts délais sont imposés à la personne publique, notamment dans le cas d'achats de matières, produits ou marchandises dont les cours évoluent rapidement, la personne responsable du marché peut prendre, dans des conditions fixées par décret, la décision de passer le marché sans saisir la commission.

Les missions, le nombre, la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des commissions spécialisées des marchés sont fixés par décret, conformément à l'article 119 du code.

La commission spécialisée des marchés compétente pour connaître du marché doit avoir eu transmission du dossier, et doit avoir rendu son avis sur celui-ci, pour que le marché puisse valablement être signé et notifié. Le non-respect des compétences de contrôle des commissions spécialisées des marchés entache la procédure d'irrégularité.

Des modalités spécifiques sont prévues en cas d'urgence impérieuse ou quand la passation du marché est nécessaire à très bref délai.

Article 78

Après transmission au représentant de l'Etat des pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle, s'agissant des collectivités territoriales, ou réception de ces pièces par le représentant de l'Etat s'agissant des établissements publics de santé, le marché est notifié au titulaire par la personne responsable du marché.

Les contrats ayant pour objet la représentation d'une personne publique en vue du règlement d'un litige ne sont pas transmis au représentant de l'Etat.

Le contrôle du représentant de l'Etat est un préalable nécessaire à la notification de certains marchés. Il est prévu par des textes extérieurs au code des marchés publics, de niveau constitutionnel et législatif. En effet, il résulte de l'article 72 de la Constitution et il est précisé par des textes législatifs spécifiques qui définissent les modalités du contrôle de légalité des actes des autorités décentralisées. Il s'agit essentiellement du code général des collectivités territoriales, et du code de la santé publique pour ce qui est des établissements publics de santé.

Il y a donc lieu de renvoyer à ces textes législatifs, ainsi qu'à la jurisprudence qui les a précisés, pour connaître les hypothèses exactes dans lesquelles ce contrôle s'exerce et les modalités selon lesquelles il s'exerce.

On peut brièvement rappeler que sont en principe visés les marchés publics des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

Ces marchés sont soumis à une obligation de transmission qui permet l'exercice par le représentant de l'Etat du contrôle de légalité, ce qui peut en particulier le conduire à déférer au juge administratif les marchés qu'il juge illégaux. L'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa conclusion entraîne l'illégalité de ce contrat. Entachés d'illégalité, de tels contrats ne peuvent être régularisés ultérieurement par la seule transmission au préfet de la délibération du conseil municipal (avis du Conseil d'Etat du 10 juin 1996, préfet de la Côte-d'Or).

En outre, aux termes de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales, s'agissant des marchés conclus par les communes (L. 3132-1 pour les marchés passés par les conseils généraux et L. 4142-1 pour les marchés passés par les conseils régionaux), le préfet peut assortir son déferé d'une demande de suspension. Il est fait droit par le tribunal à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction du recours, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué. Il est statué par le tribunal dans un délai d'un mois à compter de sa saisine par le préfet.

Jusqu'à ce que le président du tribunal administratif ou un magistrat délégué par lui ait statué, la demande de suspension en matière d'urbanisme, de marchés et de délégation de service public formulée par le représentant de l'Etat dans les dix jours, à compter de la réception par lui de l'acte, entraîne la suspension de celui-ci. Au terme d'un délai d'un mois à compter de la réception par le tribunal du déferé, si le juge des référés n'a pas statué, l'acte devient exécutoire.

Article 79

Les marchés doivent être notifiés avant tout commencement d'exécution.

La notification consiste en un envoi du marché signé au titulaire par tout moyen permettant de donner date certaine.

La date de notification est la date de réception du marché par le titulaire.

Le marché prend effet à cette date.

La notification déclenche l'entrée en vigueur du marché.

Les offres des candidats doivent comporter un acte d'engagement signé par le titulaire, conformément aux dispositions de l'article 48. La signature par l'administration du marché parachève l'accord de volonté qui donne naissance au contrat. La notification est l'officialisation de cet accord.

