MASTER

Droit des marchés publics

6e édition

À jour des nouvelles règles entrées en vigueur le 1er avril 2016 sur la passation des marchés publics

CHRISTOPHE LAJOYE

Gualino une marque de Lextenso

CHRISTOPHE LAJOYE
est Maître de conférences de Droit public
à la Faculté de droit de Caen.

Droit des marchés publics

6e édition

CHRISTOPHE LAJOYE

Gualino une marque de Lextenso

MASTER

La collection de référence pour :

- les étudiants des masters de Droit, d'Économie et de Gestion ;
- les étudiants des filières professionnelles de la discipline traitée par chaque livre et les candidats aux examens professionnels correspondants ;
- les professionnels en activité de ces disciplines.

Suivez-nous sur

© Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2017
70, rue du Gouverneur Général Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux cedex
ISBN 978 - 2 - 297 - 03993 - 2

Présentation

Le présent ouvrage vise à présenter de manière claire, structurée, synthétique mais complète le droit des marchés publics. Ce droit est un droit complexe et en évolution constante depuis presque deux décennies, du fait notamment de l'adoption d'un droit européen des marchés publics, qui connaît lui-même des transformations sous l'effet conjugué de la volonté des institutions communautaires de renforcer sans cesse la libre concurrence dans la passation des marchés publics passés à l'intérieur de l'Union européenne par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices des divers États membres et de la jurisprudence européenne.

Sont étudiés dans ce livre, au travers des dispositions du Code des marchés publics de 2006, de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et de diverses autres sources de droit interne, des directives européennes relatives aux marchés publics :

– ***le champ d'application du droit des marchés publics*** : la notion de marché public et son évolution, les relations entre la notion de marché public et les notions voisines (convention de délégation de service public et autres concessions, contrat administratif) ;

– ***la passation des marchés publics*** : les principes fondamentaux de la commande publique, la délimitation des besoins et l'allotissement, les organes compétents de la commande publique, les règles de passation des marchés publics (règles de publicité et de mise en concurrence, les procédures de passation, les modalités de formation du marché), le contrôle des marchés publics et le contentieux de leur passation ;

– ***l'exécution des marchés publics*** : l'obligation d'exécution du marché public (les obligations réciproques des parties, les garanties de l'exécution accordées à l'administration, l'exécution du marché lors de la survenance d'aléas, la modification des obligations contractuelles), la fin du marché et les litiges résultant de son exécution (la fin du marché, le règlement amiable des différends et le contentieux de l'exécution, les responsabilités contractuelles et extracontractuelles, les responsabilités postcontractuelles).

Cet ouvrage s'adresse aux étudiants en licence et en master Droit, à ceux des filières d'enseignement liées aux marchés publics, à ceux des instituts d'études politiques et, plus généralement, aux étudiants des autres filières qui doivent connaître cette matière. Il est aussi destiné aux candidats à certains concours

de la fonction publique d'État et de la fonction publique territoriale. Il sera également fort utile aux élus, agents publics, avocats et autres juristes, professionnels et praticiens des marchés publics.

Sommaire

Présentation 5
Liste des principales abréviations 12
Introduction 15

Partie 1
Le champ d'application du droit des marchés publics

Titre 1 La notion de marché public

Chapitre 1 Éléments définitionnels de la notion de marché public 31
Section 1 L'acception traditionnelle du marché public en droit interne français 32
Section 2 L'acception rénovée de la notion de marché public 39
Chapitre 2 Le champ d'application du droit des marchés publics 55
Section 1 Le champ d'application organique 56
Section 2 Le champ d'application matériel 87
Section 3 Un champ d'application élargi aux accords-cadres, aux partenariats public-privé et à certains contrats particuliers 99
Section 4 La nouvelle acception du marché public : une notion élargie 104

Titre 2 Les relations entre la notion de marché public et des notions voisines

Chapitre 1 Marché public et conventions de délégation de service public 111
Section 1 Relations traditionnelles en droit interne 112

Section 2 Relations résultant de la réforme 115
Chapitre 2 Relations entre marché public et contrat administratif 127
Section 1 Solutions traditionnelles 128
Section 2 Solutions rénovées 129
Chapitre 3 Marché public, contrat de partenariat et concession 133
Section 1 Marché public et contrat de partenariat public privé 134
Section 2 Marché public et concession au sens communautaire 141

Partie 2
La passation des marchés publics

Titre 1 Données générales

Chapitre 1 Les principes fondamentaux de la commande publique 153
Section 1 Le principe de liberté d'accès à la commande publique 154
Section 2 Les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures 166
Chapitre 2 La détermination des besoins et l'allotissement ... 171
Section 1 La délimitation des besoins 172
Section 2 Les règles relatives à l'allotissement 178
Chapitre 3 Les organes compétents de la commande publique 187
Section 1 La personne compétente pour conduire la procédure de passation du marché et le signer ... 188
Section 2 La commission d'appel d'offres (CAO) 201
Section 3 Le jury 213
Chapitre 4 La coordination et le groupement de commandes 221
Section 1 La coordination de commandes 222
Section 2 L'externalisation des achats : la constitution d'un groupement de commandes et le recours à une centrale d'achat 228

Titre 2 Les règles de passation des marchés publics

Chapitre 1 Les règles générales de passation 243
Section 1 Les obligations de publicité et de mise en concurrence 244
Section 2 Les règles de publicité 247
Section 3 Le calcul des seuils 258
Section 4 L'attribution du marché au candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse 260
Chapitre 2 Les procédures prévues par le droit des marchés publics 297
Section 1 Les diverses procédures et leurs cas de recours 298
Section 2 Le déroulement des procédures 333
Section 3 Les particularités de la passation des marchés de partenariat 372
Chapitre 3 Les modalités de formation du marché 381
Section 1 Marché public et échange des consentements 382
Section 2 Marché public et documents contractuels 384
Section 3 Marché public et prix 386

Titre 3 Le contrôle des marchés publics et le contentieux de leur passation

Chapitre 1 Le contrôle des marchés publics 397
Section 1 La suppression de la Commission consultative des marchés publics et de la MIEM 398
Section 2 Les autres contrôles 400
Chapitre 2 Le contentieux de la passation des marchés publics 407
Section 1 Le référé précontractuel 408
Section 2 Un recours vidé de sa substance : le recours pour excès de pouvoir (REP) contre les actes détachables du marché 418
Section 3 L'action en responsabilité extracontractuelle 423
Section 4 Les recours contre le contrat lui-même 429

Partie 3
L'exécution du marché public

Titre 1 L'obligation d'exécuter le marché

Chapitre 1 Les obligations réciproques des parties au marché 459
Section 1 Les obligations du cocontractant de l'acheteur public 460
Section 2 Les obligations du pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice 475
Chapitre 2 Les garanties de l'exécution accordées à l'acheteur 479
Section 1 Les pouvoirs de contrôle et de direction aux mains du pouvoir adjudicateur 480
Section 2 Le pouvoir de sanction reconnu à l'administration .. 483
Section 3 L'établissement de servitude sur les propriétés privées 489
Section 4 Les garanties financières 490
Chapitre 3 L'exécution du marché lors de la survenance d'aléas 495
Section 1 La théorie des sujétions imprévues 496
Section 2 Les travaux supplémentaires indispensables 498
Section 3 La théorie de l'imprévision 502
Chapitre 4 L'exécution du marché et les modifications contractuelles 507
Section 1 Les avenants 508
Section 2 Le pouvoir de modification unilatérale 515

Titre 2 La fin du marché public et les litiges résultant de son exécution

Chapitre 1 La fin du marché 521
Section 1 L'achèvement normal des relations contractuelles ... 522
Section 2 L'achèvement anticipé des relations contractuelles . 526
Chapitre 2 Le règlement amiable et le contentieux de l'exécution 533

Section 1 **Le règlement amiable des différends nés de l'exécution des marchés publics** 534
Section 2 **Le contentieux de l'exécution du marché public** 540
Chapitre 3 Les responsabilités contractuelles et extracontractuelles 555
Section 1 **La responsabilité contractuelle** 556
Section 2 **La responsabilité extracontractuelle** 563
Chapitre 4 Les responsabilités postcontractuelles 569
Section 1 **Les responsabilités applicables aux marchés publics de travaux** 570
Section 2 **Les responsabilités applicables aux marchés publics de fournitures et services** 585
Conclusion 589

Bibliographie générale 595
Index 599
Table des matières 603

Liste des principales abréviations

AJDA	Actualité juridique, droit administratif
BJCP	Bulletin juridique des contrats publics
CMP	Code des marchés publics
CAA	Arrêt de cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CAO	Commission d'appel d'offres
CE	Arrêt du Conseil d'État
CE, ass.	Arrêt de Conseil d'État (assemblée du contentieux)
CE, sect.	Arrêt du Conseil d'État (section du contentieux)
CGTC	Code général des collectivités territoriales
Chron.	Chronique
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
Concl.	Conclusions
CP-ACCP	Contrats publics – Actualités de la commande et des contrats publics
Dr. Adm.	Droit administratif
Gaz. cnes	La Gazette des communes
JCP	La Semaine juridique
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
LPA	Petites affiches (Les)
Mon. TP	Moniteur des travaux publics
PRM	Personne responsable du marché
RDI	Revue de Droit immobilier
RDP	Revue du Droit public et de la science politique
Lebon	Recueil Lebon
Lebon T.	Recueil Lebon, tables
RFDA	Revue française de droit administratif
S.	Recueil Sirey

somm.	Sommaire
TA	Jugement du tribunal administratif
T. confl.	Jugement du Tribunal des conflits

Introduction

1. La commande publique joue dans la vie économique et sociale du pays, tant au niveau local que national, un rôle très important. Ce phénomène s'explique essentiellement par deux raisons. En premier lieu, les services publics très nombreux dans notre démocratie sociale et décentralisée doivent sans cesse se procurer de nouveaux biens, fournitures, équipements et services, de manière à répondre le mieux possible aux besoins d'intérêt général qui ont motivé leur création et à bien s'adapter à leurs évolutions. En second lieu, les pouvoirs publics en usent dans leur politique industrielle, de l'emploi, de recherche et de développement, dans leur politique en faveur des PME afin de stimuler l'activité économique. De fait, les « *achats publics* » au sens large ont été, et sont utilisés, avec des résultats contrastés, dans la lutte contre le chômage pour sauver des emplois ou en créer. À l'instar de la politique du New Deal, pratiquée aux États-Unis par F.-D. Roosevelt à partir de 1933, et conformément aux théories de John Maynard Keynes, le développement sensible de la commande publique est conçu comme l'un des moteurs de la relance économique par la demande. Il est encore perçu comme tel par les gouvernements européens et américains qui ont adopté des plans de relance de l'économie afin de lutter contre la récession économique qui les frappe à la suite des effets dévastateurs de la crise financière sur l'activité économique.

2. Dès lors, en France, la commande publique atteint, et ce depuis longtemps, des volumes financiers considérables. En effet et en se limitant à une époque récente, en 1999, les dépenses d'achat des administrations publiques, plus précisément des administrations centrales, locales et de la Sécurité sociale ont atteint 746 milliards de francs soit presque 16 % du montant total de leurs dépenses et 8,5 % du PIB. À l'intérieur de cet ensemble, les marchés publics représentent 191 milliards de francs, dont près de 60 % pour les collectivités locales. Sur la période 1995-1998, en moyenne par an, les collectivités locales ont passé 190 000 marchés publics, d'un montant moyen de 0,7 million de francs et l'État, près de 40 000 d'un montant moyen de 2,3 millions de francs (tous ces chiffres sont cités par M. L. Fabius, à l'époque ministre de l'Économie et des Finances dans l'entretien qu'il accorda à la rédaction du *Moniteur*[1]). L'introduction de la circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel

1. Le Moniteur 9 mars 2001, p. 21.

d'application du Code des marchés publics de 2004, souligne pour sa part que l'achat public représentait près de 120 milliards d'euros pour l'année 2003. Le ministère de l'Économie et des Finances sur son site Internet[2] indiquait que le montant de la commande publique s'élève à 120 milliards d'euros par an, soit environ 10 % du PIB. Toutefois, en raison des difficultés budgétaires des personnes publiques, ce montant depuis quelques années diminue sensiblement. Ainsi, l'Observatoire économique de l'achat public recensait :

- pour l'année 2011, 112 213 contrats pour un montant de 82,3 milliards d'euros HT (86,6 milliards d'euros si on y inclut le montant des avenants) ;
- pour l'année 2012, 103 185 contrats pour un montant de 75,5 milliards d'euros HT (78,7 milliards d'euros si on y inclut le montant des avenants) ;
- pour l'année 2013, 96 514 contrats pour un montant de 71,5 milliards d'euros HT (76,8 milliards d'euros si on y inclut le montant des avenants).

3. Face à ces enjeux financiers, à la nécessaire protection des deniers publics et afin de permettre une concurrence loyale entre les fournisseurs potentiels, l'État a très tôt décidé d'encadrer la commande publique. L'ordonnance du 4 décembre 1836 dispose ainsi, en son article 1er, que « *tous les marchés au nom de l'État seront faits avec concurrence et publicité* », tandis que celle du 14 novembre 1837 impose la même règle aux marchés des collectivités locales. Par la suite, le décret du 18 novembre 1882 fait de l'adjudication publique la procédure de principe. De 1953 à 1959 est prise une série de décrets réglementant la passation et le contrôle des marchés publics. Ceux-ci ont été rassemblés par un décret du 17 avril 1964 portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics. Ce premier Code des marchés publics soumet les contrats qu'il vise à des règles strictes, concernant notamment leur passation, dont le respect conditionne la validité de l'engagement.

4. C'est pourquoi, même si en France le moyen juridique le plus utilisé pour l'achat public est le marché public, d'autres techniques contractuelles, dont certaines reposant sur des montages complexes, se sont développées et ont brouillé les frontières entre les diverses catégories de contrats publics. Ce phénomène s'ajoutant aux perturbations importantes générées par l'adoption de directives communautaires relatives aux marchés publics – qui soumettent ces derniers à des règles de procédures et d'attribution inspirées du droit français, mais qui retiennent un champ d'application organique et matériel plus vaste – et par divers textes nécessités par la décentralisation, avait rendu indispensable une réforme du droit des marchés publics. Celle-ci, mise en chantier en 1995, n'a abouti qu'en 2001 par l'adoption du décret du 7 mars 2001 portant Code des marchés publics, dont l'entrée en vigueur fut fixée, pour l'essentiel de ses dispositions, au 9 septembre 2001.

2. www.economie.gouv.fr

5. Par ce décret, le Gouvernement de l'époque tenta de répondre aux objectifs qu'il s'était assigné. Ce texte procède ainsi à une simplification du droit des marchés publics en réduisant le nombre des seuils d'application des procédures et en alignant la plupart d'entre eux sur les seuils communautaires. De même, l'essentiel des règles des directives communautaires s'applique désormais à tous les marchés publics et non plus exclusivement aux marchés atteignant les seuils qu'elles fixent, ce qui va dans le sens d'une unification des régimes juridiques issus du droit interne et du droit communautaire. Cette unification conduit à une modernisation des règles en intégrant, dans le nouveau Code, les souplesses contenues dans les directives communautaires et visait à permettre une plus grande efficacité de l'achat public. Enfin, certaines dispositions comme l'incitation à l'allotissement, la simplification du contrôle de la situation sociale et fiscale des candidats, la restitution sans formalité de la retenue de garantie exigée de l'entreprise étaient destinées à faciliter l'accès à la commande publique des petites et moyennes entreprises.

Mais le gouvernement issu des élections législatives de juin 2002 influencé par une conception libérale des relations contractuelles entre les personnes publiques et leurs fournisseurs ou prestataires, annonça très vite sa volonté de modifier en profondeur le droit des marchés publics en programmant l'adoption d'un nouveau Code des marchés publics alors même que le Code précédent était en vigueur depuis moins d'un an. Certes, ce dernier avait fait l'objet des récriminations de la Commission européenne et l'illégalité de certaines de ses dispositions était pointée du doigt et serait bientôt sanctionnée par le Conseil d'État[3], mais, pour la première fois, l'encadrement réglementaire des marchés publics devient un enjeu politique puisqu'auparavant son contenu faisait l'objet d'un large consensus, à droite comme à gauche de l'échiquier politique. Pourtant et paradoxalement, les objectifs affichés par le gouvernement de M. Raffarin étaient identiques à ceux avancés en son temps par le gouvernement de M. Jospin. En effet, le code de 2004 visait toujours à simplifier le droit des marchés publics, à le rapprocher plus encore du droit communautaire, à accroître sa transparence et à faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique. Était également avancée par les promoteurs de ce nouveau code, la recherche d'une plus grande efficacité de l'achat public. Mais cette simplification est désormais poursuivie en reconnaissant aux acheteurs publics une plus grande liberté qui s'accompagne d'une responsabilité accrue. La mise en œuvre de ces objectifs est opérée, notamment, par le relèvement très sensible des seuils qui procède à un alignement presque complet sur les seuils communautaires, par l'obligation de publicité pour la passation de tous les marchés, par le soin laissé à la Personne responsable du marché de mettre au point une procédure adaptée pour la passation de marchés inférieurs à certains seuils, par l'assouplissement des procédures, par le

3. CE, ass., 5 mars 2003, UNSPIC : D. 2003, p. 851, note J.-D. Dreyfus ; AJDA 2003, p. 718, chron. F. Donnat et D. Casas – CE, 28 avr. 2003, req. n° 233343 et 233474, Féd. française des courtiers d'assurance et de réassurance et a.

développement du dialogue et de la négociation, par la simplification des règles d'évaluation des marchés, par l'allégement de la constitution du dossier de candidatures et des modalités de justification de la capacité professionnelle, technique et financière des candidats, et par l'assouplissement du régime des avances. Ce code instauré par le décret du 7 janvier 2004, publié au *JO* du 8 janvier, était immédiatement applicable (10 janvier 2004).

En outre, les rédacteurs de ce code souhaitaient transposer par anticipation les dispositions importantes des nouvelles directives communautaires relatives aux marchés publics qui étaient sur le point d'être adoptées et en particulier la nouvelle procédure de dialogue compétitif. Cette démarche inédite allait se révéler insuffisante et l'obligatoire transposition complète de ces directives du 31 mars 2004 (voir *infra*, n° 6), allait conduire le gouvernement, au terme d'une phase de concertation électronique avec les acteurs de l'achat public, à élaborer et adopter par le décret du 1er août 2006 un nouveau Code des marchés publics, provoquant en la matière une inflation réglementaire dénoncée par beaucoup d'acteurs de la commande publique. Ce Code des marchés publics du 1er août 2006 est entré en vigueur le 1er septembre 2006. Mais l'inflation réglementaire sus-dénoncée sévit toujours, car le code de 2006 fut modifié à moult reprises et notamment par l'important décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 qui affecte pas moins de 27 articles de ce code et par le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 dit de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics qui modifie une grosse quarantaine d'articles de ce code et en abroge certaines dispositions importantes ! Enfin, on peut signaler également et sans que la liste soit exhaustive, les décrets n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 relatif au relèvement de certains seuils du Code des marchés publics et n° 2008-1550 du 31 décembre 2008 modifiant les dispositions relatives à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics et les décrets n° 2011-1000 du 25 août 2011, n° 2011-1104 du 14 septembre 2011, n° 2011-1853 du 9 décembre 2011, n° 2011-2027 du 29 décembre 2011 qui modifient plusieurs dizaines d'articles de ce code, le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicable aux marchés publics, même si certaines modifications sont purement rédactionnelles ! Même si ces textes n'instaurent pas à proprement parler un énième nouveau Code des marchés publics, par l'importance des modifications qu'ils apportent au code de 2006, ils sont constitutifs d'une réforme qui « *marque cependant l'avènement d'un droit de la commande publique profondément rénové* »[4]. Mais le Code des marchés publics de 2006 est abrogé par l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics qui transpose les directives 2014/24/UE sur la passation des marchés publics et 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports

4. S. Braconnier, « Droit des marchés publics : l'âge de la maturité », Contrats-Marchés publ. 2009, n° 2, p. 7.

et des services postaux qui est entré en vigueur le 1er avril 2016 tout comme ses décrets d'application n° 2016-360 relatif aux marchés publics et n° 2016-361 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité du 25 mars 2016. Ces textes constituent la nouvelle armature du droit des marchés publics, ne font pas aujourd'hui l'objet d'une codification, mais prendront place dans le futur Code de la commande publique annoncé par le ministre de l'Économie Emmanuel Macron[5]. Plus précisément, l'ordonnance s'applique aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication à compter du 1er janvier 2016, tandis que les décrets s'appliquent aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1er avril 2016.

6. Ainsi, on l'aura compris, la source essentielle du droit des marchés publics résidait dans le Code des marchés publics ; elle s'inscrit désormais dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 et dans ses deux décrets d'application du 25 mars 2016. Pour autant, de nombreuses règles applicables aux marchés publics ne proviennent pas de ces textes. Elles sont issues du droit européen et international, mais aussi d'autres sources, cette fois de droit interne.

Les premières jouent un rôle grandissant et ont aussi connu une évolution. Tout d'abord, méritent d'être mentionnées les dispositions générales du traité CE, désormais contenues dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, comme les principes de non-discrimination en raison de la nationalité, de libre circulation des personnes, des marchandises, des capitaux et des services, de liberté d'établissement qui, bien que non spécifiques aux marchés publics, ne les affectent pas moins de façon importante. Ensuite, les directives communautaires relatives aux marchés publics qui constituent une source du droit des marchés publics très importante. Il faut mentionner la directive 2004/18 du 31 mars 2004[6] relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services qui abroge et remplace trois directives :

- la directive 92/50 du 18 juin 1992 relative aux marchés publics de services[7] qui avait été modifiée par la directive 97/52 du 13 octobre 1997[8] ;
- la directive 93/37 du 14 juin 1993 relative aux marchés publics de travaux[9] qui avait été modifiée par la directive 97/52 du 13 octobre 1997[10] ;

5. Entretien du 22 déc. 2014 accordé au journal *Les Échos* par M. Macron.
6. JOCE L 131.
7. JOCE L 209.
8. JOCE L 328.
9. JOCE L 199.
10. JOCE L 328.

- la directive 93/36 du 14 juin 1993 concernant les marchés publics de fournitures[11], qui elle aussi avait été modifiée par la directive 97/52 du 13 octobre 1997[12] ;
- la directive 2004/17 du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux[13], qui abroge et remplace la directive 93/38 du 14 juin 1993 applicable aux marchés publics dans les secteurs exclus (eau, énergie, transports, télécommunications)[14].

Ces deux directives sont abrogées et remplacées avec effet au 18 avril 2016 respectivement par :

- la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et par la directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ;
- la directive 2007/66 du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/665 du 21 décembre 1989 relative aux recours dans les secteurs classiques[15] et la directive 92/13 du 25 février 1992 concernant les recours dans les secteurs exclus[16] et relative à l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics[17].

Les droits des soumissionnaires évincés sont renforcés par cette dernière directive qui instaure un délai suspensif minimum de 10 jours, durant lequel la conclusion du marché contesté est suspendue. De même, elle procède au renforcement des pouvoirs du juge. Lorsque le marché a été attribué sans publicité et sans mise en concurrence préalables, les juridictions nationales compétentes pourront ainsi constater la nullité du marché en cause. Elle devait être transposée avant le 20 décembre 2009 et l'a été par l'ordonnance du 7 mai 2009.

De plus, les institutions européennes ont adopté pour la première fois une directive spécifique aux concessions, la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

Il faut souligner que les deux directives du 31 mars 2004 procédaient, notamment, à un assouplissement des règles procédurales et à la rationalisation des techniques d'achat. Les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014 procèdent à une simplification et une modernisation du droit européen des marchés publics[18]. En outre, elles réalisent une extension du champ de la

11. JOCE L 199.
12. JOCE L 328.
13. JOCE L 134.
14. JOCE L 199.
15. JOCE L 395.
16. JOCE L 76.
17. JOUE L 335.
18. Cf. en ce sens : G. Clamour, « Nouvelle directive marchés, premier panorama », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 3, comm. 71.

mise en concurrence, même si son régime juridique est souple pour les contrats qui sont nouvellement intégrés au champ d'application des directives et s'il est assoupli pour ceux qui y étaient déjà soumis. À cet égard, on peut souligner un élargissement des possibilités de recours à la négociation[19]. Enfin, on peut ici signaler un développement dans ces nouvelles directives de la prise en compte des conditions sociales et environnementales dans le droit des marchés publics[20].

Bien sûr, toutes ces directives ont fait l'objet de textes nationaux de transposition dont les derniers en date sont l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et ses deux décrets d'application du 25 mars 2016 qui transposent les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE. On le sait, ces directives, comme toutes les directives communautaires, s'imposent aux normes de droit interne. Dès lors, la réglementation nationale – et, plus particulièrement ici, le droit français des marchés publics – ne peut contrevenir à leurs dispositions. À cet égard, la Commission européenne est très vigilante, certains penseront tatillonne, et exerce un contrôle très strict. C'est ainsi qu'elle considérait que certains articles du Code des marchés publics du 7 mars 2001 n'étaient pas conformes aux directives relatives aux marchés publics. Non satisfaites par les explications fournies par le gouvernement français, la Commission a entamé contre la France la procédure en manquement conformément à l'article 226 du traité CE (aujourd'hui article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) ce qui a constitué l'élément déclencheur de l'élaboration d'un nouveau Code qui fut adopté en janvier 2004. Bien que les rédacteurs de celui-ci se soient efforcés de supprimer de notre droit des marchés publics les violations du droit communautaire stigmatisées par la Commission, cette dernière n'était pas encore satisfaite et a, à nouveau, enclenché une procédure en constatation de manquement contre la France au sujet de certaines dispositions de son nouveau Code. Dans son avis motivé du 4 février 2004, elle fait ainsi un certain nombre de griefs aux autorités françaises. On en évoquera ici deux. Le premier porte sur la soumission par le code de 2004 (art. 30, 1er al.) comme par le code de 2001, de certains marchés public de services (mentionnés à l'annexe I B de la directive 92/50/CEE) à des procédures allégées qui n'imposent pas aux pouvoirs adjudicateurs d'assurer un degré de publicité adéquat, et ce contrairement à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)[21]. La rédaction initiale de cet alinéa 1er de l'article 30 a été contestée également devant le Conseil d'État qui l'a annulé au motif que tous les marchés de services relevant de l'article 30 doivent être

19. Cf. en ce sens : F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Quelle(s) direction(s) pour les nouvelles directives marchés et concessions ? », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 3, repère 3.
20. Cf. en ce sens : F. Llorens et W. Zimmer, « L'instrumentalisation du droit de la commande publique », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 6, repère 6.
21. CJCE, 7 déc. 2000, n° C-324/98, Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c/ Telekom AustriaAG : Lebon, p. I-10745 ; BJCP juill. 2000, n° 11, p. 296 et nov. 2000, n° 13, p. 458 – CJCE, 3 déc. 2001, n° C-59/00, Bent Mousten Vestergaard : D. adm. 2002, n° 83.

soumis aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures[22]. Le pouvoir réglementaire par un décret du 24 août 2005 a donc procédé à une modification de cet alinéa en prévoyant que ces marchés « *peuvent être passés selon une procédure adaptée* ». Cette solution est reprise dans le code de 2006. Le second porte sur le nombre minimal de participants à inviter dans une procédure restreinte. La Commission reprochait, dans son avis motivé, au Code, de réserver l'application de la règle communautaire du nombre minimum de 5 candidats invités à soumissionner, aux seuls marchés dont l'avis de marché fixe un nombre minimum de candidats alors même que la jurisprudence de la CJCE ne limite pas ainsi l'application de cette règle[23]. Cette contestation illustre le pointillisme excessif de la Commission fondée sur une interprétation qui nous semble très contestable de la disposition française. En réalité, cette dernière signifiait que si le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre, il doit obligatoirement l'indiquer dans l'avis d'appel public à la concurrence et qu'en tout état de cause, le nombre minimum ne peut être inférieur à 5. Nous ne voyions ici aucune violation des règles des directives communautaires applicables à l'époque. Cette disposition contestée n'a pas été corrigée, quant au fond, dans le code de 2006. Elle a toutefois fait l'objet d'une modification rédactionnelle qui colle mieux à la rédaction communautaire sur ce point issue de la directive 2004/18 du 31 mars 2004.

7. À ces textes purement communautaires, s'ajoutent des conventions internationales signées par de nombreux États et Organisations internationales parties. Lors des négociations sur le commerce international dans le cadre du cycle de l'Uruguay (*Uruguay round*), les accords de Marrakech portant sur l'ouverture des marchés publics ont ainsi été adoptés le 15 avril 1994. Au premier rang des signataires figurent les États-Unis et les Communautés européennes.

8. Parmi les sources extérieures au code de 2006 et désormais à l'ordonnance du 23 juillet 2015 et à ses deux décrets d'application du 25 mars 2016, maintenant au plan interne, il faut mentionner les principes constitutionnels. En leur sein, il faut citer les principes issus de la Constitution qui, sans s'appliquer exclusivement aux marchés publics, les concernent. Par exemple, le principe d'égalité devant la loi entraîne l'interdiction de discrimination dans la passation et l'attribution d'un marché public. En outre, dans sa décision sur la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, le Conseil constitutionnel a reconnu valeur constitutionnelle aux principes du droit de la commande publique que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures[24], ces principes

22. CE, 23 févr. 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics et a. : Contrats-Marchés publ. 2005, n° 4, note Eckert ; AJDA 2005, p. 668, note Dreyfus.
23. CJCE, 26 sept. 2000, n° C-225/98, Commission c/ France : M. Berbari et C. Bréchon-Moulènes : CP-ACCP juin 2001, n° 1, p. 68.
24. Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC : JO 3 juill. 2003, p. 11205.

découlant, comme l'affirme la haute instance, des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui proclament, respectivement, l'égalité devant la loi et l'égalité devant les charges publiques. De plus, bien des lois intéressent les marchés publics. Par exemple, la sous-traitance dans les marchés publics est toujours pour partie réglée par la loi modifiée du 31 décembre 1975, tout comme la loi modifiée du 12 juillet 1985 fixe les rapports entre la maîtrise d'ouvrage publique et la maîtrise d'œuvre privée dans les marchés publics de travaux. Enfin, des règlements sont relatifs aux marchés publics. Le Code des marchés publics et, désormais, l'ordonnance du 23 juillet 2015 et ses deux décrets d'application du 25 mars 2016 renvoient ainsi à diverses reprises à des décrets ou des arrêtés pour assurer l'application de ses mesures.

9. Par ailleurs, il faut souligner que le Code des marchés publics de 2006, bien qu'abrogé à compter du 1er avril 2016, ne doit pas être ignoré, car il demeure applicable aux procédures qui ont été engagées avant cette date, par conséquent un abondant contentieux fondé sur leur application leur survivra pendant plusieurs années encore. Du reste, l'ordonnance du 23 juillet 2015 et ses deux décrets d'application du 25 mars 2016 reprennent des pans entiers du Code des marchés publics de 2006 – ainsi bien des dispositions relatives à l'exécution des marchés et au déroulement de la procédure d'appel d'offres demeurent inchangées – et même lorsqu'il adopte des règles nouvelles, celles-ci se comprennent mieux à la lumière des anciennes.

C'est pourquoi, le propos de cet ouvrage centré sur le droit interne des marchés publics, même s'il privilégie le droit résultant de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de ses deux décrets d'application du 25 mars 2016, prendra en compte le Code des marchés publics de 2006 et parfois même les codes antérieurs. En outre, même s'il ne faut pas mésestimer l'importance des marchés de défense et de sécurité, c'est l'étude du droit applicable aux autres marchés publics qui sera ici privilégiée.

10. L'étude de ce droit implique qu'en soit défini avec précision son champ d'application (Partie 1) avant que les règles de passation (Partie 2) et d'exécution (Partie 3) des marchés publics ne soient exposées.

Nos 11 à 15 réservés.

Bibliographie

BRACONNIER (S.), « Droit des marchés publics : l'âge de la maturité », Contrats-Marchés publ. 2009, n° 2, p. 7.

CHAVAROCHETTE (S.), « Panorama des principaux apports des nouvelles directives Marchés publics », CP-ACCP mars 2004, n° 33, p. 46.

CLAMOUR (G.), « Nouvelle directive marchés, premier panorama », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 3, comm. 71.

CLAMOUR (G.), « Vers le Code de la commande publique », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 2, comm. 29.

COLLECTIF, numéro spécial « Réforme 2009 du Code des marchés publics », CP-ACCP févr. 2009, n° 85, avec les contributions de HEINTZ (M.), CHABANOL (D.), DE GERY (P.), SCHMIDT (P.), LETELLIER (H.), RENOUARD (L.), NOVAT (P.), GUIMET (A.), GUILMAIN (D.), CHAREL (N.), TRINH (F.), PROOT (P.), ADDA (D.), DOURLENS (N.), DE MOUSTIER (R.), FINKELSTEIN (A.) et BERBARI (M.).

DELACOUR (E.), « Les nouvelles directives communautaires sont là ! », Contrats-Marchés publ. juin 2004, n° 6, p. 14.

GUIBAL (M.), « La gestation chaotique du nouveau Code des marchés publics », CP-ACCP mars 2004, n° 31, p. 8.

HEINTZ (M.), « La commande publique, outil d'interventionnisme public », RFDA juill.-août 2010, p. 760.

LAMBERT (C.), « Le code 2006 est-il conforme au droit communautaire ? », CP-ACCP sept. 2007, n° 69, p. 45.

LE CHATELIER (G.), « Quelques réflexions sur le droit européen et les contrats publics », CP-ACCP nov. 2003, n° 27, p. 46.

LINDITCH (F.), « Nouveau Code des marchés publics : projet de décret soumis à concertation publique », Contrats-Marchés publ. janv. 2016, n° 1, alerte 1.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « L'abrogation du Code des marchés publics par l'ordonnance du 23 juillet 2015 », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 10, repère 3.

LLORENS (F.) et ZIMMER (W.), « L'instrumentalisation du droit de la commande publique », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 6, repère 9.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Le futur droit des marchés publics : entre unité et complexité », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 12, repère 11.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Regards sur l'évolution récente du droit des contrats publics », Contrats-Marchés publ. avr. 2010, repère 4, p. 1.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Quelle(s) direction(s) pour les nouvelles directives marchés et concessions ? », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 3, repère 3.