L'exécution de prestations avant la notification du marché sera donc considérée comme réalisée en dehors de tout cadre contractuel régulier.

La notification est faite par la personne responsable du marché ; elle consiste en l'envoi du marché signé au titulaire et s'opère par tout moyen permettant de donner date certaine.

Il est en particulier possible, pour ce faire, de recourir à la lettre recommandée avec accusé de réception, ou encore à la remise contre récépissé.

L'importance de la notification et de la preuve de sa date implique qu'il soit accordé une attention toute particulière à ses modalités. Cette date est celle de la réception par le titulaire.

Il s'agit d'une garantie pour le cocontractant de l'administration. En effet, le contrat entre en vigueur au jour de sa notification, et il n'est pas concevable que cette entrée en vigueur puisse s'opérer avant que le cocontractant n'en soit informé.

De ce principe découle de façon générale qu'aucune dérogation n'est possible à cette règle, et qu'un marché ne peut valablement s'appliquer avant qu'il ait été notifié au titulaire et que celui-ci ait reçu cette notification.

Article 80

La personne responsable du marché envoie pour publication, dans un délai de trente jours à compter de la notification du marché, un avis d'attribution. Les mentions figurant dans cet avis sont précisées par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

Les avis d'attribution sont publiés dans les mêmes conditions que les avis d'appel public à la concurrence.

Les avis d'attribution donnent les caractéristiques des marchés conclus par les personnes publiques.

Ils ne correspondent donc pas à la mise en oeuvre de l'obligation de publicité préalable, mais plutôt au principe de transparence, qui doit conduire les personnes publiques à indiquer, selon les mêmes voies que celles suivies pour la publicité préalable, la conclusion des procédures de marché.

Un arrêté fixe leur contenu c'est-à-dire les mentions devant y figurer. Ils sont envoyés à publication dans les trente jours à compter de la notification du marché et suivent les règles applicables aux avis d'appel public à la concurrence déterminées à l'article 40.

Article 81

Les dispositions de l'article 80 ne s'appliquent ni aux marchés sans formalités préalables, ni aux marchés négociés passés sans publicité préalable, du fait des exigences de secret ou de protection des intérêts essentiels de l'Etat. Pour les marchés mentionnés à l'article 30, la personne responsable du marché adresse un avis d'attribution, mais peut décider de ne pas le publier. Elle transmet cet avis à l'Office des publications officielles des Communautés européennes en indiquant si elle en accepte la publication.

81.1. Dérogation à l'article 80.

Par dérogation à l'article 80, l'avis d'attribution n'est pas nécessaire pour les marchés conclus sans formalités préalables en application des articles 28 à 31, ni pour les marchés négociés passés sans publicité préalable du fait des exigences de secret ou de protection des intérêts essentiels de l'Etat. Cette hypothèse est prévue à l'article 35 II 2o.

Les raisons qui expliquent l'absence d'obligation de publicité préalable justifient également l'absence d'obligation d'envoyer a posteriori un avis d'attribution.

81.2. Cas particulier des marchés de l'article 30.

L'article 30 prévoit que les marchés qui entrent dans son champ d'application sont effectivement soumis à l'obligation d'envoi d'un avis d'attribution lorsque leur montant atteint le seuil de l'appel d'offres, soit 130 000 Euro HT pour l'Etat et 200 000 Euro HT pour les collectivités territoriales.

Cette obligation fait toutefois l'objet d'un aménagement dans le présent article, conformément à ce que permet l'article 16 (3°) de la directive 92/50/CEE " marchés publics de services ", qui ouvre la possibilité à l'organisme ayant passé un marché de services de la nature de ceux visés à l'article 30 du code d'indiquer dans l'avis transmis à l'Office des publications officielles des Communautés européennes qu'il n'en accepte pas la publication.

La transmission de l'avis doit indiquer la décision de ne pas le publier. A défaut d'une telle indication, les avis transmis sont publiés selon les règles normales.

Chapitre VII

Dispositions spécifiques aux marchés des opérateurs de réseaux

Article 82

Les personnes publiques mentionnées à l'article 2 du présent code agissent en tant qu'opérateurs de réseaux lorsqu'elles ont pour activité :

1° La mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes de production, de transport ou de distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur, ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz ou en chaleur, lorsque ces réseaux sont destinés à fournir un service au public ;

2° La mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes de production, de transport ou de distribution d'eau potable, lorsque ces réseaux sont destinés à fournir un service au public.

Relèvent également de cette activité les contrats passés par la même personne publique s'ils ont pour objet :

a) Soit l'évacuation ou le traitement des eaux usées ;

b) Soit des projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, à condition qu'au moins 20 % du volume total d'eau produite par ces projets soit destiné au réseau d'eau potable ;

3° La prospection ou l'extraction du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides ;

4° La construction ou l'exploitation des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux ;

5° L'exploitation de réseaux de transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus, autocars ou remontées mécaniques destinés au public ;

6° La mise à disposition ou l'exploitation de réseaux ouverts au public ou la fourniture au public du service téléphonique conformément aux dispositions des articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et télécommunications.

Pour les collectivités territoriales, l'activité ne concerne que la mise à disposition d'infrastructures de réseaux de télécommunications au sens du 3° de l'article L. 32 du code des postes et télécommunications, dans les conditions prévues à l'article L. 1511-6 du code général des collectivités territoriales.

Cette activité ne comprend pas les contrats permettant d'assurer des services de télécommunications qui peuvent être offerts par d'autres organismes dans la même aire géographique et dans des conditions similaires.

82.1. La notion d'opérateur de réseau.

Les personnes publiques mentionnées à l'article 2 du présent code entrent également dans le champ d'application de la directive communautaire n° 92-50 relative aux marchés de services, de la directive n° 93-36 relative aux marchés de fournitures et de la directive n° 93-37 relative aux marchés de travaux. Les dispositions du présent code sont conformes à celles de ces directives.

Toutefois, il convient de rappeler que les marchés passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ne sont pas soumis aux dispositions des directives précitées. Deux raisons essentielles justifient cette exclusion. En premier lieu, la mise en place et l'exploitation des réseaux de distribution d'eau potable ou d'électricité, de transport et de télécommunications ne sont pas toujours confiées dans tous les Etats membres à des entités telles que celles qui sont mentionnées à l'article 2 : ces activités sont souvent exercées par des entreprises publiques ou par des entreprises privées.

En conséquence, la soumission aux directives précitées des marchés conclus dans ces secteurs d'activité aurait eu des effets différents selon les Etats membres et selon les secteurs d'activité en fonction du statut des entités exploitant ces réseaux, ce qui aurait été contraire à l'objectif même des directives.

En deuxième lieu, un grand nombre des marchés passés pour l'exercice de ces activités portent sur des travaux, des fournitures ou des services d'une complexité certaine, pour lesquels les procédures prévues par les directives précitées ne sont pas toujours parfaitement adaptées.

Ces raisons ont conduit le Conseil des Communautés européennes à adopter en 1990, sur proposition de la Commission européenne, la directive n° 90-531 relative aux marchés de fournitures et de travaux passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Cette directive a été abrogée et remplacée en 1993 par la directive n° 93-38, qui reprend les dispositions de la directive n° 90-531 mais s'applique aussi aux marchés de services.

Cette directive n° 93-38 a un champ d'application plus étendu que celui des directives n° 92-50 (marchés de services), n° 93-36 (marchés de fournitures) et n° 93-37 (marchés de travaux) : elle s'applique d'abord aux marchés de services, de fournitures et de travaux passés par l'Etat, les collectivités territoriales et les organismes de droit public au sens communautaire lorsqu'ils mettent en place ou exploitent un réseau dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. A la différence des directives précitées, elle s'applique en outre aux marchés passés par les

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/instruction-du-28-aout-2001-pour-lapplication-du-code-des-marches-publics-passation-des-marches/>

entreprises publiques exerçant les mêmes activités, ainsi qu'aux marchés passés par les entreprises privées exerçant ces mêmes activités en vertu d'un droit exclusif ou spécial (par exemple, en vertu d'une concession de service public).