MENEMENIS (A.), « Code des marchés 2006 : la transposition des directives n'explique pas tout », Dr. adm. nov. 2006, n° 18, p. 7.

MILLETT (T.), « Panorama des nouvelles directives européennes », Mon. TP 13 févr. 2004, n° 5229, p. 74.

MOURIESSE (X.) et BRACONNIER (S.) (dir.), « De l'impact relatif de certaines mesures prises dans le cadre de la réforme du Code des marchés publics », Contrats-Marchés publ. févr. 2009, p. 41.

NIHOUL (P.), « Les marchés publics dans l'Union européenne (2001-2002) », JTDE nov. 2003, n° 103, chron. p. 264.

PIGNON (S.), « Les nouvelles directives communautaires portant coordination des procédures de passation des marchés publics », AJDA 2004, n° 26, p. 1411.

PINTAT (P.), « Le Code des marchés publics français dans son contexte européen », CP-ACCP mars 2004, n° 31, p. 17.

RICHER (L.), « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 2, étude 2.

RICHER (L.), « Un nouvel équilibre », CP-ACCP mars 2004, n° 31, p. 10.

SENATORE (A.), « Le nouveau Code des marchés publics au regard du droit communautaire », JCP G 28 avr. 2004, n° 18, p. 761.

TESSIER (A.), « Code des marchés 2006 : la transposition est-elle achevée », Dr. adm. nov. 2006, n° 19, p. 10.

TESSIER (A.), « L'adoption des directives communautaires sur les marchés publics », BJCP mai-juin 2004, n° 34, p. 193.

TESSIER (A.), « Les nouvelles directives communautaires sur les procédures de passation des marchés publics : quelles innovations ? », Dr. adm. juill. 2004, n° 7, p. 7.

ZIMMER (W.), « La directive 2004/18/CE du Parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services : premières réflexions. », Contrats-Marchés publ. juin 2004, n° 6, p. 5.

Partie 1

Le champ d'application du droit des marchés publics

Titre 1 La notion de marché public

Chapitre 1 Éléments définitionnels de la notion de marché public

Chapitre 2 Le champ d'application du droit des marchés publics

Titre 2 Les relations entre la notion de marché public et des notions voisines

Chapitre 1 Marché public et conventions de délégation de service public

Chapitre 2 Relations entre marché public et contrat administratif

Chapitre 3 Marché public, contrat de partenariat et concession

16. *Ce champ d'application dépend de la définition que l'on retient du marché public. Or cette définition, qui depuis 1964 a connu une importante évolution, a façonné la notion de marché public. Mais cette notion est aussi déterminée par les relations qu'elle noue avec des notions du droit administratif qui lui sont proches.*

Il faudra donc analyser la notion de marché public (Titre 1) et les relations que cette dernière noue avec des notions voisines (Titre 2).

Titre 1

La notion de marché public

17. *La définition traditionnelle de ce contrat, modelée par la jurisprudence et la doctrine à partir du texte du code de 1964, a été transformée par le code du 7 mars 2001 ; la définition retenue par ce dernier étant reprise in extenso par le code du 7 janvier 2004 et assez peu modifiée par le code du 1er août 2006. L'ordonnance du 23 juillet 2015 adopte, quant à la définition retenue, une certaine continuité. Ces définitions tentent de dégager des éléments définitionnels précis permettant de délimiter le champ d'application du droit des marchés publics.*

Chapitre

1

Éléments définitionnels de la notion de marché public

Plan du chapitre

Section 1 **L'acception traditionnelle du marché public en droit interne français**

§1. La « définition » de l'article 1er du Code des marchés publics de 1964

§2. La définition résultant de la jurisprudence et de la doctrine

§3. L'ancienne acception du marché public : une notion uniforme

Section 2 **L'acception rénovée de la notion de marché public**

§1. Des définitions textuelles revues

§2. Les modifications formelles apportées par le code de 2006 et par l'ordonnance du 23 juillet 2015

RÉSUMÉ

Sous l'empire du code du 17 avril 1964, la notion de marché public faisait l'objet d'une définition si laconique, contenue dans son article 1er, qu'elle avait dû être complétée par la jurisprudence et par la doctrine. Au total, l'ancienne acception du marché public le faisait apparaître comme une notion uniforme. Mais sous l'impulsion de l'élaboration d'un droit communautaire des marchés publics se manifestant par l'adoption successive de directives marchés publics retenant un champ d'application large, le pouvoir réglementaire français a revu et étendu la notion de marché public.

Section 1 L'acception traditionnelle du marché public en droit interne français

18. Elle repose sur la « *définition* » contenue dans l'article premier du Code des marchés publics de 1964. Mais celle-ci trop imprécise avait dû être complétée et éclairée par la jurisprudence et la doctrine. Au total, l'acception traditionnelle de marché public apparaissait comme une notion uniforme.

§1. La « définition » de l'article 1er du Code des marchés publics de 1964

19. Cet article dispose que les marchés publics « *sont des contrats passés, dans les conditions prévues au présent Code par les collectivités publiques, en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services* ».

Cette définition est peu éclairante, car elle lie la signification de la notion aux règles qui lui sont applicables. Autrement dit, au regard de cet article, sont des marchés publics les contrats passés selon les règles du Code des marchés publics. Nous sommes proches du truisme.

L'intérêt de cet article est qu'il mentionne le critère organique du marché public – seules les collectivités publiques passent des marchés publics – et l'aspect matériel de cette notion : les marchés publics ont pour objet la réalisation de travaux, fournitures et services. Mais même sur ces points, l'article 1er du Code des marchés publics restait fort imprécis. Ainsi, la terminologie de collectivité publique n'a pas une signification très précise en droit au contraire de celle de personne publique ou de collectivité territoriale ou d'établissement public. En conséquence, pour savoir quelles sont les collectivités publiques concernées par le Code des marchés publics de 1964, il faut chercher plus loin dans ce dernier pour en avoir la liste exhaustive. En vertu de son livre II, l'État et ses établissements publics administratifs sont habilités à passer des marchés publics alors que, selon son livre III, les collectivités locales et leurs établissements publics le sont également. Sont donc concernés par ce code, les marchés conclus par l'État et par ses établissements publics administratifs et ceux passés par les régions, départements et communes et leurs établissements publics, qu'ils s'agissent d'établissements publics administratifs ou d'établissements publics à caractère industriel ou commercial.

20. Quant à l'objet du marché, il était décrit de manière bien laconique puisque l'article 1er du code de 1964 se contentait d'indiquer qu'il consiste dans la réalisation de travaux, fournitures et services. C'est pourquoi la jurisprudence et la doctrine étaient d'un grand secours pour analyser la notion de marché public.

§2. La définition résultant de la jurisprudence et de la doctrine

21. En vertu de celles-ci, il était possible de définir le marché public comme un contrat passé par une personne publique – à l'exclusion des établissements publics à caractère industriel ou commercial nationaux – afin d'obtenir une prestation de travail immobilier, de services ou la fourniture de biens meubles moyennant un prix payé par la personne publique.

À la lecture de cette définition, on perçoit les trois éléments essentiels de la notion de marché public : l'élément organique, déjà évoqué, l'élément matériel et le mode de rémunération.

A. L'élément matériel

22. Les marchés publics portent sur l'accomplissement de travaux immobiliers, la livraison de fournitures, l'exécution de prestations de services. Tel est l'objet de l'obligation de ce contrat.

I – L'accomplissement de travaux immobiliers

23. Objet du marché – Le marché public de travaux a pour objet de confier à un entrepreneur attributaire l'exécution d'un travail immobilier effectué pour le compte d'une personne publique (le maître d'ouvrage).

24. Distinction marché public de travaux/marché de travaux publics – Les travaux immobiliers en cause ne sont pas toujours des travaux publics, dès lors les notions de marché public de travaux et de marché de travaux publics ne sont pas synonymes. Il convient à cet égard de rappeler, qu'en vertu de la jurisprudence[1], sont des travaux publics, les travaux immobiliers réalisés dans un but d'utilité générale et exécutés pour son propre compte par une personne publique ou, par une personne privée pour le compte d'une personne publique ou, enfin, par une personne publique pour le compte d'une personne privée, si la personne publique agit dans le cadre d'une mission de service public. Certes, il faut néanmoins reconnaître que la grande majorité des travaux immobiliers objet d'un marché public de travaux sont des travaux publics, les contrats étant alors à la fois des marchés publics de travaux et des marchés de travaux publics.

Pour autant, il n'y a pas coïncidence absolue entre marché public de travaux et marché de travaux publics. Pour preuve, certains marchés de travaux publics ne sont pas des marchés publics de travaux. Deux hypothèses sont à signaler ici. Tel est le cas, tout d'abord, lorsque le marché est passé par une personne publique non soumise au Code des marchés publics (ex. des marchés de travaux publics très importants passés par les établissements publics à caractère industriel et commercial de l'État tels que la SNCF, la RATP, le CNES...). Tel

1. Essentiellement, CE, 10 juin 1921, Commune de Montségur : Lebon, p. 513 ; S. 1921, 3, p. 49, concl. Corneille, note Hauriou – T. confl., 28 mars 1955, Effimief : Lebon, p. 617 ; JCP 1955, II, 8786, note Blaevoet.

est le cas, ensuite, de marché de travaux publics ayant pour objet des travaux publics exécutés par une personne publique pour le compte d'une personne privée (hypothèse *Effimief*) ; or, dans les marchés publics, le bénéficiaire de la prestation est nécessairement la personne publique.

D'autre part, les marchés publics de travaux ne sont pas toujours des marchés de travaux publics. Ainsi, les travaux exécutés peuvent-ils ne pas être des travaux publics, car ne pas être réalisés dans un but d'intérêt général. Par exemple, les travaux exécutés sur une route forestière réservée à l'exploitation d'une forêt[2]. Un autre exemple nous est fourni par des travaux de construction d'un circuit automobile réservée aux courses organisées par une association automobile[3].

Cette distinction n'a pas qu'un intérêt théorique, elle est porteuse de conséquences pratiques importantes. En effet, à la qualité de marché de travaux publics est attachée la compétence exclusive des juridictions administratives – puisqu'ils sont nécessairement des contrats administratifs en vertu de la loi du 28 pluviôse an VIII – et l'application du régime des travaux publics tandis que la qualité de marché public de travaux emporte l'application du régime des marchés publics et ne préjugeait pas, jusqu'à une époque récente, de la juridiction compétente (voir *infra*, n^os^ 135-140).

25. Par ailleurs, concernant le caractère immobilier des travaux, il faut souligner que le droit administratif fait application de la théorie civiliste des immeubles par destination[4].

26. La notion de marché public de travaux implique une maîtrise d'ouvrage publique – Précisons que les travaux immobiliers doivent être effectués pour le compte de la personne publique ce qui implique que cette dernière soit maître d'ouvrage et qu'elle devienne propriétaire de l'immeuble construit.

II – La livraison de fournitures

27. Le marché de fournitures porte sur l'acquisition par la personne publique de biens mobiliers qui lui sont fournis par une personne privée. Deux éléments sont déterminants : le caractère mobilier des biens et « *l'action de fournir* »[5] qui implique un transfert de propriété au profit de la personne publique. En conséquence, cette acception de la notion de marché public de fournitures excluait les procédés contractuels du bail, du crédit-bail ou de la location-vente.

28. Diversité des biens meubles objet du marché de fourniture – Ces biens meubles sont très divers et peuvent être de toute nature : il peut s'agir de véhicules, de machines, d'outils, de marchandises, de denrées et de produits divers.

---

2. T. confl., 25 juin 1973, Office national des forêts c/ Beraud : AJDA 1974, II, 30, note F. Moderne – CE, 23 mai 1984, Département de l'Orne : Dr. adm. 1984, n° 338.
3. CE, 16 févr. 1977, Automobile Club Normand : Lebon 1977, p. 990.
4. CE, 10 févr. 1978, Société Muller : Lebon 1978, p. 65 ; RDP 1979, p. 543, note M. Waline.
5. Selon les termes de E. Desgrange, « Définition du marché de fournitures », RDP 1942, p. 104.

Cela dit, il existe deux grands types de fournitures prévus par les cahiers des charges et qui constituent l'objet de l'obligation : les fournitures courantes et celles donnant lieu à un marché public industriel.

Les marchés de fournitures courantes sont, dans la catégorie des marchés de fournitures, les plus nombreux et les plus fréquents. Ils sont très variés, mais ont une caractéristique commune : ils portent sur des biens meubles ordinaires, communs que toute personne peut trouver dans le commerce. Ce sont des objets standards, sans spécificité technologique, sans particularité technique qui s'expliquerait par un besoin, une utilisation propre à la personne publique. Ils ont été conçus par leur fabricant pour répondre à la demande de quiconque, qu'il s'agisse d'un particulier, d'une entreprise ou d'une administration. Ces biens n'ont pas donné lieu à des spécifications faites par la personne publique acheteuse.

En revanche, il arrive que pour exécuter une tâche particulière entrant dans sa mission, la personne publique ait besoin de matériels et de biens très spécifiques. Dans cette hypothèse, elle passera un marché public industriel. Ces marchés entrent dans la catégorie des marchés publics de fournitures, mais se distinguent de ceux relatifs à des fournitures courantes par le caractère très complexe, scientifique des biens sur lesquels ils portent. Messieurs Vedel et Delvolvé[6] les définissent comme « *des marchés de fournitures portant sur la réalisation de matériels scientifiques, des fabrications ou des transformations impliquant un montage industriel important* ». Autrement dit, ils sont relatifs à la fourniture de biens nécessitant une haute technologie qui est le fruit de recherches scientifiques importantes. Leur livraison est essentielle à la personne publique pour qu'elle puisse assumer une mission bien particulière. Le produit sera fabriqué tout spécialement pour l'acheteur public en utilisant des procédés propres. Sa réalisation sera effectuée en tenant compte des descriptions et des impératifs exprimés par l'acheteur public qui surveillera leur respect sur le lieu de production.

III – L'exécution d'une prestation de service

29. Le marché de service porte sur la réalisation d'une prestation de service par une personne privée au profit de la personne publique.

Cette prestation ne consiste pas à construire, à fabriquer une chose ayant un corpus. Le cocontractant de la personne publique va donc effectuer un travail, une activité dont le résultat « *rendra service* » à la personne publique dans l'accomplissement de sa mission.

Les prestations recherchées sont assez diverses. Néanmoins, elles peuvent être regroupées en trois catégories qui correspondent à la typologie prévue par les cahiers des charges. Il s'agit des prestations de services courants, des prestations

6. *Droit administratif*, t. 1, PUF, Thémis, p. 396.

de transport et des prestations intellectuelles. Par ailleurs, certaines prestations de service sont exclues du droit français des marchés publics.

a) Les prestations de services courants

30. Ce sont des services dont a besoin la personne publique, ne nécessitant pas de la part du prestataire un savoir-faire, une connaissance technique très poussée, ou, plus précisément, qui ne réclament pas une maîtrise scientifique, une spécialisation, la jouissance d'un personnel hautement qualifié.

Ces services sont divers. Ils peuvent porter par exemple sur le nettoyage des locaux, le gardiennage, la surveillance et protection d'immeubles, le ramassage de déchets ménagers.

b) Les prestations de transport

31. Il s'agit, ici, pour une personne publique de charger une entreprise privée de réaliser des opérations de transport, qu'il s'agisse du transport de personnes ou de marchandises ; cette opération de transport peut s'effectuer par voie terrestre, maritime ou aérienne. Il faut observer que celle-ci peut être unique ou s'échelonner dans le temps.

32. De cette façon décrite, l'objet du marché de transport se distingue de celui de la concession de service public de transports. Le premier, contrairement au second, ne charge pas l'entrepreneur de faire fonctionner, d'exploiter un service public de transport. Il doit seulement fournir une ou des prestations de transport, il est un simple collaborateur de la personne publique qui est la seule à avoir la charge de faire fonctionner le service public. Toutefois, cet élément de distinction, clair en théorie, peut être difficile à appliquer lorsque le contrat porte sur des transports multiples. Dans cette hypothèse, la durée du contrat pourrait être un critère précieux. Si elle est longue, on peut penser que le contrat est une concession de service public de transport, le transporteur assumant le service public pour une durée relativement longue, une durée courte faisant présumer, au contraire, que le cocontractant n'est qu'un collaborateur de la puissance publique. Mais la loi du 8 février 1995 modifiant la loi *Sapin*, provoque un raccourcissement des durées des délégations de service public ce qui renforce la difficulté de distinguer, au regard de l'objet, certains marchés publics de transport des délégations de service public de transport. Dès lors, le critère distinctif le plus efficient ne porte pas sur l'objet du contrat, mais sur le mode de rémunération qu'il prévoit (voir *infra*, n^os^ 125-132).

c) Les prestations intellectuelles

33. Cette troisième catégorie est hétérogène. Néanmoins, les marchés de prestations intellectuelles peuvent être définis comme des contrats par lesquels une personne publique recourt aux services d'une entreprise privée très spécialisée dont la prestation lui permettra d'agir, de prendre des décisions, de faire des choix de façon plus éclairée et plus sûre, en contrepartie du paiement d'un prix. Cette prestation a pour finalité de bonifier l'action de la personne publique, de la rendre plus utile et plus efficace. Ces marchés supposent de la

part du cocontractant de l'administration un très haut niveau de compétences dans le domaine considéré. Celui-ci est d'ordre scientifique, mais aussi technique.

34. Les marchés d'étude et les marchés de définition – Parmi les marchés de prestations intellectuelles, on peut signaler les marchés d'études et les marchés de définition. Le marché d'études est un contrat mettant à la charge d'une personne privée l'élaboration d'un rapport sur une réalisation ou une commande envisagée par la personne publique. Le marché de définition, lui, le précède, en est le préalable. L'article 108 du Code des marchés publics de 1964 en donne la définition suivante : « *ces marchés d'études sont dits de définition lorsqu'ils ont pour objet d'explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché d'études ultérieur ; ces marchés doivent permettre de préciser les buts et performances à atteindre, les techniques de base à utiliser, les moyens en personnel et en matériel à mettre en œuvre…* ».

d) L'exclusion de certaines prestations de services

35. Longtemps en a-t-il été ainsi des prestations d'assurances qui, selon le Conseil d'État, ne pouvaient donner lieu à des marchés publics au motif « *que le Code des assurances soumet les contrats d'assurance en raison de leur nature à un régime propre* »[7]. D'ailleurs, le commissaire du Gouvernement Dandelot, dans ses conclusions sur cette affaire, avait soutenu l'incompatibilité entre le Code des assurances et le Code des marchés publics. Mais, sous l'influence du droit communautaire, le décret du 27 février 1998 a soumis les services d'assurances au Code des marchés publics en faisant un nouveau cas de recours à la procédure du marché négocié.

36. De même, la jurisprudence administrative[8] a exclu du champ d'application du Code des marchés publics les contrats de services juridiques au motif que le premier serait incompatible avec les règles d'indépendance et de confidentialité propres à la représentation en justice.

B. Le mode de rémunération

37. Le prix : mode de rémunération exclusif de l'attributaire du marché – Le marché public donne lieu à un mode de rémunération unique : le paiement d'un prix par la personne publique. Cette dernière verse le prix de la prestation ou du bien qui lui est fourni, ceux-ci lui étant immédiatement et définitivement acquis. Le paiement du prix est le seul mode de rémunération possible dans le cadre d'un marché public authentique et traditionnel. En conséquence, un contrat prévoyant une rémunération par les usagers ne peut être un marché public[9].

---

7. CE, 12 oct. 1984, Chambre syndicale des agents d'assurances des hautes Pyrénées : RFDA 1985, p. 13, concl. Dandelot.
8. CE, ass., 9 avr. 1999, Toubol-Fisher : Gaz cnes 24 mai 1999, p. 52, concl. Savoie.
9. CE, 10 avr. 1970, Beau et Lagarde : Lebon 1970, p. 243 – CE, 6 mai 1991, Syndicat intercommunal du Bocage : AJDA 1991, p. 717, note Subra de Bieusses.

38. Une partie de la doctrine a prétendu en s'appuyant sur un avis du Conseil d'État[10] qui sera confirmé au contentieux, par la cour administrative d'appel de Paris, quelques années plus tard[11] et sur de rares arrêts[12] que le prix n'était plus un critère du marché public. En vérité, cet avis et ces rares arrêts sont des avis et arrêts d'espèce qui ne remettent pas en cause la jurisprudence claire et abondante qui fait du prix un critère essentiel du marché public permettant de le distinguer d'autres contrats, et notamment, de la concession de service public. Tout au plus, ces avis élargissent la notion de paiement par un prix.

Ces éléments définitionnels de l'ancienne acception du marché public permettent de considérer que la notion française de marché public était uniforme.

§3. L'ancienne acception du marché public : une notion uniforme

39. Cette uniformité ressort du caractère homogène de l'objet de l'obligation et du caractère limité de l'objet du contrat.

A. Le caractère homogène de l'objet de l'obligation

40. L'objet de l'obligation est relativement divers, mais, par-delà cette relative diversité, on peut déceler une réelle homogénéité de cet objet. Son observation fait apparaître très souvent un point commun à ces marchés : la prestation recherchée par la personne publique se rattache, d'une manière ou d'une autre, à la constitution et à la gestion de son patrimoine. Le marché vise à faire entrer un bien, qu'il soit mobilier ou immobilier, dans le patrimoine d'une personne publique, non dans le cadre d'un objectif purement financier, mais afin de lui permettre de mieux assurer sa mission. Le marché concernera ainsi la livraison de marchandises ou d'autres biens mobiliers. C'est ainsi, également, qu'il portera sur la construction d'une route départementale dans le cadre d'opérations de travaux publics. Dans ces cas, les biens construits et/ou livrés deviennent la propriété de la personne publique adjudicatrice, ils entrent dans son domaine public ou privé. L'objet de l'obligation est la construction et/ou la livraison opérant transfert de propriété au profit de la personne publique d'un bien meuble ou immeuble. Certes, il arrive que l'objet de l'obligation ne réside pas dans une création, une livraison, c'est-à-dire ne vise pas à faire entrer dans le patrimoine de la personne publique des biens, mais simplement à les entretenir, à les consolider. Mais là encore, le lien avec le patrimoine de la personne publique est réel. Il s'agit d'assurer la conservation du ou des biens en faisant partie, de façon à rendre possible la continuation de leur utilisation par la

10. Avis sur les contrats de mobiliers urbains, cf. CE, avis, 14 oct. 1980 : AJDA 1983, p. 193, note J.-M. Auby.
11. CAA Paris, 26 mars 2002, Société J.-C. Decaux : AJDA 2002, p. 519.
12. CAA de Paris, 11 oct. 1994, SARL Editor Tennog : AJDA 1994, p. 901, concl. J.-P. Paitre : rémunération du partenaire contractuel de la collectivité par la publicité dans le bulletin municipal.

personne publique ou par le public. En droit civil, on qualifierait ces actes, d'actes d'administration. Ils visent à permettre la conservation et l'amélioration d'un bien faisant déjà partie du domaine de la personne publique.

41. Si la prestation recherchée par la personne publique est un service, le lien avec le patrimoine de celle-ci demeure très fréquent. Il en est ainsi des marchés de services qui portent sur la réparation ou l'entretien de biens meubles, sur la protection et la surveillance d'un ouvrage public. En effet, dans ces cas, le marché de services recherche la conservation d'un bien appartenant à l'administration. Plus rarement, il arrive que les marchés de services n'aient pas de lien avec le patrimoine de l'acheteur public. C'est le cas des marchés de transport. Ici, la finalité du marché de services est de charger le cocontractant de la personne publique d'une prestation de service qui va lui être utile dans la réalisation de sa mission. Plus précisément, cet objet consiste, pour la personne publique adjudicatrice, à faire collaborer de façon occasionnelle ou ponctuelle une personne privée à une mission de service public moyennant le paiement d'un prix, juste contrepartie de la prestation de service accomplie par celle-ci.

De sorte que, bien qu'assez divers, l'objet de l'obligation s'avère homogène. Il concerne, soit, dans la majorité des cas, la constitution et la gestion du patrimoine de la personne publique, soit, plus rarement, la collaboration ponctuelle du cocontractant à une mission de service public.

B. Le caractère limité de l'objet du contrat

42. L'objet du contrat découle de l'objet de l'obligation : il est donc logique que le premier soit limité. L'objet du contrat consiste souvent dans la vente d'un bien meuble. En effet, les marchés de fournitures opéraient nécessairement le transfert immédiat du droit de propriété sur la chose livrée à la personne publique au profit de celle-ci. Par ces marchés, la personne publique réalisait toujours un acte d'achat.

43. L'objet du marché consiste également dans un contrat d'entreprise ou de louage d'ouvrage. Dans les marchés publics de services, comme dans ceux de travaux, la personne publique recherche, de la part de son cocontractant, la réalisation d'un travail consistant à édifier, entretenir un immeuble ou un meuble. Ainsi, l'objet du contrat porte-t-il bien sur la réalisation d'un travail ou d'un ouvrage de manière indépendante, au profit de la personne publique, en l'échange du paiement, par cette dernière, d'un prix.

Section 2 L'acception rénovée de la notion de marché public

44. Mise à mal par le droit communautaire et déstabilisée par les évolutions jurisprudentielles relatives au droit des contrats publics, la définition du marché public ne pouvait échapper à un « *toilettage* » à l'occasion de la réforme du Code des marchés publics décidée par le Gouvernement en 2001 et souhaitée par l'ensemble des intervenants dans ces contrats. Cette nouvelle

définition a été clairement influencée par les données du droit communautaire. Elle est reprise mot pour mot par le code de 2004 et peu modifiée par le code de 2006 et par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et élargit fortement la notion.

§1. Des définitions textuelles revues

45. Si le code de 2004 reprend mot pour mot la définition du marché public retenue par le code de 2001, celui de 2006 adopte des modifications rédactionnelle et formelle conservées, pour l'essentiel, par l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

A. Le texte de l'article premier des Codes de 2001 et de 2004

46. Cet article est ainsi rédigé :

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

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

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

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

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

47. L'article 2, I précise que les dispositions du code s'appliquent « *aux marchés conclus par l'État, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, des collectivités territoriales et leurs établissements publics* », mais aussi aux marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une des personnes publiques précitées.

B. La définition textuelle du code de 2006 et de l'ordonnance du 23 juillet 2015

48. Définitions de l'article 1er du code de 2006 – L'article 1er définit ainsi les marchés publics :

« *I.* (...) *Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, fournitures ou de services.* (...)

III. Les marchés publics de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage. (...)

Les marchés publics de fournitures sont les marchés conclus avec des fournisseurs qui ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou matériels.

Les marchés publics de services sont les marchés conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de services.

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 fournitures achetées.

Lorsqu'un marché public porte à la fois sur des services et des travaux, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.

Un marché public ayant pour objet l'acquisition de fournitures et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation de celles-ci, est considéré comme un marché de fournitures. »

49. L'article 2 précise que les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions du code sont « *1° l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ; 2° Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux* ». Il n'est donc plus fait mention expressément des marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une des personnes publiques précitées, même si ce mutisme ne change rien comme on le verra ultérieurement (voir *infra*, n° 55).

50. Marchés des entités adjudicatrices – Cette définition vaut aussi, comme l'indique l'article 134, III du Code, pour les marchés passés par des entités adjudicatrices qui sont soumis aux dispositions de la deuxième partie du Code. Les entités adjudicatrices sont, comme le précise l'article 134, I du Code, « *les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 lorsqu'ils exercent une des activités d'opérateurs de réseaux énumérés à l'article 135.* »

51. Définitions des articles 4 et 5 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics – Ils retiennent des définitions proches des précédentes :

Selon l'article 4, les marchés publics « *sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ».

L'article 5 pour sa part dispose :

« *I. – Les marchés publics de travaux ont pour objet :*

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

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

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

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

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

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

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

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

Conformément à l'article 9, « *Les acheteurs publics ou privés soumis à la présente ordonnance sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices définis respectivement aux articles 10 et 11* ».

Les pouvoirs adjudicateurs sont, en vertu de l'article 10 de l'ordonnance :

« *1° Les personnes morales de droit public ;*

2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;

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

c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;

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

Les entités adjudicatrices sont, en vertu de l'article 11 de l'ordonnance :

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

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

Est une entreprise publique au sens de la présente ordonnance tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

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

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

52. Ces définitions font apparaître quelques éléments sur lesquels il n'est pas nécessaire d'insister. Tout d'abord, le marché public est un contrat, autrement dit, il repose sur l'accord de volonté de deux personnes pourvues de la personnalité juridique. Dès lors, il se différencie d'autres actes administratifs par lesquels les personnes publiques obtiennent des prestations de services ou de travaux, mais de façon non contractuelle. Il en est ainsi notamment quand la puissance publique utilise le pouvoir de réquisition qui lui est reconnu notamment par les dispositions législatives relatives aux réquisitions militaires codifiées aux articles L. 2221-1 et suivants du Code de la défense et aux réquisitions pour les besoins généraux de la Nation codifiées aux articles L. 2211-1 et suivants et L. 2232-1 et suivants de ce code, par les dispositions de l'article L. 2215-1 du CGCT qui accorde un tel pouvoir au préfet en cas d'urgence, lorsque l'atteinte constatée ou prévisible au bon ordre, à la salubrité, à la tranquillité et à la sécurité publiques l'exige, par les dispositions des articles L. 641-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation résultant de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions.

En sus, le marché public est un contrat synallagmatique, puisque chacune des parties met à sa charge une obligation, et conclu à titre onéreux ce qui signifie – et c'est bien vague en la matière (voir *infra*, n° 127) – que chacune des parties recevra un avantage. Sont donc exclues du champ d'application du Code, les prestations que les personnes publiques obtiennent à titre gratuit, c'est-à-dire sans contrepartie.

Ensuite, le marché public est destiné à répondre aux besoins en matière de travaux, fournitures ou services du pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice qui le passe. L'objet de la prestation doit donc être précisément déterminé afin de satisfaire exclusivement à un besoin de ce pouvoir ou de cette entité. Cela différencie le marché public de la subvention qui se définit comme une contribution financière apportée par une personne publique à une opération lui apparaissant comme d'intérêt général, mais dont un tiers est à l'origine et qui répond aux besoins qu'il a dégagés. La subvention n'apporte donc pas de contrepartie directe à la personne publique qui la verse. À l'inverse, comme le souligne le Conseil d'État, quand la contribution financière versée par une personne publique apparaît comme la contrepartie d'un service rendu pour son compte, elle ne s'analyse pas comme une subvention, mais comme la

rémunération d'une prestation exécutée dans le cadre d'un marché public[13]. Dans cette affaire, la région de la Réunion, dans le cadre de la mise en œuvre du plan régional de formation professionnelle des jeunes, avait chargé une société privée de réaliser des prestations de formation. À cet effet, des conventions entre la région et la société privée avaient été signées et prévoyaient des aides financières versées par la région qui « *prenaient en compte l'intégralité des frais exposés par la société pour organiser ces formations ainsi que la rémunération des stagiaires* ». Le Conseil d'État confirme l'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Bordeaux qui relève « *que la contribution financière versée par la région en application des conventions était la contrepartie du service rendu par la société pour l'exécution de ces contrats* » et en déduit que « *les sommes en cause, quelle que soit la dénomination qui leur avait été donnée, devaient être regardées non comme une subvention, mais comme la rémunération d'une prestation effectuée pour le compte de la région relevant des règles fixées dans le Code des marchés publics* ». Désormais, l'article 7, 2° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précise que les subventions au sens de l'article 9-1 de la loi du 12 avril 2000 ne sont pas des marchés publics. Cette loi définit ces subventions comme des « *contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire* ». Elle précise que ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent.

Par ailleurs, la définition du code de 2006 et celle de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics modifient au plan formel la définition retenue en 2001 et 2004.

§2. Les modifications formelles apportées par le code de 2006 et par l'ordonnance du 23 juillet 2015

A. Les emprunts terminologiques au droit communautaire des marchés publics

53. Outre une modification rédactionnelle qui au fond ne change rien, il faut noter l'apparition dans le Code français de terminologies issues du droit communautaire, conservées dans l'ordonnance du 23 juillet 2015, que sont les termes de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice et d'opérateur

13. CE, 26 mars 2008, Région de la Réunion : AJDA 2008, p. 1153, note J.-D. Dreyfus ; Contrats-Marchés publ. mai 2008, n° 90, note G. Eckert. Pour une application de cette jurisprudence, cf. TA Limoges, 6 mai 2010, Association pour la formation dans le Massif central (AFORMAC) : AJDA 2010, p. 1323, note J.-D. Dreyfus ; Contrats-Marchés publ. août-sept. 2010, n° 277, obs. F. Llorens.

économique. Si ce dernier fait l'objet d'une analyse plus importante (voir *infra*, n[os] 56-61), les deux derniers ne soulèvent que peu de difficultés tant ils sont clairement établis en droit communautaire et leur emploi ne traduit que la volonté des rédacteurs du code et de l'ordonnance du 23 juillet 2015 de coller au plus près des directives communautaires, y compris en reprenant à leur compte le vocabulaire que celles-ci ont créé. La notion de pouvoir adjudicateur est utilisée dès les premières directives relatives aux marchés publics (par exemple la directive 71/305/CEE du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux), est reprise par la directive 2004/18 du 31 mars 2004 et conservée par la directive 2014/24 du 26 février 2014 et est la dénomination qui désigne les personnes juridiques soumises aux règles qu'elles contiennent. Dès lors, les pouvoirs adjudicateurs au sens du Code des marchés publics, sont les personnes juridiques assujetties à ce code, et plus précisément à la première partie de ce code. La notion d'entité adjudicatrice pour sa part, est utilisée lors de la première directive « *secteurs exclus* » (directive 90/531/CEE du 17 septembre 1990 relative à la passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications) et désigne les pouvoirs publics ou des entreprises publiques qui exercent une des activités visées par la directive ou d'autres personnes juridiques qui exercent une des activités visées par la directive et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un État membre. Dans la version de 2004 de la directive « *secteurs exclus* » (directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux), la notion d'entité adjudicatrice désigne les pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques qui exercent une des activités visées par la directive ou d'autres personnes juridiques qui exercent une des activités visées par la directive et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un État membre. La directive 2014/25 du 26 février 2014 conserve cette dénomination et cette signification. Comme cela a été indiqué plus haut, le code pour ce qui le concerne, précise en son article 134, I que les entités adjudicatrices sont les pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils exercent une des activités d'opérateurs de réseaux mentionnées dans le code. La personne concernée, quand elle passe le marché, doit ainsi exercer véritablement l'une de ces activités ; il n'est pas suffisant que celui-ci ait un lien avec l'un des secteurs d'activité visés par cette disposition. Dès lors, dans le secteur des transports, l'activité en cause doit être constitutive, comme l'affirme le Conseil d'État, d'une activité d'exploitation de réseau ou d'une activité de mise à disposition du réseau au sens de l'article 135 du Code[14] qui délimite les activités d'opérateurs de réseaux assujetties à la deuxième partie du Code des marchés publics. Tel n'est pas le cas, comme le considère le Conseil d'État dans cette affaire, d'un contrat confiant

14. En ce sens : CE, 14 déc. 2009, Département du Cher : AJDA 2010, p. 686, note J.-M. Glatt.

l'exécution à un tiers du service de transport scolaire. Tel n'est pas non plus le cas, comme le juge également le Conseil d'État dans une autre affaire d'un contrat confiant à un tiers la gestion d'un réseau de transport de personnes à mobilité réduite au motif qu'il ne constitue pas un contrat de mise à disposition de réseau passé par une entité adjudicatrice[15].

L'ordonnance du 23 juillet 2015 reprend, pour l'essentiel, les solutions du code de 2006. Tout d'abord, la définition du marché public contenue à l'article 4 retient la dénomination d'acheteur, tandis que l'article 9 précise que « *Les acheteurs publics ou privés soumis à la présente ordonnance sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices définis respectivement aux articles 10 et 11* ». Par conséquent, les pouvoirs adjudicateurs sont les personnes juridiques soumises à l'ordonnance, tandis que les entités adjudicatrices sont les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux et les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux. En revanche, l'ordonnance du 23 juillet 2015 ne traite plus en deux parties séparées, les dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs et celles relatives aux entités adjudicatrices.

54. Par ailleurs, il arrive qu'une personne juridique soumise au droit des marchés publics agisse à la fois en tant que pouvoir adjudicateur et en tant qu'entité adjudicatrice et que cette action se traduise par la passation de marchés publics. Dans ce cas, il faut déterminer si ce sont les règles consacrées aux marchés des pouvoirs adjudicateurs qui s'appliquent ou, au contraire, les règles relatives aux marchés des entités adjudicatrices. L'article 176 du code de 2006 traite le problème. Il indique tout d'abord que la personne publique peut choisir soit de passer un seul marché, soit de conclure deux marchés et, dans cette dernière hypothèse, celui correspondant à sa qualité de pouvoir adjudicateur sera assujetti à la première partie du Code des marchés publics et celui correspondant à sa qualité d'entité adjudicatrice sera soumis à la deuxième partie de ce code. Mais ce choix ne peut être effectué dans le but de soustraire ces marchés au champ d'application du présent code. Il prévoit ensuite que, si la personne publique choisit de passer un seul marché, ce qui déterminera la partie applicable c'est la nature principale du besoin à satisfaire par le marché : si le besoin à satisfaire est principalement lié à son activité de pouvoir adjudicateur, les règles applicables sont celles de la première partie ; si le besoin à satisfaire est principalement lié à son activité d'entité adjudicatrice, les règles applicables sont celles de la deuxième partie. En revanche, s'il est impossible d'établir à qui le marché est principalement destiné, du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, les règles applicables sont celles de la première partie du code qui est perçue comme la partie qui instaure la mise

15. CE, 23 nov. 2011, Société GIHP Lorraine Transports : Contrats-Marchés publ. 2012, n° 9, note W. Zimmer.

en concurrence la plus rigoureuse. Enfin, si un marché porte sur une activité entrant dans le champ de la deuxième partie et sur une activité qui n'entre ni dans le champ de la première partie, ni dans le champ de la deuxième partie, si le marché est principalement relatif à la première des activités ou s'il est impossible d'établir à laquelle de ces deux activités le marché est principalement destiné, les règles applicables sont celles de la deuxième partie du code. L'ordonnance du 23 juillet 2015 reprend l'essentiel de ces solutions aux articles 22 et suivants. L'acheteur peut décider, tout d'abord, de conclure deux marchés séparés, et dans ce cas, celui correspondant à sa qualité de pouvoir adjudicateur sera assujetti aux règles afférentes à celui-ci et celui correspondant à sa qualité d'entité adjudicatrice sera assujetti aux règles relatives à celle-ci. Lorsque l'acheteur décide de conclure un marché public unique en vertu de l'article 24, ce marché est soumis aux règles applicables aux entités adjudicatrices lorsque le besoin à satisfaire est principalement lié à l'activité d'entité adjudicatrice ; et au contraire, aux règles applicables aux pouvoirs adjudicateurs lorsque le besoin à satisfaire est principalement lié à l'activité de pouvoir adjudicateur ou s'il est impossible de déterminer à quelle activité ce marché public est principalement destiné. Enfin, en vertu de l'article 23, lorsque le contrat unique porte à la fois sur des prestations qui relèvent de l'ordonnance et des prestations qui n'en relèvent pas, l'ordonnance n'est pas applicable si les prestations ne relevant pas de celle-ci constituent l'objet principal du contrat et si les différentes parties du contrat sont objectivement inséparables. Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer l'objet principal du contrat, l'ordonnance s'applique. Plus importantes sont les autres modifications formelles apportées par le code de 2006.

B. L'absence de référence aux mandataires

55. L'article 2 du code de 2006 n'intègre plus expressément dans son champ d'application organique les mandataires des personnes publiques soumises au Code, contrairement à l'article 2 des Codes de 2001 et de 2004. Il en va de même des articles 4 et 10 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui ne prévoient pas expressément que les mandataires des pouvoirs et entités adjudicateurs sont également assujettis à cette ordonnance. Pour autant, faut-il considérer que ces mandataires ne sont plus astreints au respect du droit des marchés publics pour la passation des contrats de travaux, de fournitures et de services qu'ils concluent au nom et pour le compte des personnes juridiques soumises à ce droit ? Il faut affirmer que la réponse est négative pour trois raisons :

- le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant qu'il représente et est soumis au principe de la transparence juridique qui s'applique à tout mandat, à travers son mandataire c'est en réalité le mandant qui agit et donc qui contracte en conséquence de quoi, le premier est assujetti aux règles qui s'appliquent au second ;
- la loi modifiée du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses relations avec la maîtrise d'œuvre privée dite loi MOP, en son article 4, IV, dispose encore que « *les règles de passation et d'exécution des*

contrats signés par le mandataire sont celles applicables au maître de l'ouvrage (...) » ;

– le manuel d'application du code issu de la circulaire du 14 février 2012 relative au Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, qui bien que n'étant plus en vigueur reste une base d'analyse intéressante, est d'ailleurs clair sur la question, car il précise : « *lorsqu'une personne privée agit comme mandataire d'une personne publique soumise au Code des marchés publics, elle doit, pour les marchés passés en exécution de ce mandat, respecter les dispositions de ce code* ». Rappelons qu'en vertu de l'article 1984 du Code civil, « *le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ».

Dès lors, l'absence de référence aux mandataires dans les textes relatifs aux marchés publics ne change rien à la situation antérieure, ils sont assujettis à ces textes du fait que leur mandant l'est (voir *infra*, n^os^ 72-73).

C. Les opérateurs économiques publics ou privés

56. L'article 1^er^ du code de 2006 dispose que « *les marchés publics sont des contrats conclus* (...) *entre les pouvoirs adjudicateurs* (...) *et des opérateurs économiques publics ou privés...* » tandis que l'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 indique que « *les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques* ». Ainsi, pour qualifier le cocontractant du pouvoir ou de l'entité adjudicateur passant le marché, les termes d'opérateurs économiques publics ou privés remplacent ceux, bien connus en droit français, de personne publique ou privée qui étaient utilisés dans les codes de 2001 et de 2004.

La terminologie d'opérateur économique est peu usitée en droit français si bien qu'elle apparaît comme vague et floue, et ce même si elle ressemble en première analyse à la notion d'entreprise. Son utilisation dans le Code français et dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 et ses décrets d'application, s'explique uniquement par son emploi dans la définition communautaire du marché public résultant de la directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services[16].

La directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 pour définir le terme d'opérateur économique indique à son article premier, point 8 qu'il « *couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de services* ». Ces notions sont elles-mêmes définies à l'article premier, point 8 de cette directive comme désignant « *toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes et/ou organisme qui offre, respectivement, la réalisation de travaux et/ou d'ouvrage, des produits ou des services sur le marché* ». L'article 2, point 10 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 définit l'opérateur économique comme « *toute personne physique ou morale ou entité publique, ou tout groupement*

16. Dir. 2004/18/CE, 31 mars 2004, abrogée et remplacée par dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014.

de ces personnes et/ou entités, y compris toute association temporaire d'entreprises, qui offre la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché ».

57. En dépit de cette clarification relative, on peut légitimement se demander, même si la notion d'entreprise reçoit une acception fort large en droit communautaire, si certains organismes, en particulier ceux ayant la forme associative, qui agissent dans le domaine social et plus précisément dans le domaine de l'insertion sociale, notamment les associations intermédiaires, sont vraiment, au regard de leur objet et des conditions dans lesquelles elles réalisent leur activité, des opérateurs économiques intervenant sur un marché concurrentiel[17].

La réponse à cette question est fort importante, non seulement d'un point de vue théorique, mais aussi – et surtout – d'un point de vue pratique, car si elle est négative cela signifiera que les contrats de travaux et de prestations de services passés entre un pouvoir adjudicateur et une association d'insertion sociale ne seraient pas des marchés publics et donc n'entreraient pas dans le champ d'application du droit des marchés publics.

La réponse à cette question dépend du sens à donner à la notion d'opérateur économique. Or, ce sens est difficile à identifier du fait de l'absence de définition juridique claire et précise de l'opérateur économique tant en droit communautaire qu'en droit interne.

58. Éléments définitionnels issus du droit communautaire – Pour construire la réflexion, il faut partir des quelques éléments contenus dans les directives susévoquées.

Tout d'abord, elles retiennent une acception matérielle de l'opérateur économique et rejettent toute définition organique. En effet, elles sont indifférentes à la qualification juridique ou à la forme statutaire que peut recouvrer l'opérateur économique, à cet égard rappelons que des établissements publics et autres entités publiques et des associations ont été perçus comme des entreprises au sens communautaire par les juridictions communautaires[18]. De même, l'opérateur économique peut tout autant bénéficier d'un financement public que d'un financement privé.

Ensuite, l'opérateur économique doit exercer une activité économique c'est-à-dire, selon la jurisprudence communautaire relative à la notion d'entreprise, « *qui*

17. Pour une réponse négative à cette question, voir A. Ménéménis, « Code des marchés publics 2006 : quelques points forts », AJDA 2006, p. 1754.

18. Pour les premiers, voir CJCE, 24 oct. 2002, n° C-82/01, ADP c/ Commission : Lebon, p. I-9297 – CJCE, 23 déc. 2009, n° C-305/08, CONISMA c/ Région des Marches : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 60, obs. G. Eckert ; pour les secondes, voir TPI, 26 janv. 2005, n° T-193/02, Laurent Piau c/ Commission et FIFA – CJCE, 29 nov. 2007, n° C-119/06, Commission des Communautés européennes c/ République Italienne : Contrats-Marchés publ. févr. 2008, n° 29, où la CJCE a considéré qu'une confédération d'associations ne poursuivant pas un but lucratif et composée de bénévoles constitue une entreprise au sens des dispositions du traité relatives à la concurrence.

consiste à offrir des biens ou des services sur un marché donné »[19], autrement dit en la matière, à réaliser des travaux, des prestations de services et à mettre à disposition des fournitures. Il faut donc rechercher dans chaque cas d'espèce l'existence d'un véritable marché économique et l'intervention du partenaire contractuel sur ce marché en qualité d'offreur de biens, de prestations de travaux immobiliers ou de services[20].

59. Opérateur économique et entreprise – Concernant ces différents caractères de la notion d'opérateur économique, on constate qu'ils s'appliquent aussi à l'entreprise au sens communautaire. Il est vrai que ces deux notions sont proches, mais pour autant ne sont pas synonymes. Si, à l'évidence, toute entreprise est un opérateur économique, il nous semble que l'inverse n'est pas vrai et qu'un opérateur économique peut ne pas être une entreprise.

D'ailleurs, comme le souligne fort justement M. Karpenschif[21], si les termes d'opérateur économique et d'entreprise étaient synonymes, pourquoi les institutions communautaires auraient-elles utilisé le premier peu usité et flou, alors que le second est régulièrement employé en droit communautaire et a fait l'objet d'une clarification par la jurisprudence communautaire (voir décisions évoquées plus haut) ? En réalité, ce choix terminologique traduit la volonté des institutions communautaires de donner un champ d'application étendu au droit des marchés publics.

Dès lors, il nous semble que les notions d'opérateur économique et d'entreprise, bien que proches, peuvent différer. La première est plus large que la seconde. L'utilisation du terme d'opérateur économique répond à l'objectif des directives marchés publics – de 2004 comme de leurs devancières, mais aussi de leurs successeures – de toucher un maximum de contrats de travaux, fournitures et services passés par les pouvoirs adjudicateurs. L'exposé des motifs de la directive 2014/24/UE indique ainsi, en son point 14, « *qu'il convient de préciser que la notion d'opérateur économique devrait s'interpréter au sens large, de manière à inclure toute personne ou entité qui offre la réalisation de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché, quelle que soit la forme juridique sous laquelle elle a choisi d'opérer. Dès lors, les sociétés, les succursales, les filiales, les associations, les sociétés coopératives, les sociétés anonymes, les universités, qu'elles soient publiques ou privées, ainsi que d'autres formes d'entités que les*

19. CJCE, 16 juin 1987, n° C-118/85, Commission c/ Italie : Lebon, p. 2599 – CJCE, 18 juin 1998, n° C-35/96, Commission c/ Italie : Lebon, p. I-3851 – CJCE, 1er juill. 2008, n° C-49/07, MOTOE : Europe 2008, comm. 276, obs. L. Idot. Cette solution est également appliquée par le Conseil d'État à propos d'une convention d'objectifs et de moyens passée entre l'État et la Caisse nationale des allocations familiales (CNAF) où la haute juridiction relève que ladite convention ne charge pas la CNAF « d'exercer une activité économique emportant l'intervention sur un marché », CE, 28 mai 2010, Société Enfenconfiance : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 268, note G. Eckert.
20. En ce sens : CJCE, 26 mars 2009, n° C-113/07, SELEX Sistemi Integrati SpA c/ Commission et Eurocontrol : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 252, obs. G. Eckert.
21. « L'association, opérateur économique au sens du droit des marchés publics », CP-ACCP juill.-août 2007, n° 68, p. 40.

personnes physiques, devraient toutes relever de la notion d'opérateur économique, qu'il s'agisse ou non de "personnes morales" en toutes circonstances ». Autrement dit, « *réduire la notion d'opérateur économique reviendrait à priver d'effet utile les directives communautaires* » (M. Karpenschif, article précité).

Ainsi, l'opérateur économique n'est pas toujours une entreprise, il n'a pas forcément un but lucratif[22] ; il doit en revanche exercer une activité économique, c'est-à-dire offrir des biens ou des services sur un marché, et donc être en concurrence avec d'autres offreurs ou opérateurs[23], condition qui nous semble remplie par tout organisme qui a pour mission de répondre aux besoins en matière de travaux, fournitures ou de services.

60. Ce faisant, on retient une acception large de l'opérateur économique, puisque peut-être perçu comme tel, tout offreur de travaux, fournitures ou de services sur le marché. Cette dernière notion que l'on peut définir comme le « *lieu théorique où se rencontrent l'offre et la demande* »[24] est consubstantielle de la notion d'opérateur économique. En effet, l'opérateur économique étant un offreur de prestation de travaux de fourniture et de service sur le marché, sans offre sur le marché, il n'y a donc pas d'opérateur économique. Or, il nous semble que dès lors que la prestation offerte par l'association porte la concurrence à l'égard d'autres entités qui fournissent des prestations comparables, on peut considérer que l'association agit sur le marché et à ce titre est un opérateur économique.

Si l'on retient cette acception large, peu d'associations ne seront pas des opérateurs économiques. Dès lors, les collectivités publiques qui souhaitent confier à une association la réalisation d'une prestation de service ou de travaux sans avoir à respecter le Code des marchés publics doivent déterminer si cette association est ou non un opérateur économique. À cet égard, la jurisprudence a apporté quelques précisions sur la question en indiquant qu'elles peuvent ne pas passer un marché public quand, « *eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers* [ici l'association] *auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel* »[25]. C'est donc en se fondant sur la nature de l'activité assumée par l'association et sur ses conditions d'exercice par celle-ci que le pouvoir adjudicateur pourra déduire que ladite association n'est pas un opérateur économique au sens du code et des directives communautaires et écarter l'application de ceux-ci à la relation contractuelle qu'il entend nouer avec

22. En ce sens : CJCE, 29 nov. 2007, n° C-119/06, Commission des Communautés européennes c/ République Italienne, précité – CJUE, 19 déc. 2012, n° C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce : JurisData n° 2012-034242.
23. En ce sens : CJCE, 29 nov. 2007, n° C-119/06, Commission des Communautés européennes c/ République Italienne, précité. Dans cet arrêt, la CJCE relève que la confédération d'associations en cause peut exercer une activité économique en concurrence avec d'autres opérateurs.
24. Selon le *Petit Larousse*.
25. CE, 6 avr. 2007, Commune d'Aix-en-Provence : AJDA 2007, p. 1020, chron. F. Lénica et J. Boucher.

cette association. Ainsi dans cet arrêt, la fixation par les collectivités publiques ayant créé l'association en cause, de son objet statutaire et le contrôle très important de cette dernière, en particulier organique, réalisé par celles-ci, empêche ladite association d'être regardée comme un opérateur économique. L'opérateur pour être considéré comme tel doit être suffisamment indépendant ou autonome dans la réalisation et la gestion de son activité. À défaut, l'organisme ne sera pas un opérateur et le contrat sera perçu comme un contrat « *in house* » ou de quasi-régie (voir *infra*, n^os^ 86-90). Le TA de Limoge a appliqué cette solution et a considéré que des organismes comme l'AFPA (association), des lycées et établissements publics agissant dans le cadre du service public régional de formation professionnelle et subventionnés par la région dans le cadre de cette mission sont des opérateurs économiques et que la mission ainsi confiée devait faire l'objet d'un marché public[26].

Au total, on peut souligner que l'opérateur économique est un opérateur, c'est-à-dire qu'il est une personne juridique qui jouit d'une véritable indépendance et d'une autonomie pour agir conformément à sa volonté dans le cadre de son activité, cette dernière étant de nature économique, c'est-à-dire consistant à offrir des biens, prestations de travaux immobiliers ou services sur un marché.

CE, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence (extraits)

« Considérant que, lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers ; qu'à cette fin, sauf si un texte en dispose autrement, elles doivent en principe conclure avec un opérateur, quel que soit son statut juridique et alors même qu'elles l'auraient créé ou auraient contribué à sa création ou encore qu'elles en seraient membres, associés ou actionnaires, un contrat de délégation de service public ou, si la rémunération de leur cocontractant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, un marché public de service ; qu'elles peuvent toutefois ne pas passer un tel contrat lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel ;

Considérant que, lorsqu'elles sont responsables d'un service public, des collectivités publiques peuvent aussi décider d'en assurer directement la gestion ; qu'elles peuvent, à cette fin, le gérer en simple régie, ou encore, s'il s'agit de collectivités territoriales, dans le cadre d'une régie à laquelle elles ont conféré une autonomie financière et, le cas échéant, une personnalité juridique propre ; qu'elles doivent aussi être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire, cet organisme devant en effet être regardé, alors, comme n'étant pas un opérateur auquel les collectivités publiques ne

26. TA Limoges, 6 mai 2010, Association pour la formation dans le Massif central : AJDA 2010, p. 1323, note J.-D. Dreyfus.

pourraient faire appel qu'en concluant un contrat de délégation de service public ou un marché public de service ; qu'un tel organisme peut notamment être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public ; (...)

Considérant d'autre part qu'il ressort des pièces du dossier que l'État, la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, le département des Bouches-du-Rhône et la commune d'Aix-en-Provence ont créé en 1996 une association pour le cinquantenaire du festival international d'art lyrique d'Aix-en-Provence, devenue en 1997 l'association pour le festival international d'art lyrique et l'académie européenne de musique d'Aix-en-Provence ; que cette association a pour objet statutaire exclusif la programmation et l'organisation du festival international d'art lyrique et de l'académie européenne de musique ; qu'elle se compose de trois représentants de l'État, de quatre représentants des collectivités territoriales et de cinq personnalités qualifiées, dont une est nommée par le maire d'Aix-en-Provence et trois par le ministre chargé de la culture, ainsi que, le cas échéant, de membres actifs ou bienfaiteurs ou encore d'entreprises, dont la demande d'adhésion doit être agréée par le bureau et qui ne disposent pas de voix délibérative au sein de l'association ; que son conseil d'administration est composé de quinze membres, dont onze sont désignés par les collectivités publiques ; que les subventions versées par les collectivités publiques mentionnées ci-dessus représentent environ la moitié des ressources de l'association ; que celle-ci bénéficie en outre, de la part de la commune d'Aix-en-Provence, de différentes aides, comme la mise à disposition de locaux dans lesquels se déroule le festival, et des garanties d'emprunt ;

Considérant que l'État, la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, le département des Bouches-du-Rhône et la commune d'Aix-en-Provence ont ainsi décidé, sans méconnaître aucun principe, de faire du festival international d'Aix-en-Provence un service public culturel ; que, compte tenu de son objet, de ses modalités d'organisation et de ses modalités de financement, ce service public présente un caractère administratif ; que l'association à laquelle les quatre collectivités publiques ont confié sa gestion ne saurait être regardée, compte tenu de son objet statutaire et du contrôle qu'exercent sur elle ces collectivités, comme un opérateur auquel il ne pourrait être fait appel que dans le cadre d'un contrat de délégation de service public ou d'un marché public de service ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que la commune d'Aix-en-Provence aurait dû passer avec l'association une convention de délégation de service public doit être, en tout état de cause, écarté ; que M. et Mme A ne peuvent, dès lors, utilement invoquer les dispositions de l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales. »

61. En fin de compte, en l'absence d'une jurisprudence communautaire et/ou nationale plus précise et au regard du risque juridique que fait courir une décision indue d'écarter l'application du droit des marchés publics (voir *infra*, n° 90) même si elle est fondée sur la considération erronée que le partenaire contractuel ne répond pas à la définition de l'opérateur économique, on peut penser que bien peu de pouvoirs adjudicateurs prendront une telle décision. Dès lors, il est possible de considérer que l'emploi par le Code des marchés publics et par l'ordonnance du 23 juillet 2015 à la suite des directives de 2004 et de 2014 du terme d'opérateur économique est essentiellement formel et n'aura que peu de conséquences pratiques[27].

27. En ce sens : M. Karpenschif, article précité – G. Eckert, « Le champ d'application du nouveau Code des marchés publics », Contrats-Marchés publ. août-sept. 2006, p. 8.

D'ailleurs, la directive 2004/18/CE « *marchés publics* », du 31 mars 2004 indique à son article premier, point 8 que « *le terme "opérateur économique" (...) est utilisé uniquement dans un souci de simplification du texte* ».

N^os^ 62 à 67 réservés.

Bibliographie

COLLECTIF, *Vade-mecum de l'acheteur public*, Éd. du Moniteur, 2004, fiche thématique 1, p. 4, « Être ou ne pas être un marché public ».

DE LAUBADERE (A.), MODERNE (F.), DELVOLVE (P.), *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1990.

KAHN (J.), « La notion juridique de marché public », Contrats-Marchés publ. oct. 1968, p. 37.

KARPENSCHIF (M.), « L'association, opérateur économique au sens du droit des marchés publics », CP-ACCP juill.-août 2007, n° 68, p. 40.

LAJOYE (C.), *Les effets des directives communautaires sur les notions juridiques de marché et contrat publics*, thèse, Caen, 1996.

LICHERE (F.), « L'association, pouvoir adjudicateur », CP-ACCP juill.-août 2007, n° 68, p. 34.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Le gratuit et l'onéreux », Contrats-Marchés publ. 2013, n° 3, repère 3.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Les dérives de la notion de marché public », Contrats-Marchés publ. 2012, n° 12, repère 11.

RICHER (L.), « Le marché public : problèmes actuels de définition », CJEG 1986, p. 37.

RICHER (L.), « Les personnes publiques soumises au Code des marchés publics, entités adjudicatrices », AJDA 2006, p. 1773.

TERNEYRE (P.) « La notion de marché public : rupture ou continuité ? », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 6, dossier 3.

Chapitre

2

Le champ d'application du droit des marchés publics

Plan du chapitre

Section 1 **Le champ d'application organique**

§1. La stabilité du champ d'application organique des codes successifs

§2. Le bouleversement du champ d'application organique du droit des marchés publics opéré par l'ordonnance du 23 juillet 2015

§3. Le cocontractant du pouvoir adjudicateur peut être une personne publique

Section 2 **Le champ d'application matériel**

Section 3 **Un champ d'application élargi aux accords-cadres, aux partenariats public-privé et à certains contrats particuliers**

§1. Un champ d'application élargi aux accords-cadres

§2. Un champ d'application élargi aux partenariats public-privé

§3. La soumission de certains contrats particuliers à l'ordonnance relative aux marchés publics

Section 4 **La nouvelle acception du marché public : une notion élargie**

§1. Un objet de l'obligation globalement maintenu

§2. Un objet du contrat étendu

RÉSUMÉ

Le champ d'application du droit des marchés publics est en partie déterminé par l'acception de la notion de marché public. Mais il est précisé par des dispositions spécifiques du code et désormais de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui fixent les personnes et les contrats soumis au droit des marchés publics et qui écartent un certain nombre de personnes et de contrats. Son étude conduit à examiner ces deux aspects : le champ d'application organique et le champ d'application matériel, mais aussi l'élargissement du champ d'application du droit des marchés publics aux accords-cadres et plus récemment aux partenariats public-privé contractuels.

Section 1 Le champ d'application organique

§1. La stabilité du champ d'application organique des codes successifs

68. Malgré les directives communautaires relatives aux marchés publics qui soumettent bon nombre de personnes juridiques traditionnellement exclues du droit français des marchés publics – notamment les sociétés d'économie mixte et autres personnes privées gérant un service public administratif qui répondent aux critères fixés par les directives marchés publics de l'organisme de droit public – à des règles de publicité et de mise en concurrence, le champ d'application organique des Codes de 2001, 2004 et 2006 est presque inchangé par rapport à celui de 1964. Cela s'explique essentiellement par la volonté des pouvoirs publics de maintenir le régime des contrats passés par des personnes privées – qui est façonné par les textes de transposition des directives – pour ne pas alourdir leur gestion.

Sont donc soumis au nouveau Code, comme ils l'étaient aux anciens Codes, l'État et ses établissements publics administratifs, les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

Au sujet des marchés de l'État, on peut préciser que sont concernés, outre ses services centraux et ses services déconcentrés, les organismes qui bien que n'ayant pas la personnalité juridique jouissent d'une certaine autonomie comme, par exemple, les autorités administratives indépendantes. Toutefois au sujet de ces dernières, le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010, en son article 38, assujettit certaines autorités administratives indépendantes à l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics. Pour ce faire, cet article modifie les textes applicables aux autorités administratives indépendantes concernées. Bénéficient de cette disposition : l'Autorité des marchés financiers (C. mon. fin., nouvel art. R. 621-26), la Haute Autorité de santé (CSS, art. R. 161-101), l'Agence française de lutte contre le dopage (C. sport, art. R. 232-41) et le Haut Conseil du commissariat aux comptes

(C. com., art. R. 821-14-19). Relativement aux établissements publics de l'État, il faut souligner que sont soumis au Code des marchés publics tous ses établissements publics à l'exclusion de ses établissements publics industriels et commerciaux. Sont donc concernés ses établissements publics administratifs – par exemple le Centre national des œuvres universitaires et scolaires, le Centre national de documentation pédagogique (CNDP), le Centre national d'enseignement à distance (CNED), l'Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP), le Centre Georges Pompidou, le Conservatoire de l'espace littoral, le Centre national de la cinématographie, la Caisse des dépôts et consignations –, mais aussi une variété d'établissements publics ayant reçu une qualification spécifique par leur texte fondateur. C'est le cas des établissements publics à caractère culturel, des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel (sauf pour les contrats passés dans le cadre de leurs activités de recherche), des établissements publics à caractère scientifique et technologique (sauf pour les contrats passés dans le cadre de leurs activités de recherche). Cette solution n'est pas surprenante, car ces établissements publics ont été analysés par le juge administratif comme étant des établissements publics administratifs. Il en va de même des chambres de commerce et d'industrie ou des chambres d'agriculture qui ont été regardées par le juge administratif comme des établissements publics administratifs rattachés à l'État[1].

69. L'exclusion des Établissements publics industriels et commerciaux de l'État – En revanche, les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) de l'État – comme Voies navigables de France, la RATP, la SNCF, l'IFREMER, Ubifrance, le Centre de l'énergie atomique, l'Office national interprofessionnel des céréales, l'Institut national de l'audiovisuel (INA), l'Institut national de la consommation (INC) – et les groupements d'intérêts publics (GIP) ne sont pas assujettis au Code des marchés publics. Ceci dit, certains EPIC sont soumis au Code des marchés publics en raison de dispositions spécifiques. Les ports autonomes, quand ils passent un marché, sont ainsi assujettis au respect du Code des marchés publics en vertu de l'article R. 113-18 (aujourd'hui abrogé) du Code des ports maritimes qui dispose : « *Les marchés des ports autonomes sont soumis au Code des marchés publics, à l'exception des articles 126 à 130 pour les marchés ne donnant pas lieu à une participation financière de l'État* ». D'autre part, certains organismes (EPIC à visage inversé ou à double visage, la quasi-totalité des GIP) étant des pouvoirs adjudicateurs au sens des directives communautaires relatives aux marchés publics, ils sont assujettis à ces mêmes directives ainsi qu'à leurs textes de transposition, plus précisément à l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics. En effet, elles visent les « *organismes de droit public* » qui sont

1. CE, 13 janv. 1995, Chambre de commerce et d'industrie de la Vienne : Lebon, p. 26 – CE, 9 déc. 1987, Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres : Lebon, p. 403.

des organismes dotés de la personnalité juridique qui remplissent un critère fonctionnel ou matériel, c'est-à-dire qui ont été créés pour « *satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial* » et un critère organisationnel ou financier, se caractérisant par l'influence publique que subissent ces organismes du fait d'un financement majoritairement public ou d'un contrôle public, direct ou indirect, de leur gestion. Or, les EPIC à visage inversé ou à double visage et la quasi-totalité des GIP remplissent ces critères.

Enfin, ces personnes publiques, quand elles passent des contrats de travaux immobiliers qui prévoient pour le cocontractant constructeur une rémunération consistant soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix, sont assujetties à l'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concessions de travaux publics qui soumet la passation de ces contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence. Ce texte assujettit à de telles règles, de tels contrats de travaux immobiliers conclus notamment par un EPIC à visage inversé ou un GIP remplissant les critères des directives ci-dessus mentionnées relatifs à la notion communautaire d'organisme de droit public.

70. Concernant maintenant les établissements publics des collectivités territoriales, on peut remarquer que le Code des marchés publics intègre dans son champ d'application aussi bien les établissements publics de coopération intercommunale que ceux ayant un caractère purement fonctionnel, comme les centres communaux d'action sociale, les caisses des écoles ou encore les collèges et lycées. Il est à souligner que depuis la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, les Offices publics de l'habitat (OPH), en dépit de leur qualité d'établissements publics locaux, ne sont plus assujettis au Code des marchés publics, mais à l'ordonnance du 6 juin 2005. Par ailleurs, l'article 2 des Codes de 2001, de 2004 et de 2006 précise que, sauf dispositions contraires, les règles applicables à l'État le sont également à ceux de ses établissements publics auxquels s'appliquent les dispositions du présent Code ; les règles applicables aux collectivités territoriales le sont également à leurs établissements publics.

71. L'exclusion des personnes de droit privé – On remarquera que sont exclues du champ d'application de ces Codes les personnes de droit privé. Cela dit, l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics assujettit aux règles de publicité et de mise en concurrence issue des directives communautaires relatives aux marchés publics bon nombre de personnes privées quand elles passent des contrats de travaux, fournitures et services. Elle vise, en particulier en son article 3, I, les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire des besoins d'intérêt général autre qu'industriel et commercial dont soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à la présente ordonnance, soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à la présente ordonnance, soit l'organe d'administration, de direction, ou de

surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à la présente ordonnance. Sont donc assujettis aux règles de publicité et de mise en concurrence contenues dans cette ordonnance notamment les sociétés d'économie mixte (SEM) chargées d'un service public administratif ainsi que toute autre personne privée gérant un tel service. Du reste, la jurisprudence considère que les sociétés privées concessionnaires d'autoroutes sont des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'ordonnance du 6 juin 2005 ou de textes antérieurs ayant transposé les directives communautaires relatives aux marchés publics[2]. De plus, les contrats de travaux immobiliers conclus par certaines personnes de droit privé qui prévoient pour le cocontractant constructeur une rémunération consistant soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix sont assujettis à l'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concessions de travaux publics qui soumet la passation de ces contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence. Ces personnes sont les groupements de droit privé formés entre les collectivités publiques et/ou les autres pouvoirs adjudicateurs déterminés par ladite ordonnance et les « *organismes de droit privé* » qui répondent aux critères de... l'organisme de droit public au sens des directives communautaires sur les marchés publics (voir *infra*, n^os^ 79-80).