La directive n° 93-38 se différencie par ailleurs des directives n° 92-50, n° 93-36 et n° 93-37 par le fait qu'elle prévoit des procédures moins contraignantes. Elle autorise notamment dans des cas plus nombreux l'utilisation de la procédure négociée.

Cette directive est transposée en droit français par le code des marchés publics pour ce qui concerne les personnes publiques mentionnées à l'article 2 (Etat, établissements publics de l'Etat n'ayant pas un caractère industriel et commercial, collectivités territoriales et établissements publics locaux quel que soit leur caractère).

Elle est transposée par la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 modifiée et son décret d'application n° 93-990 du 3 août 1993 modifié pour ce qui concerne, d'une part, les entreprises publiques qui ne sont pas mentionnées à l'article 2 du présent code (notamment les établissements publics de l'Etat ayant un caractère industriel et commercial et les sociétés d'économie mixte locales), d'autre part, les entreprises privées bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux.

82.2. L'article 82 définit les cas dans lesquels les personnes publiques mentionnées à l'article 2 agissent en tant qu'opérateurs de réseaux. Trois des six cas envisagés par cet article appellent les observations particulières suivantes.

82.2.1. La mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes de production, de transport ou de distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz ou en chaleur, lorsque ces réseaux sont destinés à fournir un service au public.

Ce cas concerne notamment les distributeurs non nationalisés d'électricité ayant le statut d'établissement public local ainsi que les collectivités territoriales et les établissements publics locaux exploitant un réseau de production ou de distribution de chaleur.

82.2.2. La mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes de production, de transport ou de distribution d'eau potable, lorsque ces réseaux sont destinés à fournir un service au public.

Ce cas concerne plus particulièrement les communes et les groupements de communes exploitant en régie leur réseau d'adduction d'eau potable. Ces communes et groupements de communes agissent également en tant qu'opérateurs de réseaux lorsqu'ils exploitent en régie leurs réseaux d'assainissement, à la condition expresse que la commune ou le groupement de communes concerné exploite aussi en régie le réseau d'adduction d'eau potable.

En revanche, dans l'hypothèse où une commune ou un groupement de communes aurait délégué la gestion de son réseau d'adduction d'eau potable, il ne pourrait pas prétendre agir en tant qu'opérateur de réseau lorsqu'il passerait des marchés ayant pour objet l'évacuation ou le traitement des eaux usées. Cette commune ou ce groupement de communes ne pourrait donc pas se fonder sur l'article 84 pour attribuer un marché de services en utilisant la procédure négociée avec publicité préalable dans des circonstances autres que celles prévues à l'article 35.

De même, lorsqu'elles passent des marchés en vue de la réalisation d'un projet de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, les personnes publiques mentionnées à l'article 2 n'agissent en tant qu'opérateur de réseau que si 20 % au moins du volume total d'eau produite par ce projet alimente un réseau d'eau potable. Si cette condition n'est pas satisfaite, la personne publique concernée ne peut bénéficier de la faculté donnée par l'article 84.

82.2.3. La mise à disposition ou l'exploitation de réseaux de télécommunications ouverts au public.

Il convient de noter que les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales peuvent mettre en place ou exploiter un tel réseau sont fixées par le code général des collectivités territoriales et le code des postes et télécommunications. Ces collectivités ne peuvent exercer une activité d'opérateur de réseau de télécommunications et se fonder sur l'article 84 du code des marchés publics pour passer des marchés négociés que dans les limites ainsi fixées par le code général des collectivités territoriales et le code des postes et télécommunications.

Article 83

L'achat de combustibles destinés à la production d'énergie, ou d'énergie, par les personnes publiques exerçant une activité mentionnée au 1 de l'article 82, l'achat d'eau par les producteurs ou les distributeurs d'eau exerçant l'activité mentionnée au 2 de l'article 82, ainsi que les services de transport par autobus ou autocar s'ils sont assurés de manière non exclusive ne sont soumis à aucune des dispositions du présent code.