72. En outre, un tempérament au principe d'exclusion des personnes privées du champ d'application du code est constitué par la règle qui n'est plus expressément mentionnée dans le code de 2006, mais qui continue à s'appliquer (voir *supra*, n° 55), selon laquelle les marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une personne publique soumise au Code des marchés publics sont eux-mêmes assujettis à ce dernier. Cette règle concerne tous les mandataires publics ou privés, aussi bien les EPIC de l'État que les personnes de droit privé.

Toutefois, il ne faut pas surestimer l'importance de cette règle. En effet, en vertu du mandat, le mandataire agit au nom et pour le compte de son mandant (C. civ., art. 1984), il le représente, à travers le premier c'est le second qui transparaît. En réalité, c'est donc le mandant, personne publique assujettie au Code, qui est partie au contrat, il est donc logique que ce dernier soit soumis au Code. Du reste, cette solution avait été avalisée par la jurisprudence[3].

73. Les contrats passés par un mandataire soumis au Code des marchés publics sont divers. Tout d'abord, il y a ceux conclus en vertu d'un mandat prévu par des textes spécifiques intervenant dans un domaine intéressant les marchés publics. À titre d'exemple, on peut citer la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage public et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée qui

2. TA Lyon, ord., 9 mars 2009, Société Trabet Travaux et Bétons : Contrats-Marchés publ. oct. 2009, n° 314 ; CE, avis, 16 mai 2002, n° 366305 : BJCP 2002, p. 235, obs. E. Glaser et C. Maugüe ; CE, 1er avr. 2009, Société des autoroutes du Sud de la France : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 209, note J.-P. Pietri.
3. CE, 28 juill. 1995, Préfet région Île-de-France c/Société de gérance Jeanne d'Arc : Lebon, p. 321 – CE, 22 janv. 1997, SA Biwater : Lebon, p. 24 ; D. 1998, somm. 225, obs. Terneyre.

autorise, en son article 3, le maître d'ouvrage à confier certaines de ses attributions à un mandataire. De même, les dispositions de l'article R. 321-20 du Code de l'urbanisme, dans sa version en vigueur jusqu'au 21 décembre 2011, permettent à l'État, aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics de confier par contrat à certaines SEM, la tâche de réaliser des études, d'exécuter des travaux et la construction d'ouvrages ou de bâtiments de toute nature « *en leur nom et pour leur compte* ».

74. Mandats tacites – Outre ces mandats exprès, sont ensuite touchés par cette règle, les mandats tacites reçus par une personne privée d'une personne publique et décelés par la jurisprudence dans les domaines qu'elle définit.

Tout d'abord, on a pu considérer que pouvait être assimilée à un mandat tacite la situation des sociétés concessionnaires d'ouvrages de la voirie nationale traitée dans l'arrêt bien connu du Tribunal des conflits en date du 8 juillet 1963, *Société entreprise Peyrot*[4]. On rappellera que dans cet arrêt, le Tribunal des conflits confère à la compétence du juge administratif et à ses règles, le soin de trancher un litige contractuel opposant deux personnes privées dont aucune n'a reçu de mandat explicite de la personne publique. Pour ce faire, il observa que la construction de routes nationales constitue une opération de travaux publics, que cette tâche « *appartient par nature* » à l'État et que les marchés ayant cet objet relèvent du droit public et de la compétence des juridictions administratives, quelle que soit la qualité du maître d'ouvrage.

Autrement dit, c'est parce que l'objet du marché concerne une tâche qui incombe normalement à l'État que son concessionnaire est considéré comme agissant pour le compte de celui-ci lorsqu'il passe des contrats avec une autre personne privée pour la réalisation de cet objet.

75. Des arrêts ultérieurs ont précisé le champ d'application de cette jurisprudence. S'agissant de son domaine d'activité, il n'est pas limité à la construction *stricto sensu* de routes nationales ou d'autoroutes. Il consiste aussi en la construction de tunnels routiers[5] et de ponts construits au-dessus des autoroutes[6] et même la réalisation d'une sculpture sur une aire d'autoroute au titre de l'obligation de décoration des constructions publiques[7] ou encore la réalisation d'un réseau de fibres optiques le long d'une autoroute[8] ou enfin la construction de logements à proximité de l'autoroute destinés au personnel chargé de son

4. AJDA 1963, p. 463, chron. M. Gentot et J. Fourré ; JCP 1963, n° 13375, note J.-M. Auby.
5. CE, 24 avr. 1968, Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel sous le Mont-Blanc : Lebon, p. 255.
6. Cass. 1re civ., 10 mai 1983 : Bull. civ. I, n° 145, p. 126.
7. Cass. 1re civ., 17 févr. 2010, Société des autoroutes du Sud de la France : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 4, obs. F. Llorens ; Dr. adm. mai 2010, n° 76, note F. Brenet.
8. CE, 12 janv. 2011, Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France préfet région Île-de-France : AJDA 2011, p. 72, chron. R. Grand, arrêt confirmant sur ce point l'arrêt rendu en seconde instance par CAA Paris, 9 juill. 2009, Société ETDE : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 10, obs. F. Llorens.

entretien[9]. Concernant la prestation prévue dans le contrat, celle-ci est assez large, elle ne se cantonne pas exclusivement à des opérations de construction d'ouvrages routiers, mais également à des actions d'exploitation, d'aménagement et d'entretien comportant un élément de travail public[10]. En revanche, ses arrêts et aucun autre jusqu'à une époque récente ne dégageaient le fondement de la jurisprudence *Peyrot* et n'indiquaient si les contrats ainsi conclus par les sociétés concessionnaires d'ouvrages de la voirie nationale étaient soumis au Code des marchés publics. Si le fondement de cette jurisprudence était des plus incertain et controversé en doctrine[11], le fait que les contrats en cause soient perçus par le juge administratif comme conclus par la société concessionnaire pour le compte de l'État et qu'il en tire la conclusion qu'ils sont soumis au droit public inclinait à penser qu'ils étaient soumis au Code des marchés publics. Ce n'est pourtant pas la position qu'adopte le Conseil d'État qui se prononce enfin sur cette question dans son arrêt du 19 novembre 2004, *Société National Westminster Bank*[12]. La Haute juridiction souligne dans cet arrêt « *qu'aucune disposition du Code des marchés publics ni aucune autre disposition n'ont pour objet ou pour effet de rendre ce code applicable, de façon générale, aux marchés des sociétés d'économie mixte ; qu'il en va ainsi des marchés des sociétés d'économie mixte concessionnaires de travaux autoroutiers, alors même que, lorsqu'ils sont passés pour l'exécution de tels travaux, ils sont soumis aux règles du droit public ; que dès lors, la Société National Westminster Bank est fondée à soutenir qu'en déduisant de la seule qualité de concessionnaire de travaux autoroutiers de la société Escota que le marché passé entre celle-ci et la société Sericofi était soumis au Code des marchés publics, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit...* » Par cette solution, le Conseil d'État considère implicitement que le mandat tacite n'est pas le fondement de la jurisprudence *Peyrot*. Mais cette jurisprudence a récemment été abandonnée par le Tribunal des conflits qui souligne « *qu'une société concessionnaire d'autoroute qui conclut avec une autre personne privée un contrat ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien de l'autoroute ne peut, en l'absence de conditions particulières, être regardée comme ayant agi pour le compte de l'État ; que les litiges nés de l'exécution de ce contrat ressortissent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire* »[13].

9. CE, 23 déc. 2011, Société des Autoroutes Paris-Rhin-Rhône : Contrats-Marchés publ. 2012, note G. Eckert.
10. T. confl., 12 nov. 1984, SEM du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines : Lebon, p. 535.
11. V. notamment Y. Brard, « Le mandat comme fondement des contrats administratif entre personnes privées », JCP 1981, I, 3032 ; A. Coudeville, « La notion de mandat en droit administratif », AJDA 20 sept. 1979, p. 7 ; J.-P. Colin, « La nature juridique des marchés de travaux passés par les SEM concessionnaires de travaux publics », AJDA 1966, p. 480 ; C. Lajoye, *Les effets des directives communautaires sur les notions juridiques de marché et de contrat publics*, thèse, Caen, 1996, p. 85 à 88.
12. Dr. adm. mars 2005, n° 37, note A. Ménéménis.
13. T. confl., 9 mars 2015, n° 3984, Sté ASF : Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 110, note P. Devillers.

76. Le mandat tacite de la jurisprudence *Société d'équipement de la région Montpelliéraine* – Ensuite, et de façon moins problématique, peuvent être considérées comme en situation de mandat tacite, les sociétés concessionnaires de travaux d'équipement et d'aménagement dont les relations avec une personne publique conduisent à considérer, au regard d'indices dégagés par un arrêt du Conseil d'État en date du 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine (SERM)*[14], qu'elles agissent pour le compte de cette personne publique.

Dans la jurisprudence *SERM*, le Conseil d'État, pour affirmer le caractère administratif du contrat malgré la nature privée des cocontractants, releva que la société concessionnaire agissait, non pour son propre compte, mais pour le compte de la collectivité publique. Mais pour justifier sa solution, il ne s'est pas fondé exclusivement, comme dans la jurisprudence *Peyrot*, sur l'objet de l'opération, mais a eu recours à un faisceau d'indices. Ce faisceau est composé de l'objet du marché, mais aussi de ses modalités d'élaboration, de son financement, des modalités de réception de l'ouvrage, de l'existence d'une clause de subrogation au bénéfice de la personne publique relativement à toutes les actions en responsabilité résultant des articles 1792 et 2270 (ancien) du Code civil.

Si cet arrêt a été confirmé par une abondante jurisprudence ultérieure[15], il faut souligner qu'au total, le Conseil d'État, le Tribunal des conflits et les autres juridictions ont fait une utilisation raisonnable de cette jurisprudence. À de nombreuses reprises, ils ont refusé de voir dans certaines concessions d'aménagement et d'équipement des mandats tacites bien que certains indices de la représentation fussent présents[16]. De sorte que M. Moderne a pu écrire qu'« *en définitive, le mandat tacite ne sera identifié que lorsque la personne privée constitue un écran qui laisse transparaître la personne publique, véritable maîtresse de l'opération* »[17].

---

14. AJDA 1975, p. 375, chron. M. Franc et M. Boyan ; D. 1976, p. 3, note F. Moderne.
15. Notamment T. confl., 7 juill. 1975, Commune d'Agde : Lebon, p. 798 ; JCP 1975, n° 18, p. 171, note F. Moderne – CE, 30 juin 1976, SEM d'Équipement de la ville d'Aix-en-Provence : Lebon T., p. 806 – CE, 27 janv. 1984, Ville d'Avignon c/ Da Costa Nunes : LPA 4 août 1984, p. 2, obs. F. Moderne – CE, 20 mars 1985, Société française de travaux publics : Dr. adm. 1985, n° 230 – CE, 27 nov. 1987, Société provençale d'équipement : AJDA 1987, p. 770 – T. confl., 10 mai 1993, Société Wanner Isofi Isolation et Société Nersa : Lebon, p. 400.
16. Cf. notamment CE, 7 juill. 1976, Société d'aménagement de Rouen : Lebon T., p. 80 – T. confl., 8 nov. 1982, Commissaire de la République de la Région Midi-Pyrénées : Lebon, p. 461 – CE, 27 oct. 1989, Fondeville : LPA, 23 mai 1990, n° 62, p. 14, note F. Moderne – CE, 17 déc. 1999, Société Ansaldo Industria et SA Bouygues : Lebon, p. 424 – CAA Paris, 15 déc. 2008, Société d'HLM pour Paris et sa région : Contrats-Marchés publ. mars 2009, n° 84 – CAA Lyon, 27 nov. 2008, Société Lyon Parc Auto : Contrats-Marchés publ. févr. 2009, n° 42 – T. confl., 16 juin 2014, n° 3944, Société d'exploitation de la tour Eiffel c/Société Séchaud-Bossuyt et a. : Contrats-Marchés publ. août 2014, n° 8-9, comm. 220, note P. Devillers.
17. F. Moderne, « L'utilisation mesurée de la notion de mandat dans le droit public de la construction », LPA 23 mai 1990, n° 62, p. 12.

Par ailleurs, la question du fondement de cette jurisprudence a été tranchée par le Conseil d'État lui-même dans son arrêt du 27 novembre 1987, *Société provençale d'équipement* (précité) où il affirme que la Société provençale d'équipement « *a agi comme mandataire du syndicat mixte d'aménagement d'Aubagne et de la commune d'Aubagne* ».

77. Les personnes privées transparentes – Un autre tempérament au principe de l'exclusion des personnes privées du champ d'application du Code des marchés publics est constitué par les marchés passés par une personne privée transparente. En effet, le Conseil d'État dans son arrêt du 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*[18] souligne que « *lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme transparente et les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de sa mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs* » et, dès lors, si l'objet du contrat concerné est identique à celui du marché public, et si la personne publique qui émerge à travers la personne privée transparente est un pouvoir ou une entité adjudicateur, ce contrat est un marché public[19]. Cela dit, le Tribunal des conflits a jugé qu'une association créée à l'initiative de trois personnes publiques et qui rassemble plus de trois cents personnes publiques qui lui procurent ensemble l'essentiel de ses ressources par leurs cotisations destinées à couvrir ses dépenses de fonctionnement et leurs participations à certains frais, n'est pas une association transparente au motif qu'aucun des membres de cette association, qui regroupe également des personnes privées, n'en contrôle, seul ou conjointement avec d'autres personnes publiques, l'organisation et le fonctionnement ni ne lui procure l'essentiel de ses ressources[20]. Dès lors par raisonnement *a contrario*, pour qu'il y ait association transparente, il faut qu'une personne publique seule ou conjointement avec d'autres personnes publiques contrôle son organisation et son fonctionnement et lui procure l'essentiel de ses ressources.

---

18. AJDA 2007, p. 915, note J.-D. Dreyfus ; F. Lichère, « Le renouvellement de la théorie de la transparence des personnes privées. À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 21 mars 2007, n° 281796, Commune de Boulogne-Billancourt », Contrats-Marchés publ. 2007, n° 7, p. 6.
19. Il est à remarquer que la cour administrative d'appel de Bordeaux, dans son arrêt CAA Bordeaux, 19 févr. 2009, Société Vigier Génie Civil Environnement : Contrats-Marchés publ. mars 2009, n° 153, obs. F. Llorens, ne reconnaît pas le caractère transparent d'une société civile créée à l'initiative de chambres consulaires – qui sont des EPA – et dont l'organisation et le fonctionnement sont contrôlés par ces personnes publiques au seul motif « que les trois établissements publics administratifs réunis au sein de la société adjudicatrice n'en détiennent pas la totalité du capital social, 10 % de celui-ci étant détenu par des organisations professionnelles agricoles ». La CAA de Bordeaux en tire la conséquence que le marché de travaux passé par cette société est un contrat de droit privé et ne pouvait se voir reconnaître un caractère administratif en application de la loi *MURCEF* du 11 déc. 2001.
20. T. confl., 2 avr. 2012, Société Atexo : Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 176, note P. Devillers.

§2. Le bouleversement du champ d'application organique du droit des marchés publics opéré par l'ordonnance du 23 juillet 2015

78. Jusqu'à l'ordonnance du 23 juillet 2015, les pouvoirs publics français avaient toujours refusé d'aligner le champ d'application organique du droit français des marchés publics sur celui des directives communautaires relatives aux marchés publics. C'est pourquoi, ils avaient maintenu inchangé le champ d'application organique du Code des marchés publics et ils avaient adopté un texte de transposition spécifique pour les personnes juridiques visées par les directives et non soumises au Code : l'ordonnance du 6 juin 2005 dite « *relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics* ». Mais dans le cadre de leur volonté de simplifier l'accès aux textes relatifs à la commande publique se traduisant par le projet d'élaborer un Code de la commande publique, une telle dichotomie textuelle ne semblait plus pertinente aux pouvoirs publics qui font volte-face en alignant le champ d'application organique du droit français des marchés publics sur celui des directives communautaires relatives aux marchés publics et, ce faisant, procèdent à l'unification du champ d'application organique de l'ancien Code et de feu l'ordonnance du 6 juin 2005. En effet, l'ordonnance du 23 juillet 2015 concerne les marchés passés par toutes les personnes morales de droit public ainsi que ceux passés par des personnes privées sous influence publique.

L'article 9 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 dispose ainsi que « *Les acheteurs publics ou privés soumis à la présente ordonnance sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices définis respectivement aux articles 10 et 11.* » Autrement dit, le droit des marchés publics résultant de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de ses décrets d'application s'applique aux acheteurs publics ou privés qui sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.

A. Les pouvoirs adjudicateurs

79. L'article 10 indique que « *Les pouvoirs adjudicateurs sont :*

1° Les personnes morales de droit public ;

2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;

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

c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;

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

Au regard de cet article sont des pouvoirs adjudicateurs :

- ***toutes les personnes publiques***, donc outre l'État et les collectivités territoriales, leurs établissements publics y compris les EPIC de l'État, les GIP. Les autorités administratives indépendantes continuent d'être assujetties au droit des marchés publics ;
- ***les personnes privées sous influence publique et chargées d'un service public administratif (SPA)***. Il s'agit des personnes morales de droit privé qui répondent aux critères de la notion communautaire d'organisme de droit public. Ces derniers comme nous l'avons indiqué plus haut sont des organismes dotés de la personnalité juridique qui remplissent un critère fonctionnel ou matériel, c'est-à-dire qui ont été créés pour « *satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial* » et un critère organisationnel ou financier, se caractérisant par l'influence publique que subissent ces organismes du fait d'un financement majoritairement public ou d'un contrôle public, direct ou indirect, de leur gestion. À titre d'exemple, seront assujetties à l'ordonnance du 23 juillet 2015 et à ses décrets d'application, les associations, mais aussi les SEM et les SPL gérant un SPA, les caisses locales de sécurité sociale ;
- ***les personnes morales de droit privé*** constitué par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun. Il s'agira de toutes les structures pouvant prendre des formes juridiques diverses comme l'association ou la société (SEM, SPL, SPL d'aménagement) destinées à réaliser une coopération publique.

B. Les entités adjudicatrices

80. Pour sa part, l'article 11 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précise : « *Les entités adjudicatrices sont :*

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

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

Est une entreprise publique au sens de la présente ordonnance tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

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

3° Lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des

activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 12 et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité. »

Sont des entités adjudicatrices au regard de ces dispositions :

- ***les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises publiques*** qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 12. L'ordonnance du 23 juillet 2015 retient une définition large de l'entreprise publique conforme à celle contenue à l'article 4 de la directive 2014/25/UE du 26 février 2014. Est une entreprise publique toute personne morale ayant une activité marchande et sur laquelle un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent, directement ou indirectement, une influence dominante. Cette dernière résulte de la propriété de l'entreprise ou de la détention majoritaire de son capital social ou des droits de vote au sein de ses organes d'administration, de direction ou de surveillance, ou enfin de la possibilité de désigner la majorité des membres de ces organes. Dès lors, comme l'acception traditionnelle en droit public interne, la conception communautaire de l'entreprise publique repose sur deux grands critères :
  - *le critère matériel*, comme toute entreprise, l'entreprise publique a une activité industrielle ou commerciale au sens large, c'est-à-dire qu'elle a une activité marchande consistant en la production et/ou la vente de biens, produits, marchandises ou services,
  - *le critère organique* consistant d'abord dans la personnalité morale qu'elle soit de droit public ou de droit privé et ensuite, en le pouvoir prépondérant qu'elle subit de la part d'une ou plusieurs personnes publiques ou sous influence ou domination publique. Ainsi répondront fondamentalement à cette définition, les sociétés nationales, les SEM et les SPL chargées d'un SPIC et les EPIC. D'ailleurs, ces derniers, indépendamment de leur qualité d'entreprise publique, sont déjà des pouvoirs adjudicateurs en raison de leur qualité de personnes morales de droit public ;
- les personnes de droit privé autres que les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises publiques, qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseau. L'octroi de ces droits spéciaux ou exclusifs affecte substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité.

Les droits spéciaux ou exclusifs peuvent être analysés comme des droits accordés par une autorité publique compétente, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou tout acte administratif unilatéral ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs personne(s) juridique(s) l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux. Si ce droit d'exclusivité donne lieu à un contrat, il doit avoir été accordé à son bénéficiaire avant l'engagement de la procédure contractuelle et ne peut donc procéder de ce contrat. Mais on peut estimer qu'il peut avoir été conféré par un contrat antérieurement conclu. L'article 11, 3° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précise que « *Ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs* (...) *les droits*

d'exclusivité accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires. » Autrement dit, ne sont pas des entités adjudicatrices les titulaires de conventions de délégation de service public ou de contrat de partenariat public/privé ou encore des contrats de concessions relevant de la directive 2014/23 du 26 février 2014 et transposée par l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. En effet, la passation de ces contrats est soumise au respect des principes fondamentaux de la commande publique qui garantissent la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires.

81. En outre, comme nous l'avons souligné plus haut, les associations transparentes et les personnes privées mandataires d'un pouvoir ou d'une entité adjudicateurs restent assujetties au droit des marchés publics et donc à l'ordonnance du 23 juillet 2015 et à ses décrets d'application.

§3. Le cocontractant du pouvoir adjudicateur peut être une personne publique

A. L'affirmation du principe

82. Pour conclure sur le champ d'application organique, il faut souligner le fait que le marché conclu par les personnes publiques relevant du code peut l'être aussi bien avec une personne publique qu'avec une personne privée comme le précise l'article premier du code et désormais l'article 13 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Autrement dit, les contrats passés par une personne publique assujettie au droit des marchés publics avec une autre personne publique et confiant à cette dernière le soin de réaliser des travaux, des prestations de services ou des fournitures sont des marchés publics et à ce titre doivent être précédés d'une procédure de publicité et de mise en concurrence instaurée par le droit des marchés publics.

Cette solution est une innovation importante par rapport au code de 1964. On sait que ce dernier ne faisait pas de la nature privée ou publique du cocontractant un élément définitionnel du marché public. Mais la doctrine, comme la jurisprudence, considérait que le partenaire contractuel de la personne publique acheteuse était nécessairement une personne privée et, qu'en conséquence, une personne publique ne pouvait être admise à concourir dans le cadre d'un marché public. En effet, la première estimait que l'économie générale du code reposait sur des relations contractuelles entre personnes publiques et personnes privées. Par exemple, F. Moderne a affirmé à propos du Code des marchés publics qu'« *il a été conçu en fonction des relations contractuelles entre les collectivités publiques et les cocontractants du secteur privé* »[21]. La seconde jugeait par la voie des tribunaux administratifs, puisque le Conseil d'État n'avait pas

21. F. Moderne, « Les conventions de prestations de services entre l'État et les collectivités locales », EFE 1996, n° 29.

été amené à trancher cette question, qu'une personne publique ne pouvait présenter sa candidature à un marché public[22].

Sous l'influence du droit communautaire, la jurisprudence évolua. En effet, la directive du 18 juin 1992 relative aux marchés publics de services – en vigueur au moment où se produit cette évolution – en son article premier, définit le prestataire de services comme « *toute personne physique ou morale, y inclus un organisme public, qui offre des services* ». Le Conseil d'État a fait application de cette directive en jugeant qu'un contrat de service conclu entre deux personnes publiques est bien un marché public de services au sens communautaire[23]. La CJCE, quant à elle, a appliqué cette solution aux contrats de fournitures passés entre deux personnes publiques bien que la directive du 14 juin 1993 relative aux marchés publics de fournitures, en vigueur au moment des faits, ne mentionne pas expressément cette hypothèse[24]. Depuis, la Cour de justice européenne a réaffirmé cette solution en soulignant qu'une convention passée entre les entités publiques contractantes sans instaurer une coopération entre elles afin de mettre en œuvre une mission de service public commune constitue un marché public de services au sens de la directive 2004/18/CE[25].

83. Tirant les conséquences du droit communautaire, le Conseil d'État, dans un avis du 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*[26], affirme qu'« *aucun texte ni aucun principe n'interdisent, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public. Aussi la personne qui envisage de conclure un contrat dont la passation est soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence, ne peut-elle refuser par principe d'admettre à concourir une personne publique* ». Dans cet avis, le Conseil d'État indique clairement qu'un contrat passé entre deux personnes publiques peut être un marché public et qu'une personne publique peut être candidate à un tel marché. Mais la Haute juridiction assortit l'attribution d'un marché public à un établissement public administratif, de conditions. Ainsi poursuit-elle en estimant qu'une telle attribution « *suppose, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si*

22. TA Strasbourg, 29 déc. 1995, Syndicat des horticulteurs c/ Commune de Woippy : LPA 23 août 1996, n° 102, p. 6 – TA Besançon, 22 juill. 1999, Monnot c/ Commune de Boussières : Dr. adm. 1999, n° 245.
23. CE, 20 mai 1998, Communauté de communes de Piémont de Barr : RFDA 1998, p. 609, concl. H. Savoie ; AJDA 1998, p. 632, chron. F. Raynaud et P. Fombeur.
24. CJCE, 18 nov. 1999, Teckal : Rec. CJCE, I, p. 8121.
25. CJUE, 13 juin 2013, n° C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH c/ Kreis Düren : Contrats-Marchés publ. 2013, n° 213, note W. Zimmer.
26. AJDA 2000, p. 1066, chron. M. Guyomat et P. Collin.

nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen informatique approprié ».

Un intéressant arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux[27] fait application de ces conditions à propos de l'attribution par la commune de Saint-Denis-d'Oléron d'un marché de dragage d'un port de plaisance au département de Charente-Maritime. La cour administrative d'appel de Bordeaux relève que « *l'activité de dragage exercée par le département de la Charente-Maritime est assurée par un service doté d'un budget annexe et soumis à des obligations fiscales et comptables comparables à celles des entreprises privées* (...) *et alors au surplus que le prix proposé par le département n'était pas moins élevé, la commune de Saint-Denis-d'Oléron ne peut être regardée comme ayant été tenue de demander au département de la Charente-Maritime de produire des documents de nature à justifier la détermination du prix proposé ; que la structure du compte général d'exploitation de l'activité de dragage pour 2004 permettait au département de calculer le coût d'un chantier en définissant notamment le prix de revient de chaque engin de dragage, intégrant les dépenses directes et indirectes telles que les frais de personnel, les frais généraux* » pour en déduire que la commune de Saint-Denis-d'Oléron pouvait attribuer le marché au département de Charente-Maritime. En outre, la cour administrative d'appel de Bordeaux ajoute une condition supplémentaire à celle exigée par le Conseil d'État dans son avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants* pour l'admission de la candidature d'une personne publique à un marché public : le respect de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de la concurrence. Aussi reprend-elle presque mot pour mot les termes du Conseil d'État dans son arrêt *Ordre des avocats de Paris*[28] et considère-t-elle « *que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de la concurrence ; qu'à cet égard pour intervenir sur un marché, elles doivent non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'*(...)*une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles* (...) *qu'elle fausserait le libre jeu de la concurrence* ». En l'espèce, la cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé que le dragage des ports de plaisance revêt un intérêt public local même en l'absence de carence de l'initiative privée.

Dans la précédente édition de cet ouvrage, nous considérions qu'il n'est pas certain que cette condition supplémentaire soit reprise par la jurisprudence

27. CAA Bordeaux, 15 juill. 2008, Société Merceron TP : Contrats-Marchés publ. 2008, n° 227, note G. Eckert.
28. CE, 31 mai 2006, Ordre des avocats de Paris : Contrats-Marchés publ. 2006, n° 202, note G. Eckert ; AJDA 2006, p. 1592, chron. C. Landais et F. Lenicat.

du Conseil d'État et, en effet, ce dernier dans un arrêt du 10 juillet 2009[29] indique « *que la simple candidature d'une personne publique, dans le respect des règles de la concurrence, à l'attribution d'un marché public, n'est pas subordonnée à une carence de l'initiative privée ni, ainsi qu'il a été dit, à l'existence d'un intérêt public* ». Il réfute donc expressément la subordination de la validité d'une candidature d'une personne publique à un marché public à une carence de l'initiative privée et à l'existence d'un intérêt public[30]. Pour ce faire, il distingue clairement la candidature d'une personne publique à un marché public et la prise en charge par une personne publique d'une activité économique. Mais dans un arrêt concernant une candidature d'une collectivité territoriale à un marché public, le Conseil d'État précise que, pour pouvoir candidater à un marché public, une collectivité territoriale doit exercer une de ses compétences et donc en l'espèce, répondre à un intérêt public local[31]. En effet, à défaut d'un tel intérêt, la collectivité perd sa compétence pour candidater. En outre dans l'arrêt *Département de l'Aisne*, la Haute juridiction affirme que le juge du référé précontractuel peut vérifier la licéité de la candidature de la personne publique au marché public en contrôlant notamment que celle-ci n'a pas utilisé une aide publique pour baisser ses prix et fausser la concurrence. Sur le plan communautaire, la CJCE considère qu'aucun texte ni aucun principe n'empêchent qu'un organisme public soit candidat à un marché public[32]. En outre, dans un arrêt récent, la CJUE précise que le droit communautaire des marchés publics permet aux personnes publiques de candidater à un marché public si l'activité objet de ce dernier est compatible avec leurs objectifs statutaires et institutionnels et si la réglementation nationale ne leur proscrit pas toute activité économique. Dans ce cas, la protection de la loyauté de la concurrence, n'oblige pas les États membres d'instaurer des mesures correctrices autres que celles provenant du contrôle des offres anormalement basses[33].

84. Une rupture avec notre droit traditionnel – Ces solutions, qui marquent une rupture dans notre droit traditionnel des marchés publics, mais également dans notre droit de la concurrence, sont critiquées par les entreprises privées, mais aussi par une partie de la doctrine. La critique essentielle qui est faite est que la concurrence entre personne publique et personne privée n'est pas loyale, qu'une mise en concurrence entre un opérateur public et des entreprises

29. CE, 10 juill. 2009, Département de l'Aisne : Dr. adm. oct. 2009, n° 127, note G. Marson ; AJDA 2009, p. 2006, note J.-D. Dreyfus ; RFDA janv.-févr. 2010, p. 146, note G. Clamour.
30. Cette solution a été appliquée par CAA Nantes, 4 nov. 2001, Société Armor SNC : Contrats-Marchés publ. 2012, n° 15, obs. M. Urbaud-Bergeron.
31. CE, ass., 30 déc. 2014, n° 355563, Société Armor SNC : Contrats-Marchés publ. 2015, n° 36, note L. de Fournoux.
32. CJCE, 7 déc. 2000, ARGE Gewässerschutz : Contrats-Marchés publ. 2001, comm. n° 36, note P. Soler-Couteaux – CJUE, 23 déc. 2009, n° C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) contre Regione Marche – CJUE, 19 déc. 2012, n° C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento c/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e. a.
33. CJUE, 18 déc. 2014, n° C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze contre Data Medical Service srl. : Contrats-Marchés publ. 2015, n° 37, note G. Eckert.

privées serait factice. En effet, il est avancé que les personnes publiques jouissent dans leur action de prérogatives et de protections juridiques et financières exorbitantes qui les avantagent par rapport à leurs concurrents privés. De plus, la plupart des personnes publiques ne sont pas assujetties aux mêmes obligations sociales et fiscales que les entreprises privées. Les premières bénéficient de fonds publics tandis que les secondes en sont privées. Dès lors, le statut de la personne publique peut la conduire à abuser de sa position dominante ce qui constitue une infraction au droit de la concurrence. Par ailleurs, comme le relèvent Messieurs Raymundie et Vérité[34], ces solutions pourraient instaurer des relations de type client fournisseur entre collectivités territoriales, créant un lien de subordination de l'une sur l'autre en méconnaissance de l'article L. 1111-3 du CGCT qui interdit toute forme de tutelle d'une collectivité locale sur une autre. Enfin, il est parfois souligné qu'en assumant la prestation objet du marché dont il est attributaire, l'établissement public risque de sortir de sa spécialité qui, comme on le sait, borne sa compétence.

Quoi qu'il en soit, l'article premier du code de 2006 comme ceux de 2001 et de 2004, tout comme l'article 13 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, reprennent à leur compte les solutions du droit communautaire et de la jurisprudence que ce droit a suscitées en prévoyant que les marchés publics peuvent aussi bien être conclus avec des personnes publiques qu'avec des personnes privées.

B. L'exclusion de certains contrats passés entre personnes publiques ou entre une personne publique et une entité du secteur public

85. Cependant, tous les contrats de travaux, fournitures – ou services passés entre personnes publiques ne sont pas soumis au droit des marchés publics. En effet, l'article 3 du code de 2006 tout comme les articles 14 et 17 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, exclut deux types de contrats. Il en est ainsi des marchés « *maison* » ou « *in house* » et des marchés de services conclus avec un autre pouvoir adjudicateur bénéficiaire d'un droit exclusif.

86. Marchés « maison » ou contrats de quasi-régie – Tout d'abord, les dispositions du Code des marchés publics ne s'appliquent pas aux contrats conclus par un pouvoir adjudicateur public « *avec un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui* » à condition que, même si ce cocontractant n'est pas soumis au Code, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation du Code des marchés publics ou les règles de l'ordonnance du 6 juin 2005. Cette disposition qui exclut les marchés « *in house* » ou « maison », ou encore portant sur des prestations intégrées, plus récemment qualifiés de contrats de quasi-régie, est inspirée du droit communautaire et notamment de l'arrêt *Teckal* rendu par la CJCE (précité). Cet arrêt – tout comme la

34. « Marchés publics et délégations de services publics ; Instaurer une concurrence "loyale" entre opérateurs publics et privés », Le Moniteur 11 mai 2001, p. 6.

jurisprudence ultérieure – et l'article 3 du Code, posent deux grands critères cumulatifs du contrat maison ou de quasi-régie :

- le contrôle très intense opéré par le pouvoir adjudicateur sur son cocontractant puisqu'il doit être comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services ;
- le cocontractant doit réaliser l'essentiel de son activité pour ce pouvoir adjudicateur, ce qui signifie que la forte majorité des prestations effectuées par le premier le sont au profit du second, c'est-à-dire pour répondre à ses besoins.

Ces deux critères font apparaître le cocontractant du pouvoir adjudicateur, pour reprendre les termes du ministère de l'Économie et des Finances dans une fiche technique publiée sur son site Internet, de « *simple prolongement administratif de celui-ci* ».

Si cette exclusion ne concerne pas, à l'évidence, les contrats passés par les collectivités territoriales avec les services de l'État puisque les premières ne contrôlent pas les seconds, son champ d'application est incertain. Comme l'observèrent à l'origine Messieurs Llorens et Soler-Couteaux[35], cette exclusion « *ne devrait concerner qu'un faible nombre de marchés, conclus avec des organismes publics ou privés qui constituent un pur démembrement de la collectivité contractante et ne disposent à son égard d'aucune autonomie véritable* ». On peut penser que cette exclusion concerne fondamentalement, les contrats passés entre un organisme public et une de ses filiales dont il est l'unique actionnaire ou dont les autres actionnaires sont aussi des personnes de droit public, et enfin les contrats passés par une personne publique et une société dont elle est l'unique actionnaire (telle une société publique locale d'aménagement, instaurée par la loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement) ou dont les autres actionnaires sont aussi des personnes de droit public. En revanche, en vertu de la jurisprudence communautaire[36], ne peuvent être considérées comme portant sur des prestations intégrées, les contrats conclus entre une collectivité publique et une société dont cette collectivité détient une part du capital social même très majoritaire, si une entreprise privée et *a fortiori* plusieurs entreprises privées sont aussi actionnaires de ladite société. Une telle situation empêche, aux yeux de la CJCE, de considérer que le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services. Dès lors, de tels contrats devront être perçus comme des marchés publics et seront donc soumis au Code des marchés publics, notamment pour leur passation. Tel sera le cas, en particulier, des contrats conclus entre une collectivité locale et une SEM qu'elle a créé, qui

35. « Le nouveau champ d'application de Code des marchés publics » : Contrats-Marchés publ. 2001, chron. n° 4.

36. CJCE, 11 janv. 2005, Stadt Halle : Contrats-Marchés publ. mars 2005, p. 22, note G. Eckert ; AJDA 2005, p. 898, note F. Rolin – CJCE, 21 juill. 2005, n° C-231/03, CONAME, point 26 – CJCE, 6 avr. 2006, n° C-410/04, ANAV, point 30.

est pourtant sous son contrôle et qui réalise l'essentiel de ses activités avec elle[37].

87. L'arrêt *Stadt Halle* a été suivi, d'autres arrêts qui retiennent eux aussi une application restrictive de la notion de marché « *in house* » ou maison en particulier concernant le critère du contrôle du cocontractant. Ainsi, dans son arrêt *Parking Brixen*[38], la CJCE estime que, même si la part du capital social du cocontractant du pouvoir adjudicateur détenue par une société privée est minime, cette détention empêche de considérer que ce pouvoir adjudicateur contrôle son cocontractant et que le contrat en cause est un contrat *in house*. La solution est identique si la participation de l'entreprise privée au capital du cocontractant n'intervient qu'après la passation du contrat, mais était prévisible lors de cette dernière[39]. Toutefois, cette participation doit être suffisamment probable, si elle n'est que possible en raison des statuts de la société ou de sa forme sociale, elle ne sera pas prise en compte. En effet, la CJCE souligne que « *la possibilité pour des personnes privées de participer au capital de la société adjudicataire, eu égard notamment à la forme sociale de ladite société, ne suffit pas, en l'absence d'une participation effective de leur part au moment de la conclusion de la convention* (...), *pour conclure que la première condition relative au contrôle de l'autorité publique, n'est pas remplie. En effet, pour des raisons de sécurité juridique, l'éventuelle obligation pour le pouvoir adjudicateur de procéder à un appel d'offres public doit être examinée, en principe, au vu des conditions prévalant à la date d'attribution du marché public en cause.* »[40] Cette solution a été précisée par la CJCE dans un arrêt du 10 septembre 2009[41] où la haute juridiction communautaire indique que, dans une situation « *où le capital de la société adjudicataire est entièrement public et où il n'y a aucun indice concret d'une ouverture prochaine du capital de cette société à des actionnaires privés, la simple possibilité pour des personnes privées de participer au capital de ladite société ne suffit pas pour conclure que la condition relative au contrôle de l'autorité publique n'est pas remplie* ». Dès lors, au moment où le marché est attribué à une telle société, « *l'ouverture du capital de celle-ci à des investisseurs privés ne peut être prise en considération que s'il existe, à ce moment-là, une*

37. Cette solution a été appliquée par le juge national à plusieurs reprises, et notamment par la chambre criminelle de la Cour de cassation (Cass. crim., 25 juin 2008, F-P+F : Dr. adm. oct. 2008, n° 133) à propos d'une SEM en soulignant que « la participation, fut-elle minoritaire, d'une entreprise privée, dans le capital d'une société à laquelle participe également une collectivité locale exclut en tout état de cause que celle-ci puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ».

38. CJCE, 13 oct. 2005, n° C-458/03, Parking Brixen GmbH : Lebon, p. I-8612 ; AJDA 2005, p. 1983.

39. CJCE, 10 nov. 2005, n° C-29/04, Commission des Communautés européennes c/ République d'Autriche : D. 2006, Jur. 423, note M. Dreyfus.

40. CJCE, 17 juill. 2008, n° C-371/05, Commission des Communautés européennes c/ République italienne : Contrats-Marchés publ. août-sept. 2008, n° 183, note W. Zimmer.

41. CJCE, 10 sept. 2009, n° C-573/07, Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossa : AJDA 2009, p. 2226, note R. Sermier et D. Epaud ; Contrats-Marchés publ. oct. 2009, n° 305, note W. Zimmer.

perspective concrète et à court terme d'une telle ouverture ». Mais la CJCE dans ce même arrêt précise que, dans l'hypothèse où un marché aurait été attribué sans mise en concurrence à une société à capital public dans les conditions susindiquées, « *le fait que, ultérieurement, mais toujours pendant la durée de validité de ce marché, des actionnaires privés soient admis à participer au capital de ladite société constituerait un changement d'une condition fondamentale du marché qui nécessiterait une mise en concurrence* ».

La jurisprudence *Stadt Halle* a été aussi appliquée dans un arrêt de la CJCE du 18 janvier 2007, *Auroux*[42] à propos d'un contrat de travaux conclu entre la commune de Roanne et une SEM. Du fait qu'une partie du capital de la SEM était détenue par des actionnaires privés, ledit contrat n'est pas un marché maison[43]. Toutefois, la rigueur de cette solution est atténuée par la CJCE dans son arrêt du 15 octobre 2009, *Acoset SpA*[44] où la haute juridiction communautaire valide l'attribution directe, donc sans publicité et mise en concurrence préalables, d'un service public impliquant la réalisation de travaux à une société à capital mixte, public et privé spécialement créée pour remplir cette prestation et ayant un objet social unique au motif que l'associé privé a été sélectionné au moyen d'un appel d'offres « *après vérification des conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion se rapportant au service à assurer et des caractéristiques de l'offre au regard des prestations à fournir, pourvu que la procédure d'appel d'offres en question soit conforme aux principes de libre concurrence, de transparence et d'égalité de traitement* ». La CJUE a aussi dénié la qualité de contrat « *in house* » à une convention passée par un pouvoir adjudicateur avec une association d'utilité publique sans but lucratif qui comptait parmi ses membres des institutions privées de solidarité sociale exerçant des activités sans but lucratif ; elle a considéré qu'une telle situation faisait obstacle à ce que le critère du contrôle analogue soit rempli. Elle a considéré qu'un contrat de quasi-régie ne peut ainsi être reconnu, dès lors que cet organisme poursuit des intérêts et des finalités qui sont d'une nature différente de celle des objectifs d'intérêt public dévolus au pouvoir adjudicateur[45].

42. CJCE, 18 janv. 2007, n° C-220/05 : AJDA 2007, p. 1124, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert.
43. Cette solution est rappelée dans l'arrêt de la CJCE, 13 nov. 2008, n° C-324/07, Coditel Brabant SA c/Commune d'Uccle : Contrats-Marchés publ. janv. 2009, n° 4 ; Contrats-Marchés publ. févr. 2009, n° 34, note W. Zimmer et F. Llorens – P. Soler-Couteaux « Le *in house* au secours de l'intercommunalité » : Contrats-Marchés publ. janv. 2009, repère n° 1 ; Z. Ait-El-Kadi, « L'intercommunalité bénéficie de l'exception *in house* », AJDA 2008, p. 2140.
44. CJCE, 15 oct. 2009, n° C-196/08, Acoset SpA : AJDA 2010, p. 105, note J.-D. Dreyfus et M. Peltier.
45. CJUE, 19 juin 2014, n° C-574/12, Centro Hospitalar de Setubal EPE et SUCH.

88. De plus, la jurisprudence apporte d'autres précisions intéressantes sur la notion de marché de quasi-régie. Ainsi la CJCE[46], concernant la condition selon laquelle le cocontractant doit réaliser l'essentiel de ses activités pour le pouvoir adjudicateur, souligne, tout d'abord, que cette condition est satisfaite si l'activité du cocontractant est consacrée principalement à ce pouvoir adjudicateur, « *toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal* » et, ensuite, qu'elle doit s'apprécier, lorsque le capital de la société contractante est détenu par plusieurs personnes publiques, au regard de l'ensemble de ces personnes et non pas d'une seule d'entre elles[47]. De même, la CJCE concernant cette fois la condition selon laquelle le pouvoir adjudicateur doit contrôler son cocontractant de manière comparable au contrôle qu'il exerce sur ses propres services, précise que le second doit être soumis à un contrôle permettant au premier d'influencer ses décisions et la CJCE d'ajouter : « *il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette entité* »[48]. Tel sera le cas si le conseil d'administration est composé de représentants des communes et/ou autres personnes publiques détentrices du capital social[49]. Toutefois si les pouvoirs du conseil d'administration sont très étendus, s'il fixe en particulier les tarifs, et s'il peut déléguer une partie de ses compétences à d'autres organes de gestion, il convient de vérifier si l'entité contrôlée ne dispose pas d'une vocation de marché et d'une marge d'autonomie qui rendraient précaire le contrôle exercé[50]. En outre, le fait que l'autorité publique détienne seule ou avec d'autres autorités publiques, la totalité du capital de la société cocontractante, est un indice fort – mais pas à lui seul décisif – que cette autorité exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. Le Conseil d'État[51] quant à lui, toujours au sujet de cette condition du contrôle, indique que cette condition doit s'apprécier au regard de l'ensemble des personnes publiques ayant créé l'organisme et le composant et non au regard de la seule d'entre elles qui conclu le marché. Cette solution

46. CJCE, 11 mai 2006, n° C-340/04, Carbotermo SpA : Dr. adm. oct. 2006, p. 21, note A. Méménis ; Contrats-Marchés publ. 2006, n° 7, p. 14, note G. Eckert ; AJDA 2006, p. 67.
47. Cette solution est rappelée dans l'arrêt de la CJCE, 13 nov. 2008, Coditel Brabant SA c/Commune d'Uccle, précité ; CJCE, 17 juill. 2008, n° C-371/05, Commission des Communautés européennes c/ République italienne, précité.
48. CJCE, 13 oct. 2005, Parking Brixen GmbH, précité – CJCE, 11 mai 2006, Carbotermo SpA, précité – CJCE, 13 nov. 2008, Coditel Brabant SA c/Commune d'Uccle, précité – CJCE, 17 juill. 2008, n° C-371/05, Commission des Communautés européennes c/ République italienne, précité ; solution appliquée par la jurisprudence française notamment dans un arrêt CAA Paris, 30 juin 2009, Ville de Paris c/ Préfet de la région Île-de-France, Préfet de Paris : AJDA 2009, p. 1766, note F. Lelièvre.
49. CJCE, 13 nov. 2008, Coditel Brabant SA c/Commune d'Uccle, précité ; solution appliquée par la jurisprudence française notamment dans un arrêt de la cour administratice d'appel de Paris, Ville de Paris c/ Préfet de la région Île-de-France, Préfet de Paris, précité.
50. CJCE, 13 nov. 2008, Coditel Brabant SA c/Commune d'Uccle, précité.
51. CE, 6 avr. 2007, Commune d'Aix-en-Provence : Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 191, note G. Eckert.

est confirmée par la CJCE qui considère que lorsqu'une société coopérative intercommunale est composée exclusivement d'autorités publiques « *le contrôle que les autorités affiliées à cette société exercent sur celle-ci, pour être qualifié d'analogue au contrôle qu'elles exercent sur leurs propres services, peut être exercé conjointement par ces autorités, statuant, le cas échéant, à la majorité* »[52]. Il n'est donc pas nécessaire que ce contrôle soit effectué à elle seule par chaque autorité, ce contrôle peut donc être conjoint. Toutefois, dans ce cas, un arrêt de la CJUE du 29 novembre 2012, *Econord Spa* confirme, précise et nuance cette solution[53]. Selon cet arrêt, pour pouvoir bénéficier de l'exception *in house*, chacune des collectivités publiques adhérant à l'entité doit contribuer effectivement au contrôle de celle-ci et pour ce faire, doit participer à son capital et à ses organes de direction et de gestion. Il ne suffit pas que le contrôle sur l'entité soit assuré par l'actionnaire public principal. À cet égard, la cour administrative d'appel de Lyon dans son arrêt du 7 novembre 2012, *Association pour la sauvegarde du cadre de vie de Marsannay-la-Côte*[54], juge qu'une commune qui ne détient que 1,076 % du capital de la SPL, qui ne siège pas au conseil d'administration de cette dernière, n'exerce personnellement aucun contrôle sur celle-ci et ne peut être perçue comme exerçant même conjointement avec les autres actionnaires publics, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Saisi d'un pourvoi contre cet arrêt, le Conseil d'État confirme cette solution[55]. Il résulte de ces arrêts que peuvent être considérés comme des marchés de quasi-régie, pour les conventions conclues entre personnes publiques, les contrats passés entre une commune membre d'un EPCI et ce dernier, car celui-ci est bien contrôlé par l'ensemble des collectivités publiques qui le composent et réalise bien l'essentiel de son activité pour celles-ci. Dès lors, de tels contrats ne sont pas assujettis au droit des marchés publics. Il en est de même, comme l'a souligné le Conseil d'État, des contrats passés entre des personnes publiques et un groupement d'intérêt public qu'elles ont créé pour effectuer exclusivement des prestations de services pour leur compte et répondant à leurs besoins[56]. Cette affaire concernait des contrats de prestations de services conclus entre des établissements de santé et un GIP créé par ces établissements et chargé de mener des activités communes et de coopération entre eux. Il en est de même, enfin, des contrats entre une collectivité publique et un établissement public si le conseil d'administration de cet établissement est

52. CJCE, 19 avr. 2007, n° C-295/05, ASEMFO : AJDA 2007, p. 1759, note E. de Fenoyl – CJCE, 13 nov. 2008, Coditel Brabant SA c/Commune d'Uccle, précité.
53. CJUE, 29 nov. 2012, n° C-182/11 et C-183/11, Econord SpA : Contrats-Marchés publ. 2013, n° 1, note W. Zimmer.
54. CAA Lyon, 7 nov. 2012, Association pour la sauvegarde du cadre de vie de Marsannay-la-Côte : Contrats-Marchés publ. 2013, n° 45, note W. Zimmer.
55. CE, 6 nov. 2013, Commune de Marsannay-la-Côte : Contrats-Marchés publ. 2014, note M. Amilhat ; AJDA 2013, p. 60, note G. Clamour.
56. CE, 4 mars 2009, Syndicat national des industries d'information et de santé : Dr. adm. mai 2009, n° 71, note H. Hoepffner ; LDPA juin 2009, n° 136, note D. Capitant.

composé majoritairement de représentants de cette collectivité, si cet établissement est soumis à un contrôle permettant à la collectivité d'influencer de manière déterminante tant ses objectifs stratégiques que ses décisions importantes, et si cet établissement réalise l'essentiel de son activité au bénéfice de cette collectivité publique. La cour administrative d'appel de Paris a ainsi jugé qu'un contrat, en l'occurrence un bail emphytéotique conclu par la ville de Paris avec l'OPAC de Paris, est un contrat de quasi régie, la ville de Paris, en raison de la présence de ces conditions, exerçant conjointement avec l'État un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services[57].

En outre, un intéressant arrêt de la CJCE rendu le 9 juin 2009, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*[58] indique qu'un contrat instaurant une coopération entre collectivités locales ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public commune à ses collectivités n'est pas un marché de quasi-régie au motif que les collectivités concernées n'exercent aucun contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leur propre service sur leur cocontractant. Néanmoins, la CJCE considère que le contrat en cause n'est pas un marché public de service au sens de la directive 92/50 en vigueur au moment des faits et que sa passation échappe donc à l'obligation de publicité et de mise en concurrence préalables. La Haute juridiction communautaire se fonde sur la circonstance que le contrat passé entre les collectivités locales est l'aboutissement d'une démarche de coopération intercommunale entre les parties à celui-ci et comporte des exigences propres à assurer la mission de service public en cause. Observons que la CJCE prend en compte, notamment, le caractère obligatoire du service public en cause et les engagements des collectivités locales contractantes qui sont directement en rapport avec l'objet du service public.

89. Par ailleurs afin de permettre aux collectivités territoriales de mieux utiliser l'exception à l'obligation de mise en concurrence offerte par la notion de marché de quasi-régie, des sénateurs ont déposé une proposition de loi visant à permettre aux collectivités territoriales et à leurs groupements de créer des sociétés publiques locales dont elles détiennent le capital[59]. Cette proposition de loi a abouti et a donné naissance à la loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales. En vertu de l'article 1er de cette loi, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques

57. CAA Paris, 30 juin 2009, Ville de Paris c/ Préfet de la région Île-de-France, Préfet de Paris, précité.
58. CJCE, 9 juin 2009, n° C-480/06, Commission c/ République fédérale d'Allemagne : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 226, note H. Hoepffner ; AJDA 2009, p. 1715, note J.-D. Dreyfus et S. Rodrigues.
59. Sénat, proposition de loi n° 253, 5 mars 2009. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Les sociétés publiques locales ou le *in house* à la française » : Contrats-Marchés publ. mai 2009, repère 5.

locales (SPL) dont ils détiennent la totalité du capital. Ces sociétés ont un objet très large puisqu'elles peuvent être créées « *pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général* ». En outre, ces sociétés exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires. Ces sociétés revêtent la forme de société anonyme régie par le Code de commerce et sont composées, par dérogation à l'article L. 225-1 de ce code, d'au moins deux actionnaires. Bien sûr, conformément à la volonté des rédacteurs de la loi, les contrats passés par une de ces collectivités publiques ayant fondé la SPL avec celle-ci sont des contrats de quasi-régie, car ils répondent aux critères de ces derniers et échappent aux dispositions du droit des marchés publics, mais aussi au droit des délégations de service public et autres concessions qui prévoit une publicité et une mise en concurrence préalables. Cette solution s'applique aussi aux conventions passées par une des collectivités publiques ayant fondé la SPL d'aménagement (SPLA)[60] avec celle-ci. Toutefois, la collectivité territoriale, avant de passer le contrat de gré à gré avec la SPL ou la SPLA qu'elle a créée, doit vérifier que le contrôle qu'elle exerce sur cette dernière est suffisant pour apparaître comme analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, ce qui sera très souvent le cas du fait que la totalité du capital social est détenue par les collectivités territoriales l'ayant créée et que celles-ci seront fortement représentées dans les organes de gestion et de direction de la SPL. Ceci dit, la collectivité publique qui passe le contrat avec la SPL doit siéger au conseil d'administration de cette dernière pour être perçue comme exerçant, même conjointement avec les autres actionnaires publics, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Dans la négative, elle est regardée par le juge comme n'exerçant personnellement aucun contrôle sur celle-ci et le contrat n'est alors pas un contrat de quasi-régie[61].

De plus, il faut souligner que ces sociétés revêtent, en principe, la qualité de pouvoir adjudicateur et doivent, par conséquent, appliquer pour leurs contrats de travaux, fournitures ou services, les règles de publicité et de mise en concurrence du droit de la commande publique.

Au total, cette loi nous semble opportune, car elle dote les collectivités françaises d'un instrument juridique comparable à leurs homologues de bon nombre d'États de l'Union européenne qui peuvent ainsi profiter comme eux de l'opportunité que leur accordent les directives et la jurisprudence communautaires.

60. Les SPL d'aménagement ont été instaurées par la loi n° 2006-872 du 13 juill. 2006 portant engagement national pour le logement.
61. CAA Lyon, 7 nov. 2012, Association pour la sauvegarde du cadre de vie de Marsannay-la-Côte, précité – CE, 6 nov. 2013, Commune de Marsannay-la-Côte.

L'ordonnance du 23 juillet 2015 confirme globalement et précise ces solutions en son article 17 relatif aux contrats de quasi-régie.

Tout d'abord cet article, dans son I et III, pose trois conditions cumulatives à la reconnaissance d'un tel contrat :

- le contrôle exercé par un pouvoir adjudicateur seul ou conjointement par plusieurs pouvoirs adjudicateurs doit être analogue à celui qu'il(s) exerce(nt) respectivement sur ses ou leurs propres services. Reprenant les apports de la jurisprudence évoquée plus haut, les rédacteurs de l'ordonnance précisent qu'un pouvoir adjudicateur est réputé réaliser sur une personne morale, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur. De même, à propos du contrôle conjoint, l'ordonnance indique que les pouvoirs adjudicateurs sont réputés exercer un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque les conditions suivantes sont réunies : les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ; ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée ; cette dernière ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ;
- l'activité du cocontractant doit être principalement consacrée à ce ou ces pouvoir(s) adjudicateur(s) ou à d'autres personnes morales contrôlées par ce ou ces pouvoir(s) adjudicateur(s). Il est à relever que désormais un seuil minimal est fixé pour caractériser le respect de cette condition. Ce seuil est de plus de 80 %. Dès lors, le cocontractant doit réaliser plus de 80 % de son activité pour ce ou ces pouvoir(s) adjudicateur(s) ou pour d'autres personnes morales contrôlées par ce ou ces dernier(s). L'ordonnance indique que ce pourcentage d'activités est calculé en prenant en compte le chiffre d'affaires total moyen ou tout autre paramètre approprié fondé sur les activités, tel que les coûts supportés, au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du marché public et que si ces éléments ne sont pas disponibles ou ne sont plus pertinents, ce pourcentage est calculé sur la base d'une estimation vraisemblable. Elle devra donc être rigoureuse et se fonder sur des bases objectives ;
- la personne morale contrôlée ne comporte, en principe, pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée. Cette disposition constitue un assouplissement intéressant de l'interdiction de participations directes de capitaux privés au sein

de l'entité contrôlée. Désormais, les participations de capitaux privés n'empêchent pas la reconnaissance d'un contrat de quasi-régie si les trois conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- les capitaux privés ne doivent conférer à leur(s) détenteur(s) aucune capacité de contrôle ou de blocage des décisions du cocontractant,
- ces formes de participations de capitaux privés sont requises par une loi,
- le ou les actionnaire(s) privé(s) ne peut(vent) exercer une influence décisive sur le cocontractant.

Ce type de quasi-régie peut être qualifié de quasi-régie descendante en raison du sens de la relation contractuelle : le contrat est passé par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice avec la personne qu'elle contrôle seule ou conjointement avec d'autres pouvoirs ou entités adjudicateurs.

On observera que l'ordonnance du 23 juillet 2015 supprime la condition selon laquelle le cocontractant du pouvoir adjudicateur, en situation de quasi-régie, doit respecter pour ses propres contrats les règles de passation du droit de la commande publique. Mais bien sûr, le respect de ces règles par l'entité contrôlée s'impose si cette dernière répond elle-même aux critères de la notion de pouvoir adjudicateur.

90. En outre, l'article 17, II indique qu'il y a également contrat de quasi-régie lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, attribue un marché public :

- soit au pouvoir adjudicateur qui la contrôle, y compris lorsque ce contrôle est exercé conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs (...) ; ce type de quasi-régie peut être qualifié de quasi-régie ascendante en raison du sens de la relation contractuelle : le contrat est passé par la personne contrôlée avec le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, y compris l'hypothèse où ce contrôle est exercé conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs ;
- soit à une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur à condition que la personne morale à laquelle est attribué le marché public ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée. Ce type de quasi-régie peut être qualifié de quasi-régie simple horizontale, dite « *entre sœurs* » selon l'intéressante fiche technique publiée par le ministère de l'Économie et des Finances consacrée aux contrats conclus entre entités appartenant au secteur public sur son site Internet[62].

62. www.economie.gouv.fr.

À cet égard et au total, cette fiche technique répertorie ***six types de quasi-régie*** :

- ***quasi-régie simple descendante*** : lorsqu'un pouvoir adjudicateur attribue la réalisation de prestations à une personne morale qu'il contrôle ;
- ***quasi-régie conjointe descendante*** : lorsqu'un ensemble de pouvoirs adjudicateurs confie la réalisation de prestations à une personne morale qu'ils contrôlent conjointement ;
- ***quasi-régie descendante en cascade*** : quand un pouvoir adjudicateur attribue la réalisation de prestations à une personne morale contrôlée par une entité intermédiaire, qui est elle-même contrôlée par ce pouvoir adjudicateur ;
- ***quasi-régie simple ascendante*** : lorsqu'une personne morale contrôlée, qui est elle-même un pouvoir adjudicateur, confie la réalisation de prestations au pouvoir adjudicateur qui la contrôle ;
- ***quasi-régie conjointe ascendante*** : quand une personne morale contrôlée conjointement, qui est elle-même un pouvoir adjudicateur, attribue la réalisation de prestations à un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ;
- ***quasi-régie simple horizontale, dite « entre sœurs »*** : lorsqu'une entité contrôlée, qui est elle-même un pouvoir adjudicateur, confie la réalisation de prestation à une personne morale contrôlée par un même pouvoir adjudicateur.

Enfin, il faut souligner que les pouvoirs adjudicateurs doivent être très vigilants quant à l'utilisation de l'exception à l'application du code représentée par les marchés maisons ou de quasi-régie. En effet, s'ils s'exonèrent du respect du code lors de la passation d'un marché en prétendant que le contrat en question est un marché maison alors que les critères de ce dernier, tels qu'ils sont précisés par la jurisprudence, ne sont pas réunis, ils commettent un délit de favoritisme[63].

Le contrat de quasi-régie doit être distingué du contrat de coopération entre pouvoirs adjudicateurs dits parfois contrats de « *coopération public-public* ».

91. Exclusion des contrats de coopération entre pouvoirs adjudicateurs – Cette exclusion du champ d'application du droit des marchés publics trouve son origine dans la jurisprudence de la CJCE du 9 juin 2009, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, déjà évoquée plus haut. Elle est reprise à l'article 12,4 de la directive 2014/24/UE et à l'article 28,4 de la directive 2014/25/UE et donc fort logiquement à l'article 18 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Ce dernier dispose que cette ordonnance « *n'est pas applicable aux marchés publics par lesquels les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, établissent ou mettent en œuvre une coopération dans le but de garantir que les services*

63. Cass. crim., 25 juin 2008, F-P+F, précité.

publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° La mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général ;

2° Les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération (...) »

L'examen de ces contrats de coopération entre pouvoirs adjudicateurs a fait l'objet d'une jurisprudence intéressante de la Cour de justice européenne qui en a précisé le sens.

Concernant l'objet de cette coopération qui est de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, la CJUE précise que la mission d'intérêt général doit être commune aux pouvoirs adjudicateurs. Par conséquent se trouvent exclues les situations où une mission serait simplement confiée unilatéralement par une personne publique à une autre et où la première se limiterait à déléguer cette mission qui serait complètement prise en charge par la seconde[64]. Mais cette solution ne signifie pas que chaque partenaire publique doive participer obligatoirement à parts égales à l'exécution de la mission. La coopération peut, en effet, donner lieu à une répartition des tâches ou reposer sur une certaine spécialisation d'un des acteurs. Toutefois, la convention doit prévoir une exécution conjointe de la même mission, autrement dit une véritable coopération, par opposition à un marché public authentique, où l'une des parties exécute pour l'autre une prestation définie au contrat et répondant aux besoins exclusifs de l'autre contre rémunération. Cette coopération a pour objectif d'assurer conjointement l'exécution d'une mission de service public dévolue à tous les partenaires. Une attribution unilatérale d'une prestation par un pouvoir adjudicateur à un autre ne saurait être analysée comme une coopération. En effet, l'un des pouvoirs adjudicateurs ne doit pas pouvoir être perçu comme un donneur d'ordres et l'autre comme un prestataire. Dans l'affaire *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento* susévoquée, la Cour de justice européenne a ainsi considéré que le contrat par lequel une agence sanitaire avait confié à une université une mission d'étude et d'évaluation de la vulnérabilité sismique des structures hospitalières n'assurait pas la mise en œuvre d'une mission de service public commune aux deux entités publiques, en l'espèce une mission de recherche scientifique, mais correspondait à une activité généralement effectuée par des ingénieurs ou des architectes, autrement dit par des opérateurs économiques.

À cet égard, il faut souligner que la CJUE analyse strictement le critère relatif à l'exercice en commun d'une mission de service public et exclut toutes les hypothèses où une entité publique se borne à confier une mission sans y prendre véritablement part, mais également celles qui ne se perçoivent pas

64. CJUE, 19 déc. 2012, n° C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento.

suffisamment comme une collaboration partagée dans le cadre de la réalisation d'une mission commune. Dans une décision du 20 juin 2013, elle a ainsi refusé de voir une coopération entre personnes publiques dans le contrat conclu entre une commune et une université ayant pour objet des activités de soutien à l'élaboration du plan de reconstruction des parties du territoire endommagées par un séisme au motif que « *ces contrats comportent un ensemble d'aspects matériels dont une partie importante, voire prépondérante, correspond à des activités généralement effectuées par des ingénieurs ou des architectes et qui, bien qu'elles soient basées sur un fondement scientifique, ne s'apparentent cependant pas à la recherche scientifique* ». Pour la Cour, une telle convention n'amenait pas ces personnes publiques à concourir à une mission de service public véritablement commune aux deux partenaires[65].

De même, dans une décision du 13 juin 2013, la CJUE a considéré qu'un contrat par lequel un groupement de communes avait confié le nettoyage de locaux administratifs et scolaires à une commune membre de ce groupement n'avait pas pour objet d'instaurer une coopération entre les deux entités publiques contractantes en vue de la mise en œuvre d'une mission de service public commune[66]. Il faut donc une collaboration ou coopération authentique comme dans l'arrêt *Commission c/ République fédérale d'Allemagne* fondateur de cette exclusion où la CJCE observe que le contrat en cause instaure une coopération entre collectivités locales ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à ces dernières, à savoir l'élimination de déchets. De plus comme le souligne le considérant 33, § 3 de la directive 2014/24/UE, « *cette coopération n'exige pas que tous les pouvoirs participants se chargent de l'exécution des principales obligations contractuelles, tant que l'engagement a été pris de coopérer à l'exécution du service public en question. En outre, la mise en œuvre de la coopération, y compris tout transfert financier entre les pouvoirs adjudicateurs participants, ne devrait obéir qu'à des considérations d'intérêt public* » ce qui exclut que cette coopération obéisse à un intérêt commercial. À cet égard, les coûts et frais de gestion dus aux pouvoirs adjudicateurs à raison des tâches qu'ils réalisent dans le cadre de l'exercice en commun de leur mission de service public doivent demeurer raisonnables par rapport aux pratiques du marché quand ces tâches sont assurées par un opérateur économique. Un coût qui serait égal ou supérieur aux coûts d'un tel opérateur pourrait conduire à penser que le pouvoir adjudicateur agit comme un prestataire réalisant une activité commerciale pour répondre aux besoins d'un acheteur public.

---

65. CJUE, ord., 20 juin 2013, n° C-352/12, Consiglio Nazionale degli Ingegneri c/ Comune di Castelvecchio Subequo et Comune di Barisciano : Contrats-Marchés publ. août 2013, comm. 217, obs. M. Ubaud-Bergeron – V. aussi pour une espèce et une solution semblables : CJUE, ord., 16 mai 2013, n° C-564/11, Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e. a. c/ Comune di Pavia : Contrats-Marchés publ. août 2013, comm. 219, obs. M. Ubaud-Bergeron.
66. CJUE, 13 juin 2013, aff. n° C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH c/ Kreis Düren : Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 213, note W. Zimmer.

Par ailleurs, avant l'entrée en vigueur de la directive 2014/24/UE, la jurisprudence limitait la notion de coopération entre acteurs publics aux seuls « *contrats conclus exclusivement par des entités publiques, sans la participation d'une partie privée* » afin « *qu'aucun prestataire privé ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents* »[67]. Mais désormais, le considérant 32 de la directive 2014/24/UE indique que les organismes de droit public, qui peuvent comporter une participation de capitaux privés, doivent être en mesure de se prévaloir de l'exemption relative à la coopération horizontale, lorsque toutes les conditions de la reconnaissance d'une telle coopération sont remplies. Si l'exclusion d'une telle coopération ne peut résulter de la seule présence de capitaux privés dans l'une des entités, la directive 2014/24/UE en son considérant 33 précise que dans ce cas il faut « *qu'aucun prestataire privé de service ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents* ». Dès lors, le ou les actionnaire(s) privé(s) ne doit(vent) pas être en mesure d'intervenir dans les décisions relatives à la mission, objet de la coopération, et ne dispose(nt) ainsi d'aucune capacité de contrôle et de blocage.

92. Marché de services passés avec un autre pouvoir adjudicateur disposant d'un droit exclusif – Ensuite, l'article 3, 2° du code exclut du champ d'application de ce dernier, les accords-cadres et marchés de services conclus par un de ses pouvoirs adjudicateurs avec un autre de ses pouvoirs adjudicateurs ou avec une personne soumise à l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics et visées à l'article 3, I de cette ordonnance, quand ce cocontractant bénéficie « *sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif* » ayant pour effet de lui réserver l'exercice d'une activité « *à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ».

Cette exclusion, déjà présente, sous une autre rédaction, dans les codes de 2001 et 2004, avait alors pour origine l'article 6 de la directive du 18 juin 1992 relative aux marchés publics de services, est désormais issue de l'article 18 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 qui prévoit qu'elle « *ne s'applique pas aux marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur à un autre pouvoir adjudicateur ou à une association de pouvoirs adjudicateurs* (...) *sur la base d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité* ». Cette exclusion est reprise à l'article 25 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. C'est pourquoi elle est aussi reprise par l'article 136 du code à propos des accords-cadres et marchés de services passés par les entités

67. Cf. notamment CJUE, 9 juin 2009, n° C-480/06, Commission c/ Allemagne, précité – CJUE, 19 déc. 2012, n° C-159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e. a, précité.

adjudicatrices. Cette exclusion est conservée à l'article 11 de la directive 2014/24/UE et elle est donc maintenue à l'article 14, 1° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui indique qu'elle n'est pas applicable aux « (...) *marchés publics de services conclus avec un acheteur soumis à la présente ordonnance lorsque cet acheteur bénéficie, en vertu d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ».