83. Marchés des opérateurs de réseaux pouvant être conclus sans aucune procédure.

Cet article dispense les opérateurs de réseaux de mettre en oeuvre quelque procédure que ce soit pour la passation de certains marchés :

- les marchés ayant pour objet l'achat de combustibles destinés à la production d'énergie ou l'achat d'énergie par les personnes publiques exerçant une activité mentionnée au 1 de l'article 82 (ce cas concerne par exemple les achats d'électricité effectués par des distributeurs non nationalisés pour alimenter des clients " éligibles " au sens de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité) ;
- les marchés ayant pour objet l'achat d'eau par un producteur ou un exploitant de réseau public d'adduction d'eau potable ;
- les marchés conclus en vue de l'exploitation d'un réseau public de transport par autobus ou par autocar, à condition que ce réseau ne bénéficie d'aucune exclusivité. Cette exception est valable pour l'ensemble des réseaux publics, quelle que soit la taille des véhicules utilisés.

Il appartient à la personne responsable du marché d'apporter la preuve que les conditions posées par cet article sont remplies lorsqu'elle souhaite utiliser la faculté donnée par cet article.

Article 84

Les opérateurs de réseaux peuvent passer, quel que soit leur montant, des marchés négociés après publicité préalable pour les prestations de services directement liées à leur activité.

84. Possibilité donnée aux opérateurs de réseaux d'utiliser plus fréquemment la procédure négociée.

Conformément aux dispositions de la directive n° 93-38, cet article autorise les personnes publiques mentionnées à l'article 2, lorsqu'elles agissent en tant qu'opérateurs de réseaux, c'est-à-dire lorsqu'elles exercent une des activités énumérées à l'article 82, à passer leurs marchés de services en utilisant la procédure négociée avec publicité préalable. Il convient de noter que cette faculté n'est prévue que pour les marchés de services. De ce fait, même lorsqu'elles agissent comme opérateurs de réseaux, ces personnes ne peuvent utiliser la procédure négociée pour conclure des marchés de fournitures ou de travaux que dans les cas prévus à l'article 35.

Article 85

Une offre anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide publique ne peut être rejetée que si le candidat n'est pas en mesure, après avoir été consulté, d'apporter la preuve que cette aide a été notifiée à la Commission européenne ou a été autorisée par celle-ci. Dans le cas d'un tel rejet, la personne responsable du marché en informe la Commission européenne.

85. Traitement des offres anormalement basses.

Cet article relatif au traitement des offres anormalement basses s'applique lorsque la personne publique contractante agit en tant qu'opérateur de réseau, mais son application ne remet pas en cause celle de l'article 55. Dans ces conditions, si une personne publique agissant en tant qu'opérateur de réseau envisage de rejeter une offre au motif qu'elle lui paraît anormalement basse, et de ce fait peu crédible, elle doit demander par écrit les précisions nécessaires au candidat concerné.

Si les justifications apportées par le candidat tiennent aux procédés de fabrication qu'il envisage d'utiliser, ou aux

conditions d'exécution du marché, ou à l'originalité du projet, il appartient à la personne responsable du marché d'en apprécier le bien-fondé et, selon les cas, d'accepter l'offre, ou de la rejeter par une décision motivée.

Dans l'hypothèse où le caractère anormalement bas ou apparemment anormalement bas de l'offre est lié à l'obtention d'une aide publique, il appartient à la personne responsable du marché de demander au candidat d'apporter la preuve que cette aide a été notifiée à la Commission européenne ou autorisée par celle-ci :

- si le candidat apporte cette preuve, l'offre ne peut être rejetée au motif qu'elle est anormalement basse, mais elle peut être rejetée pour d'autres motifs ;
- si le candidat n'apporte pas cette preuve, l'offre peut être rejetée au motif qu'elle est anormalement basse.

Dans ce dernier cas, la personne responsable du marché informe la Commission européenne de sa décision.