La notion de droit exclusif est délicate. On peut toutefois considérer que le droit exclusif réserve une activité à une personne déterminée préalablement à la conclusion du contrat. Dès lors, ce dernier est passé sur la base de droits exclusifs. C'est ainsi que l'obligation faite à l'État et à ses établissements publics, posée par un décret du 22 novembre 2004, de fournir à l'Institut géographique national (IGN) les données en leur possession et de recourir au « *référentiel à grande échelle* », qui est une base de données qui rassemble un ensemble d'informations géographiques numérisées de précision métrique, élaborée et gérée par l'IGN, a été perçue par le Conseil d'État comme constituant un droit exclusif[68]. La circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics définissait le droit exclusif « *comme la situation dans laquelle est confié à une personne, par un acte législatif ou réglementaire, l'exercice d'une mission d'intérêt général. Ce droit a pour effet de réserver à cette personne l'exercice de l'activité en cause. En conséquence, l'acheteur public peut s'adresser à cette personne directement, c'est-à-dire sans formalité de publicité ou de mise en concurrence, pour lui demander une prestation de services* ». La fiche technique publiée par le ministère de l'Économie et des Finances sur son site Internet[69], consacrée aux exclusions de l'article 14 de l'ordonnance relative aux marchés publics applicables aux pouvoirs adjudicateurs, perçoit le droit exclusif « *comme la situation dans laquelle le cocontractant d'un acheteur se voit confier, par un acte législatif ou réglementaire, l'exercice d'une mission d'intérêt général. Ce droit a donc pour effet de réserver à cette personne l'exercice de l'activité en cause* ». Elle poursuit en indiquant que « *Cette exception, cantonnée aux marchés publics de services, oblige l'acheteur à s'adresser directement, c'est-à-dire sans formalité de publicité ou de mise en concurrence, au bénéficiaire du droit exclusif aux fins d'exécuter une prestation de service* ».

Quant à l'acte qui confère ces droits exclusifs, il peut à coup sûr revêtir la forme d'une loi ou d'un règlement. En revanche, il ne peut consister dans le contrat lui-même. En effet, l'analyse de la disposition amène à penser que le droit exclusif doit avoir été accordé à son bénéficiaire avant l'engagement de la procédure contractuelle. Mais on peut estimer qu'il peut avoir été conféré par un contrat antérieurement conclu. On peut enfin penser que ce droit exclusif peut avoir été donné par un acte administratif unilatéral à condition que la

68. CE, 26 janv. 2007, Syndicat professionnel de la géomatique : Contrats-Marchés publ. mars 2007, n° 67, note W. Zimmer.

69. www.economie.gouv.fr.

collectivité ait pu prendre cet acte au regard des compétences qui lui sont reconnues par les lois.

Enfin, l'acte en cause qu'elle qu'en soit la forme, doit être compatible avec le traité CE[70], désormais traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et avec le droit de la concurrence[71]. À cet égard et conformément à l'article 86 du traité CE, désormais article 106 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le droit exclusif ne peut être accordé qu'en vue de l'accomplissement d'une mission de service d'intérêt économique général justifiant l'exclusion ou la restriction de concurrence sur les marchés de services en question, ces restrictions ou limitations devant rester proportionnées aux nécessités de ladite mission[72].

93. Au total, et malgré les exclusions prévues à l'article 3, 1 et 3, 2 du Code des marchés publics et maintenant aux articles 17, 18, 14, 1° de l'ordonnance du 23 juillet 2015, le droit des marchés publics a désormais vocation à s'appliquer aux marchés entre personnes publiques. Dès lors, les contrats passés entre une collectivité locale et un service technique déconcentré de l'État, les contrats entre collectivités locales, les contrats entre une collectivité locale et un établissement public, s'ils ont pour objet la réalisation de travaux, de fournitures ou de service et s'ils ont un caractère onéreux, sont des marchés publics et sont assujettis aux règles du droit des marchés publics. Cela dit, la candidature des établissements publics administratifs à de tels marchés est soumise aux conditions dégagées par le Conseil d'État dans son avis du 8 novembre 2000, *Société J.-L. Bernard Consultants* (précité).

94. Autres exclusions – Il faut tout d'abord mentionner les exclusions spécifiques à l'article 138 du Code des marchés publics reprises par l'article 19 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Ces textes excluent du champ d'application du droit des marchés publics, les contrats passés par une entité adjudicatrice avec une entreprise qui lui est liée. Est une entreprise liée à une entité adjudicatrice, au sens de l'article 138 du Code des marchés publics, une entreprise qui est soumise directement ou indirectement à l'influence dominante de cette entité soit parce que cette dernière, directement ou indirectement, détient la majorité du capital social, dispose de la majorité des droits de vote ou peut désigner la majorité des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de cette entreprise. Les contrats ainsi exclus du champ d'application du droit des marchés publics sont ceux portant sur des services ou des fournitures ou des travaux quand l'entreprise liée a réalisé au cours des trois dernières années, au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière respectivement de services, de fournitures, de travaux avec les entités adjudicatrices auxquelles elle est liée. Cette exclusion est reprise et précisée par

70. CE, 8 nov. 1996, Fédération française des Sociétés d'assurance : Lebon, p. 441.
71. CE, 7 juill. 2000, Fédération française des Sociétés d'assurance.
72. Pour un exemple de contrôle de cette proportionnalité, voir CE, 26 janv. 2007, Syndicat professionnel de la géomatique, précité.

l'article 19 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Le II de cet article dispose ainsi que sont des entreprises liées à une entité adjudicatrice :

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

2° Les entreprises qui sont susceptibles d'être, directement ou indirectement, soumises à l'influence dominante de l'entité adjudicatrice c'est-à-dire lorsque celle-ci, directement ou indirectement, détient la majorité de leur capital, dispose de la majorité des droits de vote ou peut désigner plus de la moitié des membres de leur organe d'administration, de direction ou de surveillance ;

3° Les entreprises qui sont susceptibles d'exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice au sens décrit précédemment ;

4° Les entreprises qui sont soumises à l'influence dominante d'une entreprise exerçant elle-même une telle influence dominante sur l'entité adjudicatrice au sens décrit précédemment. »

95. L'exclusion des marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise – Cette exclusion prévue à l'article 139 du Code des marchés publics est reprise par l'article 20 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. En effet, ces textes excluent du champ d'application du droit des marchés publics, les contrats passés par un organisme constitué exclusivement par des entités adjudicatrices pour exercer l'une des activités d'opérateur de réseaux entrant dans le champ d'application du droit des marchés publics avec l'une de ces entités adjudicatrices. Ne sont pas non plus soumis au droit des marchés publics les contrats passés par une entité adjudicatrice avec un tel organisme dont elle fait partie. Deux conditions relatives à l'organisme sont exigées : ce dernier a été constitué pour exercer son activité pour une période d'au moins trois ans et selon les termes de ses statuts, les entités adjudicatrices qui l'ont constitué en demeurent parties prenantes, au moins pendant cette même période.

Au total, on perçoit bien que le champ d'application organique du droit des marchés publics a subi une évolution importante : la stabilité initiale de ce champ d'application tel qu'il résultait des codes des marchés publics successifs a été remplacée par un élargissement remarquable de celui-ci provoqué par l'ordonnance du 23 juillet 2015. Le champ d'application matériel de ces Codes n'a pas connu une telle stabilité et a lui aussi été sensiblement affecté par cette ordonnance.

Section 2 Le champ d'application matériel

96. Un champ d'application matériel largement étendu – Celui-ci est largement étendu par rapport à celui qui prévalait dans l'acception traditionnelle du marché public et donc sous l'empire du code de 1964. Cette extension s'explique par l'inspiration des directives communautaires qui prévaut, là encore. D'ailleurs, ces dernières ont conduit les auteurs du code et de

l'ordonnance du 23 juillet 2015 à exclure de son champ d'application divers marchés du fait de leur objet.

97. Marché public de travaux – Tout d'abord, l'article 1er, III du code de 2006, tout comme ceux de 2001 et de 2004, indique, en dépit d'une modification rédactionnelle, que les marchés publics de travaux ont pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil à la demande d'un pouvoir adjudicateur exerçant la maîtrise d'ouvrage. Simplement, le code de 2006, plus précis que les deux précédents, prévoit que cette réalisation peut consister soit en l'exécution soit conjointement en la conception et l'exécution de tels travaux et que ces derniers répondent à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. À un point près important, l'article 5, I de l'ordonnance du 23 juillet 2015 adopte une définition proche de l'objet du marché public de travaux. Ainsi dispose-t-il : « *Les marchés publics de travaux ont pour objet :*

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

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

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

La liste de travaux objet du marché public annoncée au 1° de cet article, concerne toutes les activités relatives à la construction et la rénovation d'un ouvrage immobilier et globalement les travaux de bâtiment ou de génie civil. Au demeurant, l'article 2.1.6.a de la directive 2014/24/UE, qui définit les marchés publics de travaux renvoie à une liste de travaux dressée à l'annexe II de cette directive. Cette liste mentionne pour l'essentiel les travaux suivants : construction, démolition et terrassements, forages et sondages, construction d'ouvrages de bâtiment ou de génie civil, travaux de construction, réalisation de charpentes et de couvertures, construction de chaussées, travaux d'isolation d'installation électrique, de plomberie, de plâtrerie menuiserie, revêtement des sols et des murs. Cette liste est confirmée par un avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique, publiée au JORF n° 0074 du 27 mars 2016. Par ailleurs, il est un des critères importants de la définition française du marché public de travaux qui disparaît de la définition retenue à l'article 5, I de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : il s'agit de la nécessaire détention de la maîtrise d'ouvrage par l'acheteur public.

98. La question de la détention de la maîtrise d'ouvrage par l'acheteur public – La définition de l'objet du marché public de travaux retenue par le Code des marchés publics de 2001 et conservée par les codes de 2004 et de 2006 et a pour innovation principale par rapport à celle du code de 1964, de préciser que la personne publique doit détenir la maîtrise d'ouvrage. On sait que le maître d'ouvrage est la personne juridique pour le compte de laquelle les travaux sont effectués. Cette disposition reprend la jurisprudence administrative qui veut, pour reconnaître un marché public de travaux, que la

personne publique adjudicatrice assume les fonctions de maître d'ouvrage et, qu'ainsi, les travaux soient exécutés sous son contrôle et directement pour son compte. Cette exigence exclut du droit des marchés publics toutes les formules contractuelles où c'est le cocontractant privé de la personne publique qui assure la maîtrise d'ouvrage. Il en est ainsi du bail emphytéotique administratif, du crédit-bail immobilier, de la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA)[73]. Cette exigence expressément affirmée par le Code des marchés publics est un particularisme de la conception française du marché public de travaux par rapport à la définition communautaire de ce contrat qui n'implique pas que le pouvoir adjudicateur détienne la maîtrise d'ouvrage publique. Dans cette dernière, ce qui compte c'est que l'ouvrage ou les travaux soient réalisés pour répondre spécifiquement aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. C'est donc à ce dernier de fixer et de décrire ses besoins auxquels doivent répondre les travaux ou l'ouvrage objets du marché et donc les caractéristiques de ceux-ci, en revanche il n'est pas indispensable qu'il exerce lui-même la maîtrise d'ouvrage[74]. Il n'est, au demeurant, même pas nécessaire que le pouvoir adjudicateur devienne propriétaire de tout ou partie de l'ouvrage réalisé[75] ce que confirme un autre important arrêt de la haute juridiction communautaire qui ajoute que la directive 2004/18 impose que, dans un marché de travaux, « *les travaux faisant l'objet du marché soient exécutés dans l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur, sans que toutefois il soit nécessaire que la prestation prenne la forme de l'acquisition d'un objet matériel ou physique* »[76]. En conséquence, les contrats qui ne sont pas des marchés publics au sens du Code des marchés publics du fait que le pouvoir adjudicateur n'a pas la maîtrise d'ouvrage peuvent être des marchés publics au sens communautaire et, si leur montant atteint les seuils communautaires, bien que non assujettis au Code des marchés publics, ils sont soumis aux dispositions de la directive communautaire qui les vise[77].

Ce particularisme de l'acception française du marché public de travaux par rapport à la conception communautaire, ne pouvait perdurer infiniment,

---

73. Pour une application jurisprudentielle du bail emphytéotique administratif, voir CE, 25 févr. 1994, Sofap Marignan Immobilier : RFDA 1994, p. 510, concl. J. Arrighi de Casanova ; CJEG 1994, p. 569, chron. E. Fâtome et P. Terneyre. À propos du crédit-bail immobilier, voir CE, avis, 31 janv. 1995 : AJDA 1997, p. 126, étude E. Fâtome et P. Terneyre. Enfin, concernant la VEFA, voir CE, 8 févr. 1991, Région Midi-Pyrénées : RFDA 1992, p. 48, concl. M. Pochard ; CJEG 1991, p. 251, chron. F. Llorens ; CE, 14 mai 2008, Communauté de Communes de Millau-Grands Causses : Dr. adm. juill. 2008, n° 95.
74. CJCE, 29 oct. 2009, n° C-536/07, Commission c/ République fédérale d'Allemagne : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 129, note W. Zimmer.
75. CJCE, 18 janv. 2007, n° C-220/05, Jean Auroux c/ Commune de Roanne : Contrats-Marchés publ. 2007, n° 38, note W. Zimmer.
76. CJCE, 25 mars 2010, n° C-451/08, Helmut Müller c/ Bundesanstalt für Immobilienaugaben : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 164, note W. Zimmer.
77. CAA Nantes, plén., 19 déc. 2007, M. et M^me^ Josse c/ Commune de Chavagne : Contrats-Marchés publ. 2008, n° 51, note J.-P. Piétri – CAA Nantes, plén., 10 nov. 2010, Association GARIG et a. : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 66, obs. F. Llorens.

alors même que la directive 2014/24/UE est inchangée sur ce point, et au moment même où les pouvoirs publics français ont décidé de regrouper dans un même texte, différents contrats de la commande publique qui ne prévoient pas tous une maîtrise d'ouvrage publique. Aussi, cette exigence de détention de la maîtrise d'ouvrage par le pouvoir adjudicateur a-t-elle été abandonnée par l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui reprend les mêmes termes que la définition communautaire du marché public de travaux (article 2.1.6.a de la directive 2014/24/UE) en indiquant que l'ouvrage conçu et réalisé ou simplement réalisé doit répondre aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception. Cette exigence est plus large que celle relative à la détention de la maîtrise d'ouvrage et englobe tous les contrats de travaux immobiliers destinés à répondre aux besoins et aux caractéristiques exprimés par le pouvoir adjudicateur. En outre, elle permet d'intégrer, comme nous l'aborderons plus tard, les partenariats public-privé, dans le champ d'application matériel du droit des marchés publics.

99. Diversité des travaux objet du marché – La mention que les marchés publics de travaux ont pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil indique que les travaux immobiliers en cause sont très divers et ne constituent pas nécessairement des travaux publics. Dès lors, ici aussi, les marchés publics de travaux sont à distinguer des marchés de travaux publics. Cela dit comme nous le verrons ultérieurement, du fait d'autres nouvelles dispositions du droit des marchés publics, cette distinction n'a plus d'intérêt relativement à la compétence contentieuse.

100. L'objet du marché public de fourniture – Concernant maintenant l'objet du marché public de fournitures, celui-ci consiste en l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou matériels. Cet objet est directement inspiré de celui qui était décrit à l'article 1er a de la directive fournitures du 14 juin 1993, objet qui est repris dans la directive du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, fournitures et de service et à l'article 2.1.8 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014. Dès lors, l'article 5, II de l'ordonnance du 23 juillet 2015 dispose que « *Les marchés publics de fournitures ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits.* » Cet objet est beaucoup plus large que celui qui résultait de l'ancienne et traditionnelle acception du marché public tel que décrit dans le Code des marchés publics de 1964 qui visait fondamentalement la vente de produits ou matériels. Par ailleurs, la notion de marché public de fournitures est cantonnée aux marchés portant sur des objets mobiliers, elle n'intègre pas les ventes, locations-ventes ou contrats de crédit-bail relatifs à des biens immobiliers.

En outre, les marchés publics de fournitures continuent de regrouper les marchés publics de fournitures courantes et les marchés industriels.

101. L'objet des marchés publics de services – Concernant enfin les marchés publics de services, le Code prévoit, comme l'article 5, III de l'ordonnance du 23 juillet 2015, qu'ils ont pour objet la réalisation de prestations de services. Cette formule utilisée par le Code et l'ordonnance est des plus vagues, car la notion de prestations de services n'a pas de sens précis. On peut même affirmer qu'elle inclut la gestion d'un service public puisque la jurisprudence considère que les contrats de gérance sont des marchés publics[78] et qu'un marché public de services peut consentir la délégation d'un service public[79]. D'ailleurs, certains juristes décèlent des marchés de service public constitutifs d'une catégorie spécifique de marchés publics[80].

En outre, le code de 2006 précise, contrairement à ces deux prédécesseurs où cela était sous-entendu, que les marchés publics de services sont conclus avec des prestataires de services. Cette précision est abandonnée par l'article 5, III de l'ordonnance du 23 juillet 2015, mais cela ne change rien à l'objet du marché public de services. Les marchés publics de services continuent de recouvrer les prestations de services courants, les prestations de transport, les prestations intellectuelles (voir *supra*, n^os^ 29-34).

102. Les marchés publics à objet mixte – En outre, l'article 1^er^, III alinéas 4 et 5 du code, indique qu'un marché public peut porter à la fois sur des services et des fournitures ou sur des services et des travaux et, dans ce cas, pour le qualifier, il faut prendre en considération la prestation dominante. De même, comme le prévoit le dernier alinéa de cet article, un marché public peut porter sur des fournitures et comporter, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation de celles-ci ; dans ce cas, il est considéré comme un marché public de fournitures. Le traitement des marchés publics à objet mixte par l'article 5, IV de l'ordonnance du 23 juillet 2015 est très proche puisqu'il prévoit que lorsqu'un marché public porte sur des travaux et sur des fournitures ou des services, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux et que lorsqu'un marché public a pour objet des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées.

103. L'exclusion de certains marchés du champ d'application matériel du droit des marchés publics – Ainsi défini par les codes de 2001, de 2004 et de 2006 et par l'ordonnance du 23 juillet 2015, le champ d'application matériel du droit des marchés publics est assez vaste. Néanmoins, pour tenir compte du droit communautaire, certains contrats ont été tenus à l'écart de ce champ d'application en raison de leur objet.

78. CE, 7 avr. 1999, Commune de Guilherand-Granges : AJDA 1999, p. 517, concl. C. Bergeal.
79. CE, 6 avr. 2007, Commune d'Aix-en-Provence : Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 191, note G. Eckert.
80. En ce sens, D. Moreau, « Marchés de services publics : identification d'une catégorie de marchés à part », CP-ACCP avr. 2004, n° 32, p. 67.

104. Les exclusions communes aux contrats des pouvoirs et des entités adjudicateurs – En vertu de l'article 3 du Code des marchés publics de 2006 quelque peu modifié et complété par rapport à ses versions de 2004 et de 2001, pour tenir compte en particulier des exclusions contenues dans la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, et de l'article 136 de ce code, et désormais de l'article 14 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui transpose les exclusions prévues par la directive 2014/24/UE, sont donc exclus du droit des marchés publics les contrats suivants passés par un pouvoir adjudicateur ou par une entité adjudicatrice :

- ***les contrats qui ont pour objet l'acquisition ou la location***, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens, sauf les contrats de services financiers conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location ; ce dernier élément de phrase concerne les contrats de crédit-bail qui restent assujettis au Code des marchés publics ; cette exclusion est reprise en ces termes à l'article 14, 2° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : « *Les marchés publics de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens* » ;
- ***les contrats qui ont pour objet des services financiers relatifs à l'émission***, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers et à des opérations d'approvisionnement en argent ou en capital ; cette dernière exclusion reste source de difficulté au regard du droit communautaire, car elle semble continuer de concerner les contrats d'emprunts, car comme le souligne justement F. Robbe[81] « *qu'est-ce qu'un emprunt, sinon une "opération d'approvisionnement en argent" ?* ». Or, bien que sur ce point, les rédacteurs du code aient repris presque mot pour mot la rédaction de l'article 16, point d de la directive 2004/18 (qui reprend l'article 8 de la directive 92/50/CEE) procédant à exclusion des services financiers, cette même directive intègre dans son champ d'application les services bancaires et d'investissement et donc, on peut aussi le penser, les contrats d'emprunt qu'elle assujettit à toutes ses dispositions[82]. Il fallait donc souhaiter que la CJUE ait à se prononcer sur cette question et indique enfin si les contrats d'emprunts peuvent être dispensés des règles applicables aux marchés publics. Cette exclusion est reprise à l'article 14, 7° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 en ces termes : « *Les marchés publics de services financiers liés à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de*

81. « Les contrats d'emprunt », Gaz. cnes 1er janv. 2007, p. 52.
82. C'est d'ailleurs la position à la fois de la Commission européenne, exprimée dans sa lettre de mise en demeure de mars 2002 et dans son avis motivé du 17 octobre 2002 adressés à la France, et du Conseil d'État, qui censure la première version de l'article 3 du code de 2004 excluant expressément les contrats d'emprunt du champ d'application du code (CE, 23 févr. 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics, req. nos 264712, 265248, 265281 et 265343).

titres ou d'autres instruments financiers définis à l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier, à des services fournis par des banques centrales ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le Mécanisme européen de stabilité ». Mais surtout, cette exclusion est complétée par l'article 14, 8° de l'ordonnance du 23 juillet 2015, qui lève l'ambiguïté sur les contrats d'emprunts qui sont expressément exclus de son champ d'application ;

- ***les contrats de services de recherche et de développement*** autres que ceux pour lesquels le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice finance intégralement et acquiert complètement les résultats ; cette exclusion s'applique aux hypothèses où la personne publique se limite à participer, par l'achat de services, au financement d'un projet de recherche et développement qui ne répond pas à l'un de ses besoins propres et dont les résultats ne l'intéressent qu'en partie, elle concerne les programmes de recherche et de développement dépourvus de prolongement industriel direct, c'est-à-dire au profit du pouvoir adjudicateur et ne vise pas, bien sûr, les marchés d'étude. Cette exclusion est maintenue à l'article 14, 3° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ;
- ***les contrats d'achat d'œuvres ou d'objets d'art existants, d'antiquité ou de collection*** ; cette exclusion est logique, car ce type d'acquisition cadre fort mal avec la procédure de passation des marchés publics. Cette exclusion est désormais cantonnée aux œuvres ou objets d'art préexistants et ne concerne plus ceux à réaliser contrairement aux dispositions des Codes de 2001 et de 2004. Elle est abandonnée par l'ordonnance du 23 juillet 2015, car elle n'était pas prévue par les directives communautaires ; toutefois, ces achats d'œuvres d'art bénéficient de l'application de la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables conformément à l'article 30, 3°, a du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics qui dans la liste des cas d'ouverture à cette procédure mentionne les marchés publics ayant « *pour objet la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique* » ;
- ***les contrats conclus en vertu de la procédure spécifique d'une organisation internationale***, cette exclusion mentionnée à l'article 3 du Code des marchés publics est maintenue à l'article 14, 12°, b et 14, 13° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ;
- ***des contrats conclus « selon des règles de passation particulières prévues par un accord international*** y compris un arrangement administratif, relatif au stationnement des troupes ou conclu entre au moins un État membre de l'Union européenne et au moins un État tiers en vue de la réalisation ou de l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage » ; cette exclusion mentionnée à l'article 3 du Code des marchés publics est maintenue à l'article 14, 5° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sous la forme suivante : « *Les marchés publics qui doivent être conclus selon des procédures prévues par un accord international, y compris un arrangement administratif, relatif au stationnement de troupes* » ;

- ***des contrats, qui exigent le secret*** ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux règles en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige, la CJCE a considéré que relevait de cette exclusion un contrat portant sur une prestation de photographie aérienne de la côte belge ayant une fin de sécurité d'installations de l'État belge, mais aussi de celles de l'OTAN implantées en Belgique[83]. Cette exclusion mentionnée à l'article 3 du Code des marchés publics est maintenue à l'article 14, 11° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ;
- ***des contrats de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation***, cette exclusion mentionnée à l'article 3 du Code des marchés publics est maintenue à l'article 14, 4° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ;
- ***des contrats de services concernant les contrats de travail***, cette exclusion mentionnée à l'article 3 du Code des marchés publics n'est pas reprise à l'article 14 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Toutefois, l'article 7, 3° de cette dernière indique que les contrats de travail ne sont pas des marchés publics, tandis que la directive 2014/24 en son article 10, g exclut de son champ d'application les contrats d'emploi.

Il convient de préciser que des exclusions sont ajoutées par l'ordonnance du 23 juillet 2015. Certains services juridiques sont ainsi exclus du champ d'application du droit des marchés publics, il s'agit :

- des services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires ;
- des services fournis par des administrateurs, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction ;
- des services qui sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique.

En revanche, les contrats portant sur la représentation en justice et les contrats de conseil juridique sont assujettis au droit des marchés publics. Sont également exclus, lorsqu'ils sont attribués à une organisation ou une association à but non lucratif :

- des marchés publics de services d'incendie et de secours ;
- des marchés publics de services de protection civile ;
- des marchés publics de services de sécurité nucléaire ;
- des marchés publics de services ambulanciers, à l'exception de ceux ayant pour objet exclusif le transport de patients ;
- des marchés publics de services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro.

83. CJCE, 16 oct. 2003, n° C-252/01, Commission c/ Royaume de Belgique : Contrats-Marchés publ. 2004, n° 4, note F. Oliver.

105. Les exclusions spécifiques aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs – Sont également exclus, mais seulement en vertu de l'article 3 du code, et désormais en vertu de l'article 14, 14° et suivant de l'ordonnance du 23 juillet 2015, les contrats suivants passés par un pouvoir adjudicateur :

- les contrats qui ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes par des organismes de radiodiffusion, ou l'achat de temps de diffusion ; cette exclusion mentionnée à l'article 3 du Code des marchés publics est maintenue, précisée et complétée à l'article 14, 14° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et vise les marchés publics de services qui :
  - soit sont relatifs au temps de diffusion ou à la fourniture de programmes lorsqu'ils sont attribués à des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou à des organismes de radiodiffusion,
  - soit ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion et attribués par des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou radiophonique ;
- des contrats qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communication électronique ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communications électroniques, exclusion mentionnée à l'article 3 du Code des marchés publics et conservée par l'article 14, 15° de l'ordonnance du 23 juillet 2015. La directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques définit le réseau public de communications comme *« un réseau de communications électroniques utilisé entièrement ou principalement pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public »* ;
- ***les contrats de services fournis au pouvoir adjudicateur par les banques centrales*** ; cette exclusion en vertu du Code des marchés publics de 2006 ne concernait que les marchés de pouvoirs adjudicateurs, désormais, en vertu de l'ordonnance marché public, elle est commune aux marchés des pouvoirs et des entités adjudicateurs ;
- ***des contrats passés pour l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux*** dans un État membre des Communautés européennes de l'Union européenne qui ne sont plus soumis au Code conformément à son article 140, c'est-à-dire après constatation par la Commission européenne que dans cet État, cette activité est exercée sur des marchés concurrentiels dont l'accès n'est pas limité. Cette exclusion mentionnée à l'article 3 du Code des marchés publics est abandonnée par l'article 14 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Il convient de préciser que des exclusions spécifiques aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs sont ajoutées par l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Il s'agit tout d'abord de certains marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur qui fournit des services postaux au sens du 7° du I de

l'article 12. Ces services postaux sont donc les services de levée, de tri, d'acheminement et de distribution des envois postaux dans le cadre de tournées régulières. Pour bénéficier de cette exclusion, ils doivent être relatifs :

- aux services de courrier électronique assurés entièrement par voie électronique ;
- aux services bancaires et d'investissement et aux services d'assurance ;
- aux services de philatélie ;
- aux services logistiques associant la remise physique des colis ou leur dépôt à des fonctions autres que postales.

Il s'agit ensuite des marchés passés ou organisés par un pouvoir adjudicateur exerçant une ou plusieurs des activités visées au 4° du I de l'article 12 et qui sont relatifs aux activités d'exploration d'une aire géographique dans un but de prospection de pétrole ou de gaz. Sont concernés par cette exclusion, les pouvoirs adjudicateurs qui exercent des activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique ayant pour objet :

- d'extraire du pétrole ou du gaz ;
- de prospecter ou d'extraire du charbon ou d'autres combustibles solides.

Il s'agit enfin des marchés passés pour l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux exclus de l'ordonnance en application des 2° à 5° de l'article 15 ou qui cessent d'y être soumis en application du 6° de l'article 15. La finalité de cette disposition est d'empêcher que les marchés publics liés à ces activités exclues du champ d'application de la directive « *secteurs spéciaux* » ne retombent dans celui de la directive « *secteurs classiques* » en raison de la qualité de pouvoir adjudicateur des acheteurs concernés.

106. Les exclusions spécifiques aux marchés passés par les entités adjudicatrices – Sont aussi exclus, mais en vertu de l'article 137 du Code des marchés publics, et désormais de l'article 15 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 les contrats suivants passés par une entité adjudicatrice :

- ***les contrats portant sur l'achat d'eau*** réalisé par une entité adjudicatrice exerçant l'activité d'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, la mise à disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable, cette exclusion se justifie par la nécessité de s'approvisionner auprès de sources proches du lieu d'utilisation ;
- ***les contrats portant sur l'achat d'énergie ou de combustible*** destinés à la production d'énergie quand cet achat est réalisé par une entité adjudicatrice exerçant l'activité d'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur, la mise à disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz ou en chaleur ou par une entité adjudicatrice exerçant l'activité d'exploitation d'une aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides ;

– ***les contrats passés par une entité adjudicatrice*** qui fournissait avant le 30 avril 2004 un service de transport par autobus si d'autres entités fournissaient librement, dans les mêmes conditions ce service. Cette exclusion mentionnée à l'article 137 du Code des marchés publics est abandonnée par l'article 15 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Il convient de préciser que des exclusions spécifiques aux marchés passés par les entités adjudicatrices sont ajoutées par l'ordonnance du 23 juillet 2015. Il s'agit tout d'abord des marchés passés pour la revente ou la location à des tiers, lorsque l'entité adjudicatrice ne bénéficie d'aucun droit spécial ou exclusif pour vendre ou louer l'objet de ces marchés et que d'autres entités peuvent librement le vendre ou le louer dans les mêmes conditions que l'entité adjudicatrice. Toutefois, cette exclusion ne s'applique pas lorsque ces contrats sont passés par les centrales d'achat. Il s'agit enfin des marchés de services qui sont relatifs au temps de diffusion ou à la fourniture de programmes lorsqu'ils sont attribués à des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou à des organismes de radiodiffusion. La notion de programme inclut le matériel pour programme à l'exclusion du matériel technique.

107. L'exclusion spécifique à l'article 140 du Code des marchés publics et à l'article 15, 6° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 – Enfin, l'article 140 du Code des marchés publics souligne que les contrats passés pour l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux dans un État membre de l'Union européenne ne sont plus soumis au Code après constatation par la Commission européenne que dans cet État, cette activité est exercée sur des marchés concurrentiels dont l'accès n'est pas limité. Cette exclusion est conservée par l'article 15, 6° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui en étend le champ d'application géographique aux aires géographiques déterminées d'un État membre.

Par ailleurs, l'article 135 définit avec précision les activités d'opérateur de réseaux qui, lorsqu'elles donnent lieu à des marchés de travaux, fournitures ou services, sont assujetties aux dispositions de la deuxième partie du code de 2006. Cette liste des activités d'opérateur de réseaux est désormais mentionnée à l'article 12 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Sont ainsi visées les activités suivantes :

– l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur, la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz ou en chaleur ;
– l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable ; sont aussi soumis à la deuxième partie du code les marchés passés par une entité adjudicatrice exerçant une de ces activités lorsqu'elles sont liées à l'évacuation ou au traitement

des eaux usées ou bien à des projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage à condition que le volume d'eau utilisé pour l'alimentation en eau potable des réseaux susévoqués soit supérieur à 20 % du volume total d'eau utilisé pour ses projets ;

- les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du charbon, du gaz ou d'autres combustibles solides ;
- les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique permettant d'organiser et de mettre à disposition des transporteurs, des aéroports, des ports maritimes ou fluviaux ou d'autres terminaux de transport ;
- les activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemins de fer, tramways, trolleybus, autobus, autocar, câble ou tout système automatique, ou la mise à disposition d'un exploitant de ces réseaux ; le Code précise que le service de transport est considéré comme fourni par un réseau de transport quand une autorité nationale ou territoriale compétente fixe les conditions générales d'organisation du service concernant notamment les itinéraires, la capacité de transport disponible, la fréquence du service ;
- ***les activités visant à fournir des services postaux*** ou les services autres que les services postaux mentionnés à l'article 135, 6° du Code, c'est-à-dire les services de courrier électronique assurés entièrement par la voie électronique, les services de gestion de services courrier, les services d'envois non postaux comme le publipostage sans adresse, les services bancaires et d'investissement et les services d'assurance, les services de philatélie, les services logistiques associant la remise physique des colis ou leur dépôt à des fonctions autres que postales, tels les services d'envois express ; sont des services postaux la levée, le tri, l'acheminement et la distribution des envois postaux dans le cadre de tournées régulières. Cette activité mentionnée à l'article 135 du Code des marchés publics est conservée à l'article 12, 7° de l'ordonnance du 23 juillet 2015, mais son champ d'application matériel est restreint aux activités des services postaux au sens de l'article L. 1 du Code des postes et des communications électroniques, aux services de gestion de services courrier et aux services d'envois non postaux tels que le publipostage sans adresse.

Ainsi défini, le champ d'application du droit des marchés publics est large, et ce d'autant plus que ce droit s'applique désormais aux accords-cadres.

Section 3 Un champ d'application élargi aux accords-cadres, aux partenariats public-privé et à certains contrats particuliers

§1. Un champ d'application élargi aux accords-cadres

108. L'origine communautaire des accords-cadres – L'introduction de l'accord-cadre dans le Code des marchés publics de 2006 est une innovation importante de ce dernier. Pour autant, la notion d'accord-cadre n'est pas nouvelle, car elle a été instaurée par les directives communautaires (directive 93/38/CEE du 14 juin 1993 dite secteurs exclus, remplacée par la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ; directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services) et est elle-même inspirée du dispositif français des marchés à bons de commande. La directive 2014/24/UE, en son article 33, prévoit toujours la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de conclure des accords-cadres.

109. Notion d'accord-cadre dans le CMP – Les accords-cadres sont définis dès l'article 1er du Code des marchés publics, l'article 134, III de ce code indiquant que les dispositions de l'article 1er s'appliquent aux marchés publics et aux accords-cadres passés par les entités adjudicatrices. L'article 76 relatif à la passation des accords-cadres également applicable, dans sa quasi-totalité, aux accords-cadres passés par les entités adjudicatrices apporte quelques précisions sur cette notion. Il résulte donc de ces trois articles que les accords-cadres sont des contrats conclus entre un des pouvoirs adjudicateurs ou une des entités adjudicatrices et des ou un opérateur(s) économique(s) public(s) ou privé(s), ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

L'accord-cadre est donc un procédé qui permet au pouvoir adjudicateur de présélectionner pour une certaine durée plusieurs ou un seul opérateur(s) économique(s) avec lesquels ou lequel il pourra ultérieurement, lors de la survenance du besoin ou à des moments prédéterminés dans ledit accord, passer des marchés. En conséquence, l'accord-cadre sépare la procédure de choix des ou du cocontractant(s) potentiel(s) de l'attribution des marchés. Ainsi, lors de la survenance du besoin ou aux moments fixés dans l'accord, le pouvoir adjudicateur fera appel exclusivement aux opérateurs présélectionnés afin qu'ils lui transmettent une offre conforme à ses besoins et parmi lesquelles il retiendra l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base des critères d'attributions fixés par l'accord-cadre. Il accorde donc, comme l'indique désormais la circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en

matière de marchés publics, « *une exclusivité unique ou partagée pour une durée déterminée et sur le fondement duquel des marchés sont ultérieurement passés* ». En outre, l'accord-cadre est un contrat dont les clauses déterminent les bases essentielles des marchés ultérieurs qui seront conclus sur son fondement. Dès lors, certains aspects de ces marchés ultérieurs peuvent ne pas être fixés dans l'accord-cadre et le seront par ceux-ci. Ainsi comme l'indique l'article 76, II du Code, ces marchés « *sont des documents écrits qui précisent les caractéristiques et modalités d'exécution des prestations demandées qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre* ».

Au total, l'accord-cadre a une dimension procédurale permettant de sélectionner des ou un cocontractant(s) futur(s) et une nature contractuelle contenant des clauses encadrant les relations entre ses signataires[84]. Sorte de contrat d'avant marché, l'accord-cadre est distingué, dès l'article 1er du Code, du marché public, et ce même s'il s'apparente à ce dernier et s'il est soumis comme lui au respect des principes de la commande publique.

110. Distinction accord-cadre/marché à bons de commande en vertu du CMP – Ainsi défini, l'accord-cadre se distingue du marché à bons de commande décrit à l'article 77 du Code des marchés publics comme un marché conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande. Ils ont néanmoins des points communs incontestables. En effet, il s'agit de deux procédures de marchés fractionnés dont la durée maximum ne peut, en principe, excéder quatre ans et qui peuvent ne prévoir aucun maximum ni aucun minimum. En revanche, ces deux procédés diffèrent sur deux points importants. Alors que l'accord-cadre ne nécessite pas une fixation de toutes les caractéristiques et conditions des marchés qui seront conclus ultérieurement sur son fondement, le marché à bons de commande, mis à part le volume de l'achat, doit les stipuler expressément. Par ailleurs, la passation des marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre, quand ce dernier a été conclu avec plusieurs opérateurs économiques, donne lieu à une remise en concurrence de ces derniers tandis que dans le marché à bons de commande, son exécution au moyen de l'émission de bons de commande ne fait pas l'objet d'une nouvelle mise en concurrence.

111. Notion d'accord-cadre rénovée par l'ordonnance du 23 juillet 2015 – La notion a été élargie pour coller à l'acception communautaire de l'accord-cadre, qui englobe la technique française du marché à bons de commande qui l'a inspirée. Autrement dit, la notion communautaire d'accord-cadre recouvrait deux formes en droit français : le marché à bons de commande et l'accord-cadre. L'ordonnance du 23 juillet 2015 met un terme à cette situation en unifiant ces deux formes de marché fractionné en retenant la définition suivante de l'accord-cadre : « *les accords-cadres sont les contrats conclus par un*

84. F. Linditch, « Les nouveaux modes de sélection des fournisseurs de l'administration : marchés à bons de commande, accords-cadres, système d'acquisition dynamique », Contrats-Marchés publ. août-sept. 2006, p. 25.

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

112. Avantages de l'accord-cadre – Ainsi caractérisé, l'accord-cadre présente des avantages importants. Les principaux sont les suivants :

- il permet la planification des acquisitions et des dépenses y afférentes, le pouvoir adjudicateur pouvant gérer ses achats sur une période assez longue ;
- le pouvoir adjudicateur peut effectuer des achats à caractère répétitif en réalisant une seule procédure complète de mise en concurrence des opérateurs économiques potentiels, ce faisant il bénéficie d'un gain de temps non négligeable et d'une sécurité d'approvisionnement en se constituant un groupe de partenaires auquel il pourra faire appel quand le besoin se fera sentir et selon des formalités allégées ;
- il permet de mieux prendre en compte les évolutions technologiques et de prix affectant les services ou les produits concernés ;
- il provoque de la part du pouvoir adjudicateur, un comportement économique pertinent puisqu'à chaque apparition du besoin, lorsqu'il donne lieu à la conclusion de marchés subséquents, une nouvelle mise en concurrence devra être opérée.

Cette intégration de l'accord-cadre dans le droit des marchés publics participe au mouvement général initié en 2001 d'extension du champ d'application de ce droit. L'ordonnance du 23 juillet 2015 provoque une nouvelle extension de ce champ d'application en y intégrant les contrats de partenariat public/privé.

§2. Un champ d'application élargi aux partenariats public-privé

113. Les contrats de partenariat public-privé ont été instaurés en droit français par l'ordonnance du 17 juin 2004 sous l'impulsion des institutions communautaires qui entendaient développer ce partenariat afin de favoriser le financement des infrastructures nécessaires aux services publics. Mais ces contrats ont été distingués en droit interne, des marchés publics alors même que la définition communautaire des marchés publics plus large que la définition française, les faisait entrer dans son giron. Or la nouvelle démarche des rédacteurs de l'ordonnance du 23 juillet 2015 consistant à faire entrer dans un corpus unique les règles relatives à tous les contrats répondant aux critères du marché public au sens des directives marchés publics avec, en perspective, l'élaboration d'un Code de la commande publique, ne pouvait que les conduire à intégrer dans le champ d'application de cette ordonnance les contrats de partenariat public-privé rebaptisés, pour l'occasion, marchés de partenariats. Ainsi cette ordonnance, en son article 4, alinéa 4 et en ses articles 66 et suivants, consacre le marché de partenariat comme une catégorie

particulière de marché public qui permet au pouvoir adjudicateur de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale sous maîtrise d'ouvrage privée. Cette situation selon laquelle le pouvoir adjudicateur n'exerce pas lui-même la maîtrise d'ouvrage est mise en cohérence avec le droit des marchés publics français par l'abandon par l'ordonnance, dans la définition du marché de travaux, de la nécessaire détention par le pouvoir ou entité adjudicateurs de cette maîtrise d'ouvrage.

En outre, on signalera simplement ici que ladite ordonnance en donne une définition remaniée en son article 67 : « I. – *Un marché de partenariat est un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet :*

1° La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ;

2° Tout ou partie de leur financement.

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

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

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

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

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

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

Enfin, on soulignera que le marché de partenariat est assujetti aux mêmes dispositions générales que les marchés publics classiques à l'exclusion de certaines règles relatives à la durée du contrat, à l'allotissement, à l'exécution financière du contrat et au prix, à la sous-traitance.

Au total, l'acception du marché public résultant des Codes de 2001, de 2004 et de 2006 et de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ainsi que de leur champ d'application apparaît comme une notion élargie par rapport à celle qui prévalait classiquement sous l'empire du code de 1964.

§3. La soumission de certains contrats particuliers à l'ordonnance relative aux marchés publics

114. Sont inclus sous certaines conditions dans le champ d'application matériel du droit des marchés publics par cette ordonnance, les contrats subventionnés par des pouvoirs adjudicateurs et les contrats mixtes.

A. Les contrats subventionnés par des pouvoirs adjudicateurs

115. En vertu de l'article 21, I de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, les contrats passés par des personnes de droit privé qui ne sont pas des acheteurs au sens de celle-ci et qui sont subventionnés directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur sont soumis à ses dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs, à l'exception des règles relatives à l'exécution financière, aux garanties financières, à la sous-traitance, au contrôle des coûts de revient lorsque les conditions relatives au montant du marché et à son objet sont remplies. Ces conditions sont les suivantes : la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils des procédures formalisées ; l'objet du contrat porte sur l'une des activités suivantes : des activités de génie civil, des travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires ainsi qu'aux bâtiments à usage administratif, des prestations de services liés aux travaux susmentionnés.

B. Contrats mixtes

116. Ces contrats sont visés par les articles 22 et 23 de l'ordonnance. En vertu de ces articles, les acheteurs peuvent décider de conclure un contrat unique destiné à satisfaire à la fois des besoins qui relèvent du droit des marchés publics et des besoins qui n'en relèvent pas, à condition que ce choix n'ait pas été effectué dans le but de soustraire ce contrat du champ d'application de ce droit. Pour déterminer le régime juridique de ces contrats, il faut leur appliquer les règles de l'article 23.

Selon ce dernier quand le contrat unique porte à la fois sur des prestations qui relèvent de l'ordonnance et des prestations qui n'en relèvent pas, celle-ci n'est pas applicable si les secondes constituent l'objet principal du contrat et si les différentes prestations du contrat sont objectivement inséparables. Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer l'objet principal du contrat, l'ordonnance s'applique.

Quand le contrat unique porte à la fois sur des prestations qui relèvent du régime juridique des marchés publics et des prestations qui relèvent du régime juridique des contrats de concession, l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics est applicable :

- lorsque les prestations sont objectivement inséparables et que celles qui relèvent du régime juridique des marchés publics constituent l'objet principal du contrat ou lorsqu'il est impossible de déterminer cet objet principal ;
- lorsque les prestations sont objectivement séparables et que celles qui relèvent du régime juridique des marchés publics constituent l'objet principal du contrat ou lorsque la valeur estimée hors taxe de ces prestations est égale ou supérieure aux seuils européens.

Lorsque les acheteurs décident de conclure un marché public unique destiné à satisfaire à la fois des besoins liés à leur activité de pouvoir adjudicateur et des besoins liés à leur activité d'entité adjudicatrice, les dispositions de l'article 24 s'appliquent. Selon ce dernier dans ce cas, les règles applicables sont :

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

Lorsqu'un contrat unique porte en partie sur des prestations qui relèvent des marchés publics de défense ou de sécurité, les dispositions de l'article 25 s'appliquent. Selon ce dernier dans ce cas, la présente ordonnance ne s'applique pas, quel que soit l'objet principal du contrat, à condition que la passation d'un contrat unique soit justifiée par des raisons objectives. Quand le marché public unique porte à la fois sur des prestations qui relèvent des marchés publics de défense ou de sécurité et des prestations qui relèvent des marchés publics autres que de défense ou de sécurité, les règles applicables aux marchés publics de défense ou de sécurité s'appliquent, quel que soit l'objet principal du contrat, à condition que la passation d'un marché public unique soit justifiée par des raisons objectives. Enfin quand le contrat unique porte à la fois sur des prestations qui relèvent des marchés publics de défense ou de sécurité et des prestations qui relèvent des contrats de concession, les dispositions applicables sont, au choix de l'acheteur, les dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 applicables aux marchés de défense ou de sécurité ou les règles applicables aux contrats de concession, à condition que la passation d'un contrat unique soit justifiée par des raisons objectives.

Section 4 La nouvelle acception du marché public : une notion élargie

117. L'élargissement organique ayant été abondamment souligné nul n'est besoin d'y revenir. En revanche, il faut souligner, concernant l'élément matériel de la nouvelle définition du marché public, que si l'objet de l'obligation est globalement maintenu, l'objet du contrat, pour sa part, est étendu.

§1. Un objet de l'obligation globalement maintenu

118. Il suffit de redire ici que l'objet de l'obligation, dans la majorité des cas, concerne la constitution et la gestion du patrimoine de la personne publique, ou de manière plus rare, la collaboration ponctuelle du cocontractant à une mission de service public, voire parfois en la gestion d'une telle mission, l'objet se rapprochant alors fortement, et c'est un phénomène assez nouveau,

par rapport à la conception classique du marché public, de celui des délégations de service public (pour plus de précision voir *supra*, n^os^ 40 et 41).

§2. Un objet du contrat étendu

119. Si dans les marchés publics de services et de travaux, l'objet du marché demeure un contrat d'entreprise, pour les marchés publics de fourniture cet objet est étendu. Il ne consiste plus seulement en une vente, mais aussi en un crédit-bail, une location, et une location-vente.

Ainsi défini, le marché public entretient des relations parfois complexes avec des contrats voisins.

BIBLIOGRAPHIE

CAPITANT (D.), « La coopération entre pouvoirs adjudicateurs peut-elle s'inscrire dans le cadre de la théorie du "*in house*" ? », LDPA juin 2009, n° 136, p. 1.

CLAMOUR (G.), « La création des sociétés d'économie mixte à opération unique », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 8-9, comm. 214.

CLAMOUR (G.), « Les marchés exclus », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 10, dossier 3.

CLAMOUR (G.), « Marchés et concessions entre entités dans le secteur public », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 6, dossier 6.

CLAMOUR (G.), note sous CE, 10 juill. 2009, Département de l'Aisne : RFDA janv.-févr. 2010, p. 146.

CLAMOUR (G.), note sous L. n° 2010-559, 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, Contrats-Marchés publ. juill. 2010, p. 23.

COLLECTIF, dossier spécial Revue marchés publics 2001, n° 1.

COLLECTIF, *Vade-mecum de l'acheteur public*, Éd. du Moniteur, fiche thématique 1, p. 4, « Être ou ne pas être un marché public ».

COSSALTER (P.), « Le nouveau Code des marchés publics est arrivé ! », La lettre du cadre territorial 15 janv. 2004, n° 267, p. 61.

DAMAREY (S.), « La société publique locale ou la fin des associations transparentes », AJDA 2011, p. 15.

DEVÈS (C.), « Le "*in house*" toujours en chantier », Contrats-Marchés publ. 2013, n° 4, étude 4.

ECKERT (G.), « Le champ d'application du Nouveau Code des marchés publics », Contrats-Marchés publ. 2006, n° 8-9, p. 8.

GUILLOU (Y.-R.), « L'exonération des relations *in house* du régime des marchés publics », CP-ACCP avr. 2004, n° 32, p. 73.

HEINTZ (M.), « Nouveau code : les principaux points de la réforme », Gaz. cnes 21 août 2006, p. 46.

HOEPFFNER (H.), « Marchés et contrats mixtes », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 10, dossier 5.

LICHERE (F.), « L'association, pouvoir adjudicateur », CP-ACCP juill.-août 2007, n° 68, p. 34.

LINDITCH (F.), « Les marchés mixtes », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 6, dossier 9.

LINDITCH (F.), « Les nouveaux modes de sélection des fournisseurs de l'administration : marchés à bons de commande, accords-cadres, système d'acquisition dynamique », Contrats-Marchés publ. 2006, n° 8-9, p. 24.

LLORENS (F.), « Réforme du Code des marchés publics Cadre général de la commande publique », Contrats-Marchés publ. 2004, n° 2, p. 25.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « À la recherche de l'objet principal du contrat », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 3, repère 3.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Interrogations à propos du *in house* "ascendant" », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 8-9, repère 8.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « L'intercommunalité est-elle sérieusement menacée par le droit communautaire des marchés publics ? », Contrats-Marchés publ. 2007, n° 10, p. 1.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Le "*in house*" au secours de l'intercommunalité », Contrats-Marchés publ. 2009, n° 1, p. 1.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Le "*in house*" sur la sellette », Contrats-Marchés publ. 2013, n° 1, repère 1.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Le nouveau champ d'application du Code des marchés publics », Contrats-Marchés publ. 2001, n° 4, p. 7.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Le projet d'ordonnance relative aux marchés publics et l'avenir des contrats globaux », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 2, repère 2.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Les dérives de la notion de marché public », Contrats-Marchés publ. 2012, n° 12, repère 11.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Les sociétés publiques locales ou le "*in house*" à la française », Contrats-Marchés publ. 2009, n° 5, p. 1.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Les sociétés publiques locales ou la naissance du *in house* à la française », Contrats-Marchés publ. 2010, n° 7, p. 1.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Où en est-on du *in house* ? », Contrats-Marchés publ. 2006, n° 5, p. 1.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Regards sur le Nouveau Code des marchés publics », Contrats-Marchés publ. 2006, n° 8-9, p. 5.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Un nouveau Code pour les marchés publics », Contrats-Marchés publ. 2001, n° 4, p. 5.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Une embellie pour le *in house* ? », Contrats-Marchés publ. 2007, n° 6, p. 1.

LLORENS (F.) et ZIMMER (W.), « Les marchés publics de travaux du "troisième type" à l'épreuve du droit interne », Contrats-Marchés publ. 2016, n° 2, repère 2.

MENEMENIS (A.), « Code des marchés publics 2006 : quelques points forts », AJDA 2006, p. 1754.

MICHON (J.), *La nouvelle réglementation des marchés publics, Étude du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001*, Éd. du Moniteur, 2001.

MOREAU (D.), « Marchés de services publics : identification d'une catégorie de marchés à part », CP-ACCP avr. 2004, n° 32, p. 67.

OLIVIER (F.) et LESQUINS (J.-L.) « Nouvelles directives européennes, *in house* et aides d'État », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 8-9, étude 8.

PEYRICAL (J.-M.) et SABATTIER (C.), « Collectivités locales et SEM : les limites du *in house* », CP-ACCP janv. 2004, n° 29, p. 32.

PONGERARD-PAYET (H.) et BANGUI (T.), « La procédure de l'accord-cadre : un nouvel instrument du droit de la commande publique », AJDA 4 juin 2007, p. 1055.

RAPP (L.), « Quasi-régie, quasi-régime », AJDA 2010, p. 588.

ROBBE (F.), « Les contrats d'emprunt », Gaz. cnes 1er janv. 2007, p. 52.

SCHMIDT (P.), « Accords-cadres : des spécificités nationales », CP-ACCP sept. 2006, n° 58, p. 51.

TERRIEN (G.), « Le développement des sociétés publiques locales », Dr. adm. oct. 2010, p. 7.

UBAUD-BERGERON (M.), « Le champ d'application de l'ordonnance relative aux marchés publics », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 10, dossier 2.

ZIMMER (W.), « Remarques concernant les exclusions applicables aux relations internes au secteur public », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 10, dossier 4.

ZIMMER (W.), « Un an de droit de l'Union européenne de la commande publique », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 7, chron. 4.

Titre 2

Les relations entre la notion de marché public et des notions voisines

120. Les contrats voisins qui sont traditionnellement et souvent en cause dans des questions que soulève le contentieux des marchés publics sont les contrats administratifs et les conventions de délégation de service public. La réforme du droit des marchés publics, initiée en 2001, a fait évoluer leurs relations. En outre, est apparu dans le droit de la commande publique un nouveau type de contrats, les contrats de partenariat public/privé, qu'il convenait de distinguer des marchés publics, tout comme les concessions de travaux et les concessions de services au sens communautaire qui diffèrent de la traditionnelle concession de service public et de travaux publics française bien que cette dernière en soit à l'origine.

RÉSUMÉ

La notion de convention de délégation de service public est ancienne et est née bien avant son apparition dans les textes. Mais une fois consacrée par les textes et en particulier par la loi du 29 janvier 1993, elle est demeurée quelques années sans définition textuelle, si bien que ses caractéristiques et ses éléments distinctifs avec d'autres contrats proches et notamment avec le marché public continuèrent d'être dégagés par la jurisprudence et la doctrine. Mais le mouvement réformateur du droit de la commande publique qui commence au début des années 2000, en plus d'apporter une définition textuelle à la notion de convention de délégation de service public conduit à un approfondissement du critère distinctif fondamental entre ce contrat et le marché public. Désormais, selon la jurisprudence récente, si une part significative du risque d'exploitation demeure à la charge du cocontractant, la rémunération de ce dernier doit être regardée comme provenant substantiellement des résultats d'exploitation, le contrat en cause étant en conséquence une convention de délégation de service public et non un marché public. Cette prise en charge d'un risque lié à l'exploitation du service par le délégataire est consacrée par la nouvelle définition de la convention de délégation de service public résultant de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

Section 1 Relations traditionnelles en droit interne

121. On le sait, selon la jurisprudence et la doctrine, la convention de délégation de service public est un contrat en vertu duquel la personne publique délégante confie à une personne privée, l'exécution d'un service public, le délégataire se rémunérant substantiellement par des recettes issues de l'exploitation.

On le constate, les contrats de marché public et de délégation de service public diffèrent par leur objet et par leur mode de rémunération.

§1. Différence quant à l'objet

122. Concernant leur objet, les marchés publics, en confiant l'exécution d'une prestation de service, d'un travail immobilier ou la livraison de fournitures, font collaborer ponctuellement la personne privée à un service public tandis que la délégation de service public a pour objet de confier au cocontractant l'exécution même du service public.

§2. Différence quant au mode de rémunération

123. Le mode de rémunération : le critère de différenciation essentiel – On le sait, le mode de rémunération est le critère de différenciation essentiel entre le marché public et la délégation de service public. Le marché public donne lieu au paiement d'un prix par la personne publique tandis que la délégation

de service public donne lieu à une rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation. En revanche, dès lors que le cocontractant de la personne publique est rémunéré par un prix payé par cette dernière, le contrat ne peut être ni une concession[1] ni une convention de délégation de service public. Cette dernière solution est notamment retenue par le Conseil d'État dans son arrêt du 15 avril 1996, *Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de Lambesc*[2]. La Haute juridiction dans les considérants fondamentaux de cet arrêt, souligne que du fait que la rémunération du cocontractant n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, mais, au contraire, par un prix payé par le délégant, le contrat ne peut être qu'un marché public.

CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de Lambesc (extraits)

« Considérant que les dispositions de la loi du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et notamment celles de son article 38 relatif aux délégations de service public des personnes morales de droit public, n'ont pas eu pour objet et ne sauraient être interprétées comme ayant pour effet de faire échapper au respect des règles régissant les marchés publics, tout ou partie des contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation ;

Considérant que le contrat litigieux, conclu entre la commune de Lambesc et la société "Silim Environnement" prévoyait que la rémunération du cocontractant serait assurée au moyen d'un prix payé par la commune ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que, même incluse dans un contrat conclu après l'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993, cette stipulation obligeait à regarder ledit contrat comme un marché public soumis aux règles régissant les marchés publics ; qu'il n'est pas contesté que les règles dont il s'agit n'ont pas été, en l'espèce, respectées ; que, par suite, ledit marché ainsi que la délibération du conseil municipal le concernant étaient entachés d'irrégularité (...) ».

Cela dit, deux précisions s'imposent :

– tout d'abord, ces arrêts concernent en réalité des marchés d'entreprise de travaux publics (METP). Ces contrats qui sont considérés comme une forme particulière de marché public[3] consistent, comme la concession, à confier au cocontractant de la personne publique la réalisation d'un ouvrage public et son exploitation et s'en distinguent par le fait que l'entrepreneur de travaux publics est rémunéré par un prix payé par la collectivité publique. Il est à souligner que l'arrêt du Conseil d'État du

1. CE, 11 déc. 1963, Ville de Colombes : Lebon, p. 612 – CE, 26 nov. 1971, SIMA : Lebon, p. 723 ; RDP 1972, p. 239, concl. Gentot – CE, 29 juill. 1985, SA Lyonnaise des eaux et de l'éclairage : Lebon, p. 246 ; RFDA 1986, p. 231, concl. Dandelot.
2. Lebon, p. 137 ; AJDA 1996, p. 729, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; CJEG 1996, p. 267, concl. C. Chantepy, note R. Savignat ; RFDA 1996, p. 715, note P. Terneyre.
3. CE, 15 avr. 1996, Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de Lambesc, précité.

8 février 1999, *Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de La Ciotat*[4] en condamnant les clauses de paiement différé (le CE soulignant que l'article 350 du Code des marchés publics de 1964, en vigueur au moment des faits, est d'ordre public) a mis un terme au développement du recours au METP ;

– ensuite, il faut souligner que la notion de délégation de service public n'exclut pas totalement le paiement d'un prix par la personne publique ce qui brouille ce critère de distinction. En effet, le Conseil d'État dans un arrêt du 30 juin 1999 *syndicat mixte traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-marnais*, plus connu sous le nom de SMITOM[5], a considéré qu'un contrat confiant en régie intéressée l'exploitation d'une filière de traitement des déchets ménagers et dans lequel le cocontractant est rémunéré à environ 70 % par un prix payé par la personne publique et pour le restant par des recettes d'exploitation diverses, constitue bien une convention de délégation de service public. De même, la Cour administrative d'appel de Marseille dans un arrêt du 13 avril 2004, *Ville de Marseille*[6] a jugé qu'un contrat dont la rémunération du cocontractant de la personne publique provient à hauteur de 20 % des résultats de l'exploitation et, pour le reste, par un prix payé par la personne publique est une convention de délégation de service public. Cette même Cour quelques années plus tôt avait adopté la même solution à propos d'un contrat qui prévoyait une rémunération du cocontractant issue des résultats de l'exploitation à hauteur de 10 %[7].

CE, 30 juin 1999, SMITOM (extraits)

« Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales : "Les délégations de service public des personnes morales relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'État. /La collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. /La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'usager. /Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire." ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond, et notamment de l'avis publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) du 19 décembre 1997, que la rémunération prévue pour le cocontractant était composée d'une part d'un prix payé par le SMITOM pour le traitement des déchets collectés auprès des adhérents de celui-ci et,

4. AJDA 1999, p. 364, concl. Bergeal, note Chabard.
5. AJDA 1999, p. 714, concl. C. Bergeal, note J.-M. Peyrical.
6. CP-ACCP 2004, n° 35, p. 18.
7. CAA Marseille, 5 mars 2001, Préfet du Var : AJDA 2001, p. 968, note L. Marcovici.

d'autre part, d'une partie variable provenant tout à la fois des recettes d'exploitation liées au traitement des déchets collectés auprès d'autres usagers que les adhérents du SMITOM, de la vente de l'énergie produite et des éventuelles recettes supplémentaires liées aux performances réalisées dans le traitement des déchets collectés auprès des adhérents du syndicat ; qu'il ressort des pièces du dossier que la part des recettes autres que celles correspondant au prix payé par le SMITOM devait être d'environ 30 % de l'ensemble des recettes perçues par le cocontractant du SMITOM ; que, dans ces conditions, la rémunération prévue pour le cocontractant du SMITOM était substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service ; que, dès lors, le contrat envisagé devant être analysé non comme un marché, mais comme une délégation de service public, la procédure engagée par le SMITOM pour la passation de ce contrat était soumise aux dispositions précitées de l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales (...). »

124. Substantiellement ne signifie pas majoritairement – Il faut déduire de ces arrêts que l'exigence d'une rémunération du cocontractant substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation n'implique pas une rémunération majoritairement tirée de ces résultats. On peut considérer que, dès lors qu'une partie même nettement minoritaire, pourvu qu'elle ne soit pas marginale, de la rémunération provient des recettes d'exploitations, le contrat dont il s'agit n'est pas un marché public, mais une convention de délégation de service public.

Section 2 Relations résultant de la réforme

§1. Relations rencontrées sous l'égide de la loi « Sapin »

125. L'apport par la loi *MURCEF* d'une définition législative de la délégation de service public – On le sait, la loi du 29 janvier 1993 dite loi Sapin, en son chapitre IV de son titre II, qui soumet les conventions de délégation de service public à certaines mesures de publicité et de mise en concurrence ne comportait curieusement aucune définition desdites conventions. La loi du 11 décembre 2001 dite *MURCEF* vient corriger cette anomalie en reprenant les critères dégagés par la jurisprudence et la doctrine et en disposant : « *une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* ».

Cette définition est conforme à l'état du droit positif avant l'adoption des Codes des marchés publics de 2001, de 2004 et de 2006 et bien sûr de l'ordonnance du 23 juillet 2015, mais les éléments de cette définition doivent être analysés ici à la lumière de ceux dégagés par la définition du marché public qu'ils retiennent. Or, force est de constater que la lecture de ce dernier ne permet pas de distinguer très nettement le marché public de la délégation de

service public, telle qu'elle est définie par la loi *MURCEF*. On a vu, en effet, que ces deux contrats diffèrent par leur objet et par leur mode de rémunération. Concernant l'objet, il est douteux que la disposition de l'article premier, selon laquelle les marchés publics ont pour objet la réalisation de prestations de services, exclue nécessairement la gestion d'un service public. Ce doute est d'autant plus légitime qu'en vertu de la jurisprudence, les METP, bien que confiant l'exploitation d'un service public au cocontractant de la personne publique, sont des marchés publics[8] tout comme les contrats de gérance[9], tout comme divers contrats confiant l'exploitation d'un service public au cocontractant de la personne publique, mais qui ne satisfont pas au critère du mode de rémunération. Nous pensons en particulier à certains contrats de régies intéressées[10]. De plus, la jurisprudence récente ne retient pas ce critère distinctif puisqu'elle admet que le procédé du marché public puisse être utilisé pour confier à un cocontractant la gestion d'un service public. Ainsi dans son arrêt du 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*[11], le Conseil d'État souligne que « *lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers ; qu'à cette fin, sauf si un texte en dispose autrement, elles doivent en principe conclure avec un opérateur* (...) *un contrat de délégation de service public ou, si la rémunération de leur cocontractant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, un marché public de service* ». Cet arrêt de principe consacre donc le marché public de service comme étant un procédé contractuel de délégation de service public alternatif à la convention de délégation de service public.

126. De même, et toujours concernant l'objet du contrat, une décision du Conseil d'État[12] qui nous paraît contestable, indique que la notion de convention de délégation de service public n'implique pas que le cocontractant se voit confier l'intégralité des prestations composant le service public. Dans cet arrêt, le Conseil d'État relève « *que si le service public de la distribution de l'eau potable comprend l'ensemble du circuit allant du prélèvement à la distribution de l'eau potable aux usagers et si le contrat litigieux ne confie pas au cocontractant la distribution de l'eau aux consommateurs finals, il le charge toutefois de l'ensemble des autres prestations sans lesquelles le service public de distribution de l'eau ne pourrait être assuré ; qu'ainsi le projet de contrat en cause doit être regardé comme confiant au cocontractant du syndicat la gestion d'un service public* ». Cette jurisprudence est confirmée et accentuée par un arrêt récent relatif à un contrat de mise à disposition d'abonnements de télévision, de téléphone et d'accès à Internet aux

8. CE, 15 avr. 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, précité.
9. CE, 7 avr. 1999, Commune de Guilherand-Granges, précité.
10. Sur cette question, cf. D. Moreau, « Marchés de services publics : identification d'une catégorie de marchés à part », précité.
11. Précité.
12. CE, 28 juin 2006, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier : Dr. adm. déc. 2006, n° 185, note A. Ménéménis ; Contrats-Marchés publ. 2006, n° 232, note G. Eckert.

patients conclu par un hôpital[13]. Le Conseil d'État relève que le contrat a pour objet de confier à un cocontractant la mission d'intérêt général liée à l'activité de soins de l'hôpital et considère que ce contrat confie au cocontractant la gestion, sous son contrôle, du service public portant sur l'ensemble de la communication extérieure des patients et admet, comme le critère du mode de rémunération est aussi présent, que ledit contrat est une convention de délégation de service public. Ce faisant, la Haute juridiction accentue la fragmentation du service public susceptible d'être délégué dans une délégation de service public[14]. Cette jurisprudence nous paraît difficilement compatible et peu cohérente avec d'autres décisions qui soulignent que la convention de délégation de service public doit confier au cocontractant l'exécution du service public délégué[15] et en particulier avec la jurisprudence relative aux contrats portant sur l'édition des bulletins d'information municipale où le cocontractant a pour mission de trouver des annonceurs et doit reverser à la collectivité publique une partie des recettes publicitaires ainsi collectées et destinées à financer le bulletin. En effet, la cour administrative d'appel de Bordeaux dans un arrêt très intéressant relève que le titulaire du contrat a la charge de prospecter, recueillir et promouvoir la publicité du magazine municipal, mais que, si ce contrat a pour unique objet d'assurer ou de faciliter le financement de l'édition dudit magazine, il n'apparaît pas que la commune, qui en assure seule la rédaction, l'édiction et la diffusion, ait entendu confier à son cocontractant la gestion du service public d'information municipale[16]. Cette solution est confirmée dans une autre affaire relative à un contrat à objet similaire où le Conseil d'État considère qu'il ne constitue pas une délégation de service public au motif qu'il ne confie pas au cocontractant l'exécution même d'un service public, et cela « *nonobstant la circonstance que l'activité de la société pouvait constituer une source de financement pour le service public de l'information municipale* »[17]. Il est souhaitable que les juridictions et, en particulier le Conseil d'État, aient à se prononcer dans un futur proche sur de tels contrats ce qui les amènerait sans doute à analyser l'objet de ceux-ci et de rendre plus cohérente la jurisprudence sur l'objet de la délégation de service public. Tout au plus peut-on signaler une décision du Tribunal des conflits à propos d'un

13. CE, 7 mars 2014, CHU-Hopitaux de Rouen : Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 151, obs. G. Eckert ; AJDA 2014, p. 1497, obs. J. Hardy ; Dr. adm. 2014, comm. 32, obs. A. Sée ; RGCT 2014, n° 55, p. 101, note C. Lajoye.
14. Voir notre note sous CE, 7 mars 2014, CHU-Hopitaux de Rouen, précitée.
15. CE, 8 févr. 1999, Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de La Ciotat : AJDA 1999, p. 364, concl. Bergeal, note Chabanol ; CE, ass., 4 nov. 2005, Société Jean-Claude Decaux, deux arrêts : Dr. adm. 2006, n° 25, note J.-B. Auby ; Contrats-Marchés publ. 2005, n° 297, note J.-P. Pietri ; AJDA 2006, p. 1, obs. S. Braconnier ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Les contrats de mobiliers urbains sont des marchés publics », Contrats-Marchés publ. 2005, repère 10.
16. CAA Bordeaux, 20 nov. 2007, Société SCOOP Communications : Contrats-Marchés publ. janv. 2008, n° 2, note G. Eckert.
17. CE, 6 nov. 2009, Société Prest'action : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 12, comm. 384, note G. Eckert.

contrat par lequel un office du tourisme, ayant la qualité d'établissement public industriel et commercial local, confie l'édition d'un guide touristique en contrepartie des recettes publicitaires générées par la publicité figurant dans celui-ci où le Tribunal des conflits considère que ledit contrat ne constitue pas un marché public. Mais la motivation de cet arrêt est très laconique, la juridiction se contentant d'affirmer qu'« *eu égard à son objet et à son équilibre financier, un tel contrat ne constitue pas un marché public* ». Il déclare qu'il constitue un contrat de droit privé dès lors qu'il ne comporte pas de clauses exorbitantes du droit commun[18].

127. Dès lors, il est plus que jamais vrai que le critère distinctif fondamental demeure le mode de rémunération du cocontractant. Cela dit, les termes de l'article premier du Code des marchés publics tout comme ceux de l'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sont beaucoup trop généraux pour distinguer à eux seuls les marchés publics des conventions de délégation. En effet, ces textes prévoient que les premiers sont des « *contrats conclus à titre onéreux* ». Or, le caractère à titre onéreux d'un contrat signifie simplement que le bénéficiaire de la prestation octroie à son cocontractant un avantage, qui n'est pas forcément monétaire, en l'échange de celle-ci. Le Conseil d'État a ainsi qualifié les contrats de mobiliers urbains de marchés publics, au motif notamment qu'en contrepartie des prestations assurées par son cocontractant (en l'occurrence, la Société Jean-Claude Decaux), « *la commune l'a autorisée à exploiter, à titre exclusif, une partie du mobilier urbain à des fins publicitaires et l'a exonérée de redevance pour occupation du domaine public ; (...) que l'autorisation et l'exonération ainsi accordée constituaient des avantages consentis à titre onéreux par la commune en contrepartie des prestations fournies par la société alors même que ces avantages ne se traduisent par aucune dépense effective pour la collectivité* »[19]. Il faut signaler que ces deux arrêts vont dans le même sens qu'un avis du Conseil d'État en date du 14 octobre 1980[20] qui considérait déjà que les contrats de mobiliers urbains sont des marchés publics. Toutefois, tous les contrats de mobiliers urbains ne sont pas des marchés publics. Le Conseil d'État a ainsi estimé qu'un contrat de mobilier urbain, portant sur l'installation et l'exploitation de colonnes et de mâts porte-affiches, imposant des obligations spécifiques en matière d'affichage des théâtres, cirques et films « *d'art et essai* » et prévoyant le versement d'une redevance d'un montant important, ne peut être regardé comme un marché public, ni comme une délégation de service public, mais constitue une simple convention d'occupation du domaine public dont la conclusion n'est soumise à aucune procédure de publicité et de

18. T. confl., 7 avr. 2014, Société Services d'édition et de ventes publicitaires (SEVP) c/ Office du tourisme de Rambouillet et Société Axiom-Graphic : Contrats-Marchés publ. déc. 2009, n° 12, comm. 384, note G. Eckert.
19. CE, ass., 4 nov. 2005, Société Jean-Claude Decaux, deux arrêts, précités.
20. CE, avis, 14 oct. 1980 : EDCE 1980-1981, n° 32, p. 196 ; AJDA 1983, p. 193, note J.-M. Auby.

mise en concurrence[21]. Pour réfuter la qualité de marché public, la Haute juridiction relève dans cet arrêt :

- tout d'abord, que si l'affectation culturelle des mobiliers répond à un intérêt général s'attachant pour la ville, gestionnaire du domaine, à la promotion des activités culturelles sur son territoire, elle ne concerne pas des activités menées par les services municipaux ni exercées pour leur compte ; qu'ainsi la convention ne pouvait être regardée comme conclue pour répondre aux besoins de la ville ;
- ensuite, que la convention ne prévoit ni la renonciation de la personne publique à percevoir des redevances, ni la perception de redevances inférieures à celles normalement attendues du concessionnaire autorisé à occuper le domaine public aux fins d'y installer des supports publicitaires ; que, par suite, cette convention ne peut être regardée comme comportant un prix payé par la personne publique à son cocontractant.

Pour réfuter la qualité de convention de délégation de service public, le Conseil d'État observe que la convention litigieuse ne concerne pas les activités des services publics municipaux ni celles qui seraient exercées pour leur compte et que la ville n'a pas entendu créer un service public de l'information culturelle. Autrement dit, faute de service public, il ne peut y avoir de délégation de service public. C'est ainsi, aussi, comme cela a été évoqué plus haut, que la jurisprudence a considéré qu'un contrat confiant l'édition des bulletins d'information municipale et autre agenda municipal, le cocontractant étant rémunéré par des recettes publicitaires, est un marché public[22]. On peut observer que cette jurisprudence permet de considérer que, dans un marché public, la rémunération du cocontractant peut provenir en tout ou en partie de tiers au contrat. Pour sa part, la CJCE dans un arrêt assez récent[23] indique à propos du marché public de travaux que le « *caractère onéreux du contrat implique que le pouvoir adjudicateur ayant conclu un marché public de travaux reçoive en vertu de celui-ci une prestation moyennant une contrepartie. Cette prestation consiste dans la réalisation des travaux que le pouvoir adjudicateur vise à*

21. CE, 15 mai 2013, Ville de Paris : AJDA 2013, p. 1271, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; Dr. adm. 2013, comm. 63, obs. F. Brenet ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 199, obs. G. Eckert.
22. CAA Paris, 11 oct. 1994, SARL Editor Tennog c/ Commune de Houilles : AJDA 1994, p. 901, concl. J.-P. Paitre ; LPA 26 juill. 1995, n° 38, note V. Haïm – CAA Lyon, 2 juin 2004, Société Michel Charmettan Communication : JCP A 2005, n° 1084, p. 409, note F. Linditch. Dans ce dernier arrêt, il est à souligner que la cour administratice d'appel de Lyon considère que l'abandon de recettes publicitaires consenti par la commune « constitue le prix acquitté par la collectivité en contrepartie de la recherche d'annonceurs et de la réalisation de l'agenda par la société requérante ». Pour une solution identique relative à un contrat ayant un objet limité à la régie publicitaire d'un bulletin municipal et prévoyant une rémunération consistant en un abandon partiel de recettes publicitaires au profit du cocontractant, voir aussi : CAA Bordeaux, 20 nov. 2007, Société SCOOP Communications, précité et CE, 6 nov. 2009, Société Prest'action, précité.
23. CJCE, 25 mars 2010, n° C-451/08, Helmut Müller c/ Bundesanstalt für Immobilienaugaben : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 164, note W. Zimmer.

obtenir (...). *Une telle prestation* (...) *doit comporter un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur* ». On avait pu considérer à la lumière de la jurisprudence communautaire que le caractère onéreux du marché ne devait pas se limiter au remboursement de frais encourus par le cocontractant pour fournir la prestation objet du contrat[24]. Mais quelques années plus tard, le juge européen revient sur cette solution en considérant que « *tel qu'il ressort du sens normal et habituel des termes "à titre onéreux", un contrat ne saurait échapper à la notion de marché public du seul fait que sa rémunération reste limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu* »[25]. Ce faisant, il retient une conception très extensive du caractère onéreux du contrat qui ne semble exclure que les contrats purement gratuits ne prévoyant même pas un remboursement des frais générés au prestataire contractuel par la prestation objet du contrat.

Au total, la notion de contrat conclu à titre onéreux est très large et exclut seulement les contrats à titre gratuit et inclut toutes les formes de rémunération, y compris donc les rétributions provenant des résultats de l'exploitation d'un service. En conséquence, il appartiendra à la jurisprudence de préciser le critère du mode de rémunération dans la notion de marché public. On peut penser qu'elle continuera de considérer que les marchés publics de services sont des contrats où le cocontractant n'est pas substantiellement rémunéré par les résultats de l'exploitation d'un service. Mais à ce critère distinctif, elle a ajouté un critère complémentaire.

128. La prise en compte par la jurisprudence d'un critère distinctif complémentaire fondé sur la prise en charge du risque d'exploitation – À cet égard, une précision importante – fruit d'une évolution jurisprudentielle – a été apportée par la jurisprudence. Elle trouve son origine dans les décisions de quelques cours administratives d'appel qui ont introduit un critère nouveau – ou plutôt complémentaire – fondé sur le risque d'exploitation dans l'appréciation du mode de rémunération permettant de distinguer le marché public de la délégation de service public. Pour celles-ci, si les stipulations financières du contrat ne font peser sur le cocontractant qu'une part très réduite du risque d'exploitation, le mode de rémunération ainsi prévu doit être perçu comme un prix et le contrat comme un marché public[26]. Dans un premier temps, le Conseil d'État ne les a pas suivis puisqu'il ne se référait pas dans ses décisions, à la couverture par le cocontractant du risque d'exploitation et n'hésitait pas à qualifier de délégation de service public des contrats où ce risque ne pesait pas

24. CJCE, 29 nov. 2007, n° C-119/06, Commission c/ Italie, point 48 : Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 29, note G. Eckert.
25. CJUE, 19 déc. 2012, n° C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento c/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e. a. : Contrats-Marchés publ. mars 2013, n° 3, comm. 64, note W. Zimmer.
26. CAA Nantes, 2 déc. 2005, Département de la Vendée : Contrats-Marchés publ. avr. 2006, n° 99, note E. Delacour – Voir aussi CAA Versailles, 14 sept. 2006, Société Avenance enseignement et santé : Contrats-Marchés publ. 2006, n° 283, note G. Eckert.

sur le cocontractant, mais était pris en charge par la personne publique[27]. Puis à son tour dans un arrêt de principe, il considère que « *si une part significative du risque d'exploitation* » demeure « *à la charge de ce cocontractant, sa rémunération doit être regardée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation* »[28].

CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée (extraits)

« (...) *Considérant qu'une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ;*

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que s'agissant du lot n° 1, la rémunération de l'entreprise attributaire était assurée par des recettes provenant à 93 % environ du service de transport scolaire et par des recettes provenant, pour les 7 % restant, d'autres services de transport et activités commerciales ; que le Département de la Vendée prenait en charge en substitution des familles environ 80 % du coût du transport scolaire, le reste demeurant à la charge de ces familles ; qu'en se fondant, pour exclure une rémunération liée aux résultats de l'exploitation et caractériser ainsi l'existence d'un marché public, sur la seule participation directe des familles, sans prendre aussi en considération la part versée par le département pour chaque usager scolaire, en substitution des familles, laquelle constituait aussi une rémunération variant avec le nombre d'usagers et donc liée aux résultats de l'exploitation du service, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit ;

(...) Considérant qu'il ressort des pièces du contrat relatif au lot n° 1, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, que le prestataire choisi devait tirer sa rémunération de l'exploitation du service, que ses recettes soient versées par le département au titre de sa prise en charge de 80 % du coût des abonnements de transport scolaire, par les familles pour la part restante du coût de ces abonnements, ou qu'elles proviennent des sommes versées par les usagers non scolaires ou d'autres produits commerciaux ; que si une convention d'intéressement financier prévoit le versement d'une subvention par le département d'un montant initial de 25 733,39 euros, pour des recettes d'exploitation évaluées alors à environ 1,5 million d'euros, celle-ci laisse une part de l'éventuel déficit d'exploitation au cocontractant, laquelle peut s'élever à 30 % de ce déficit, déduction faite du montant de la subvention initiale ; qu'ainsi, une part significative du risque d'exploitation demeurant à la charge de ce cocontractant, sa rémunération doit être regardée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation ; que dès lors, le Département de la Vendée est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement du 17 juillet 2002, le tribunal administratif de Nantes a annulé la délibération du 29 juin 2001 de sa commission permanente au motif que la convention n'est pas une délégation de service public, mais un marché public soumis aux règles fixées par le Code des marchés publics (...). »

27. CE, 28 juin 2006, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier, précité – CE, 20 oct. 2006, Commune d'Andeville : AJDA 2006, p. 2340, concl. D. Casas ; Contrats-Marchés publ. 2007, n° 23, note J.-P. Pietri.
28. CE, 7 nov. 2008, Département de la Vendée : AJDA 2008, p. 2454, note L. Richer ; Contrats-Marchés publ. 2008, n° 296, note G. Eckert. Cette jurisprudence a été appliquée notamment par la cour administratice d'appel de Paris : 16 déc. 2008, Commune de Boulogne-Billancourt : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 96, note E. Delacour.

129. Cette solution a été notamment appliquée par le Conseil d'État dans son intéressant arrêt du 5 juin 2009, *Société Avenance Enseignement et Santé*[29] où la haute juridiction considère que la Cour administrative d'appel de Versailles « *n'a pas commis d'erreur de droit ni d'erreur de qualification juridique en jugeant que la rémunération du cocontractant de la commune, en l'absence de réel risque d'exploitation, ne pouvait être regardée comme étant substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation et que le contrat était en conséquence constitutif d'un marché public et non d'une délégation de service public ; qu'elle n'a pas non plus entaché son arrêt d'une contradiction de motifs en jugeant que nonobstant le versement de redevances par les usagers du service, le contrat s'analysait comme un marché public* ».

Il est vrai que ces décisions ne font que se conformer à celles de la CJCE qui retient depuis quelques années déjà la prise en charge du risque d'exploitation par le cocontractant comme un critère distinctif important entre marché public et concession de service au sens communautaire[30]. Cette solution a été réaffirmée par la CJCE dans son arrêt *Commission c/ République italienne*[31]. Cet arrêt est également très intéressant, car le mode de rémunération prévu par la convention objet du litige comportait, outre une somme payée par la collectivité publique à son cocontractant et assimilable à un prix, des recettes d'exploitation. Or, la CJCE s'est fondée, outre le fait que le cocontractant n'assumait pas la prise en charge des risques liés à l'exploitation, sur le motif que le cocontractant tirait l'essentiel de sa rémunération du prix acquitté par ladite collectivité pour estimer que la rémunération ne tient pas dans le droit d'exploiter le service en cause et considérer que la convention en cause est un marché public et non une concession de service public. On peut voir ici les germes d'une future remise en cause de la jurisprudence *SMITOM*[32]. Ces décisions ont été confirmées à plusieurs reprises par la haute juridiction communautaire[33]. Par ailleurs, celle-ci a précisé que le risque d'exploitation supporté par le cocontractant n'a pas à être obligatoirement important et qu'il suffit qu'il assume un risque d'exploitation même limité[34]. En outre, elle a indiqué qu'un tel risque doit être compris comme étant le risque d'exposition aux aléas du marché, lequel peut notamment se traduire par le risque de

29. CE, 5 juin 2009, Société Avenance Enseignement et Santé : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 236.
30. Cf. en particulier : CJCE, 13 oct. 2005, n° C-458/03, Parking Brixen GmbH, précité.
31. CJCE, 18 juill. 2007, n° C-382/05, Commission c/ République Italienne : AJDA 2008, p. 2346, note B. Eglie-Richters ; Contrats-Marchés publ. 2007, n° 238, note W. Zimmer.
32. En ce sens : B. Eglie-Richters, note précitée sous l'arrêt *Commission c/ République Italienne*.
33. CJCE, 10 sept. 2009, n° C-206/08, WAZV Gotha c/ Eurawasser : AJDA 2010, p. 162, note D.-A. Camous ; Contrats-Marchés publ. 2009, n° 329, note W. Zimmer – CJUE, 10 mars 2011, n° C-274/09, Privater Rettungsdienst und Kranken-transport Stadler : Dr. adm. 2011, n° 45, note R. Noguellou ; Contrats-Marchés publ. 2011, n° 238, note W. Zimmer – CJUE, 10 nov. 2011, n° C-348/10, Norma-A SIA, Dekom SIA c/ Latgales plano-sanas regions : Contrats-Marchés publ. 2012, n° 8, note W. Zimmer.
34. CJUE, 21 mai 2015, n° C-269/14, Kansaneläkelaitos : Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 180, note M. Ubaud-Bergeron.

concurrence de la part d'autres opérateurs, le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d'absence de couverture des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service[35].

130. Quoi qu'il en soit, la prise en compte expressément formulée par le juge national de la prise en charge du risque d'exploitation dans la distinction marché public/convention de délégation de service public est une nouveauté importante. Pour autant, nous ne sommes pas convaincus qu'elle facilitera cette distinction, car la détermination de la réalité de cette prise en charge ne nous paraît pas plus simple à opérer que celle de rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, et ce même si le premier critère est conçu comme étant complémentaire du second, c'est-à-dire destiné à en permettre la mise en œuvre[36]. Toutefois, le Conseil d'État dans son important arrêt du 19 novembre 2010, *Dingreville*[37], éclaire la mise en œuvre de ce nouveau critère : il considère que ce critère est rempli si la rémunération globale du cocontractant est susceptible d'être inférieure aux dépenses d'exploitation.

CE, 19 novembre 2010, Dingreville (extraits)

« (...) Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que le contrat conclu avec la société Beauvais Sports et Spectacles lui confiait une mission de service public tenant à l'exploitation du palais des spectacles communal sous le contrôle de la commune, s'agissant notamment de la programmation culturelle et des contraintes relatives à son occupation par les équipes sportives de la ville ; que ce contrat accordait à la société une rémunération composée d'une part fixe et d'une part variable calculée en fonction des écarts entre le budget prévisionnel et le budget réalisé, la rémunération globale étant susceptible d'être inférieure aux dépenses d'exploitation ; que le cocontractant supportait ainsi un risque d'exploitation ; que, par conséquent, la cour n'a pas inexactement qualifié le contrat de délégation de service public en relevant que la convention litigieuse confiait au cocontractant l'exécution d'une mission de service public, moyennant une rémunération substantiellement liée à l'exploitation (...). »

131. Cette solution a été appliquée à diverses reprises. La cour administrative d'appel de Bordeaux a ainsi jugé que « *la société, qui est rémunérée par les redevances versées par les usagers, supporte ainsi l'aléa financier de l'exploitation* »[38]. De même, la cour administrative d'appel de Marseille a considéré qu'« *il pèse indéniablement un risque sur le niveau et l'existence de la rémunération (du*

35. CJUE, 10 nov. 2011, n° C-348/10, Norma-A SIA, Dekom SIA c/ Latgales planosanas regions, précité – CJUE, 21 mai 2015, n° C-269/14, Kansaneläkelaitos, précité.
36. Cf. en ce sens : L. Richer, note précitée sous l'arrêt *Département de la Vendée*.
37. CE, 19 nov. 2010, Dingreville : Contrats-Marchés publ. 2011, n° 22, note G. Eckert.
38. CAA Bordeaux, 7 mai 2015, n° 13BX02005, Commune de Rivedoux-Plage : Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 181, note G. Eckert.

cocontractant) » quand « *celle-ci est directement engendrée par la gestion du service* » puisqu'elle provient des droits d'entrée perçus sur les visiteurs du site exploité ainsi que de la vente de produits commerciaux[39]. De même enfin, la cour administrative d'appel de Nancy a jugé qu'un contrat par lequel le département du Haut-Rhin confie à des prestataires la mission de service public de dépannage des véhicules en panne ou accidentés sur le réseau des autoroutes non concédées et voies assimilées est une convention de délégation de service public au motif que ce contrat prévoit que « *la rémunération du délégataire est constituée par les sommes perçues auprès des usagers du service public. Le délégataire exploite le service public à ses risques et périls* » ; qu'ainsi, la seule rémunération perçue par le délégataire est constituée des sommes perçues directement auprès des usagers et son montant final est fonction du nombre d'interventions qu'il aura à effectuer sur le réseau ; que ce mode de rémunération caractérise la prise en charge, par le délégataire, du risque d'exploitation ; qu'ainsi, la rémunération prévue par ce contrat est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service délégué. En outre, elle considère que la seule circonstance que la rémunération du cocontractant soit déterminée par la facturation faite à l'usager sur la base des tarifs réglementés et du prix proposé par le délégataire dans son offre ne suffit pas à caractériser l'existence d'un marché public[40].

§2. Relations à la lumière de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession

132. Les dispositions de la loi du 29 janvier 1993 relatives à la délégation de service public ont été abrogées par l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession qui transpose la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession. Désormais, la convention de délégation de service public n'est plus qu'une catégorie de contrat de concession et lui emprunte sa définition puisque le CGCT en son article L. 1411-1 la définit désormais comme « *un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix* ». Il faut dire que cette solution est logique au regard du droit communautaire de la commande publique qui ne connaît que deux catégories de contrats : les marchés publics et les concessions. Cette définition de la convention de délégation de service public nouvelle

39. CAA Marseille, 13 févr. 2015, n° 13MA02242, D. c/Commune de Fontevieille : Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 96, obs. H. Hoepffner.
40. CAA Nancy, 2 févr. 2016, n° 14NC00859, SARL Machajo : Contrats-Marchés publ. 2016, n° 4, comm. 103, obs. H. Hoepffner.

dans sa forme ne change rien ou quasiment rien quant au fond, la notion n'en est pas affectée[41], et ce d'autant plus que le critère du risque d'exploitation est consacré dans cette définition. À cet égard, l'alinéa 2 de l'article L. 1411-1 précise que « *La part de risque transférée au délégataire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le délégataire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le délégataire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation du service* ». Dès lors, il apparaît clairement que la distinction entre le marché public et la convention de délégation de service public continuera de reposer sur la prise en charge du risque d'exploitation, et qu'ainsi les jurisprudences *Département de la Vendée* et *Dingreville*, ne sont pas fondamentalement remises en cause.

Bibliographie

AUBY (B.), MAUGÜÉ (C.), « Les contrats de délégation de service public », JCP 1994, I, 3743.

AUBY (J.-F.), *La délégation de service public*, Dalloz, Guide pratique, 1997.

BEZANÇON (X.), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, LGDJ, 1999.

BRUERE (J.-C.), « Délégation de service public et marché d'entreprise de travaux publics », Gaz. Pal. 5-6 août 1994, p. 2.

DANDELOT (M.), conclusions sous CE, sect., 12 oct. 1984, Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées : RFDA janv.-févr. 1985, p. 19.

DE LAUBADERE (A.), MODERNE (F.) et DEVOLVE (P.), *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1990.

DOUENCE (C.), « Les contrats de délégation de service public », RFDA 1993, p. 936.

DUFAU (J.), *Les concessions de service public*, Éd. du Moniteur, 1979.

ECKERT (G.), « Un an de droit des délégations de service public », Contrats-Marchés publ. 2012, n° 1, chron. 1.

ECKERT (G.), « Un an de droit des délégations de service public », Contrats-Marchés publ. 2013, n° 1, chron. 1.

ECKERT (G.), « Un an de droit des délégations de service public », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 2, chron. 2.

41. En ce sens : F. Linditch, « Les contrats de délégations de service public après l'ordonnance du 29 janv. 2016 », Contrats-Marchés publ. mars 2016, n° 3, dossier 6, pour qui la notion de délégation de service public est intacte après l'ordonnance du 29 janv. 2016.

ECKERT (G.), « Un an de droit des délégations de service public », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 1, chron. 1.

ECKERT (G.), « Un an de droit des délégations de service public », Contrats-Marchés publ. 2016, n° 2, chron. 1.

KAHN (J.), « La notion juridique de marché public », Contrats-Marchés publ. 1968, n° 10, p. 37.

LAJOYE (C.), « Marchés publics, délégation et fragmentation du service public », note sous CE, 7 mars 2014, CHU Hôpitaux de Rouen : RGCT 2014, n° 55, p. 101.

LINDITCH (F.), « Les contrats de délégations de service public après l'ordonnance du 29 janvier 2016 », Contrats-Marchés publ. 2016, n° 3, dossier 6.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « De l'onérosité et de l'intérêt économique direct comme critères des marchés publics », Contrats-Marchés publ. 2011, n° 1, p. 1.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Le risque économique est-il un critère de la délégation de service public ? », Contrats-Marchés publ. 2007, n° 5, repère 5.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Les marchés de mobilier urbain peuvent-ils devenir des concessions ? », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 6, repère 6.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Marchés, DSP, concessions de travaux ou d'aménagement : de quelques problèmes de frontières », Contrats-Marchés publ. 2011, n° 11, repère 10, p. 1.

RICHER (L.), « Convention de délégation de service public » in RICHER (L.) (dir.), *Droit des services publics locaux*, Éd. du Moniteur, IV.100 et IV.120.

RICHER (L.), « Délégation de service public : une notion difficile à cerner », Le Moniteur 6 juin 1997, p. 56.

RICHER (L.), « Le marché public : problèmes actuels de définition », CJEG févr. 1986, p. 37.

SOLDINI (D.), « La délégation de service public, sa fonction, ses critères », RFDA 2010, p. 1115.

SUR (M.-T.), « Marché d'entreprise de travaux publics. Bail emphytéotique », in RICHER (L.) (dir.), *Droit des services publics locaux*, Éd. du Moniteur, V.100 et V.200.

TASSONE (A.), « Retour sur la qualification juridique des contrats de mobilier urbain », Contrats-Marchés publ. 2006, n° 4, p. 3.

Chapitre

2

Relations entre marché public et contrat administratif

Plan du chapitre

Section 1 **Solutions traditionnelles**

§1. La controverse doctrinale

§2. La solution à cette controverse

Section 2 **Solutions rénovées**

RÉSUMÉ

Ces relations ont longtemps été ambiguës, le droit des contrats publics « classique » ayant longtemps laissé la question de savoir si un marché public est nécessairement un contrat administratif en suspens, ce qui avait suscité une intéressante controverse doctrinale. Cette controverse avait fini par être tranchée par la jurisprudence qui considérait qu'un marché public pouvait être un contrat de droit privé. Mais cette solution est condamnée par le législateur qui, dans sa loi du 11 décembre 2001 portant mesure urgente à caractère économique et financier, fait des marchés publics une nouvelle catégorie de contrat administratif par détermination de la loi. Toutefois, cette question est nécessairement affectée par l'élargissement du champ d'application organique du droit des marchés publics à certaines personnes morales de droit privé.

Section 1 Solutions traditionnelles

133. La question consistant à savoir si le marché public est nécessairement un contrat administratif a suscité une controverse doctrinale avant d'être tranchée par la jurisprudence.

§1. La controverse doctrinale

A. La thèse de la connexion marché public/contrat administratif

134. Cette thèse repose sur le constat que le critère organique est un point commun de la définition du contrat administratif et du marché public et, surtout, sur l'affirmation selon laquelle les règles du Code des marchés publics seraient incompatibles avec un régime de droit privé du contrat. Cette incompatibilité reposerait sur le fait que le Code des marchés publics conférerait aux personnes publiques des pouvoirs exorbitants du droit commun. Aussi, les marchés publics selon le Code des marchés publics étant soumis au CCAG et ceux-ci contenant des clauses exorbitantes du droit commun – donc incompatibles avec les règles du droit privé des contrats – il faut en conclure que tous les marchés publics sont nécessairement des contrats administratifs.

B. La thèse du découplage marché public/contrat administratif

135. Certains auteurs s'attachent à réfuter les arguments de la thèse qui vient d'être évoquée. Ainsi observent-ils que tous les marchés publics ne se réfèrent pas à un cahier des charges. D'autre part, si ce cahier des charges n'est pas un CCAG type, il se peut fort bien qu'il ne comporte pas de clauses exorbitantes. Et même si le marché se réfère à un CCAG type, les clauses du marché peuvent déroger aux clauses exorbitantes. En conséquence, il s'avérait possible d'affirmer que tous les marchés publics ne contiennent pas nécessairement des clauses exorbitantes du droit commun et que, dès lors, certains d'entre eux pouvaient être regardés comme des contrats de droit privé.

§2. La solution à cette controverse

136. **La consécration par la jurisprudence de la thèse du découplage marché public/contrat administratif** – Des arrêts de principe de la Cour de cassation et du Tribunal des conflits sont venus trancher la question en affirmant expressément que le lien qui unit marchés publics et contrat administratif n'est pas absolu et qu'un marché public peut donc être un contrat de droit privé.

Dans un premier temps, la Cour de cassation[1] déclare « *que la soumission d'un contrat aux dispositions du Code des marchés publics ne lui confère pas, par elle-même, le caractère d'un contrat administratif* ».

La même solution est adoptée par le Tribunal des conflits dans deux arrêts du même jour[2] et dans deux arrêts ultérieurs[3]. Il en résulte que pour savoir si un marché public est un contrat administratif, il faut soumettre le premier aux critères du second. Mais ces solutions vont être affectées par l'évolution du droit positif.

Section 2 Solutions rénovées

137. Les marchés publics : une nouvelle catégorie de contrats administratifs par détermination de la loi – Ici, les solutions provenant de la jurisprudence sont bouleversées puisque la loi *MURCEF* du 11 décembre 2001 en son article 2 dispose : « *Les marchés passés en application du Code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs* ».

En vertu de cette disposition législative, tous les marchés publics soumis au Code des marchés publics sont des contrats administratifs, et ce même s'ils ne remplissent pas les critères de ce dernier et donc leur contentieux relève du juge administratif. Le Conseil d'État a précisé que cette disposition s'applique aussi aux marchés dont le Code des marchés publics prévoit la conclusion sans formalités préalables en vertu du code de 2001[4] et donc elle s'applique également aux marchés passés selon une procédure adaptée conformément à l'article 28 du code de 2004 et du code de 2006. De même, comme le souligne le Tribunal des conflits, la loi *MURCEF* s'applique également aux marchés en cours à la date de son entrée en vigueur[5]. Ainsi, à l'instar de la loi du 28 pluviôse an VIII à propos des travaux publics, la loi *MURCEF* créée au profit du juge administratif et au sujet des marchés publics un véritable bloc de compétence et instaure une autre catégorie de contrats administratifs par détermination de la loi.

En conséquence, lorsqu'il sera saisi d'un litige à propos d'un marché public, le juge n'aura pas à rechercher dans celui-ci la présence des critères du contrat administratif. Par exemple, la Cour de cassation affirme que les contrats

1. Cass. 1re civ., 17 déc. 1996, Société Locunivers : Dr. adm. 1997, n° 122, note L. Richer.
2. T. confl., 5 juill. 1999, Commune de Sauve c/Société Gestener : Dr. adm. 1999, n° 248, note R. S. – T. confl., 5 juill. 1999, UGAP c/ Société Activ CSA : Req. n° 3167.
3. T. confl., 14 févr. 2000, Commune de Baie-Mahault : Dr. adm. 2000, n° 54 et 80 et T. confl., 17 avr. 2000, Crédit Lyonnais c/ EDF : Dr. adm. 2000, n° 104.
4. CE, avis, 29 juill. 2002, Société MAJ Blanchisseries de Pantin : Dr. adm. 2002, n° 140 ; Contrats-Marchés publ. 2002, n° 207, note F. Llorens – CAA Marseille, 22 mai 2008, Société Grenk Location : Contrats-Marchés publ. 2008, n° 188, obs. F. Llorens.
5. T. confl., 17 déc. 2007, Société Lixxbail c/ État : Contrats-Marchés publ. 2008, n° 113, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux – T. confl., 9 févr. 2015, CCAS de Rueil-Malmaison c/Société Loc-Infor : Contrats-Marchés publ. mai 2015, n° 5, comm. 112, obs. H. Hoepffner.

d'assurance passés par une personne publique sont des contrats administratifs au motif que ces contrats sont des marchés publics[6].

Cette disposition très importante de la loi *MURCEF* revient donc sur la jurisprudence de la Cour de cassation et du Tribunal des conflits ci-dessus exposée selon laquelle les marchés publics pouvaient être des contrats de droit privé.

138. Forte atténuation de l'intérêt de la distinction marché public de travaux et marché de travaux publics – Par ailleurs, elle atténue fortement l'intérêt de la distinction marché public de travaux et marché de travaux publics. En effet, ces deux catégories de contrats relèvent désormais, par détermination de la loi, du juge administratif.

139. Il faut ajouter que fort logiquement, le législateur précise que le juge judiciaire « *demeure compétent pour connaître des litiges qui relevaient de sa compétence et qui ont été portés devant lui avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi* ». Le Tribunal des conflits et le Conseil d'État ont ainsi jugé qu'un marché de fournitures passé avant l'entrée en vigueur de la loi *MURCEF* était un contrat de droit privé au motif qu'il ne contenait aucune clause exorbitante et ne faisait pas participer le cocontractant à l'exécution du service public[7]. De même, la Cour de cassation a vu dans un contrat d'édition portant sur un guide d'information municipale, un marché public de droit privé au motif que le contrat en cause ne faisait pas participer le cocontractant à l'exécution du service public de l'information municipale[8].

140. Évidemment, l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui étend le champ d'application organique du droit des marchés publics à certaines personnes morales de droit privé ne pouvait se désintéresser de la relation marché public/contrat administratif. Ainsi, en son article 3 indique-t-elle : « *les marchés publics relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs.* » Désormais, seuls les marchés publics passés par une personne publique sont des contrats administratifs, car ils remplissent le critère organique du contrat administratif ; les marchés publics passés par une personne privée ne sont évidemment pas des contrats administratifs faute de remplir ce critère.

Par ailleurs et pour être complet, il faut maintenant évoquer la relation entre les marchés publics et les contrats de partenariat instaurés par l'ordonnance du 17 juin 2004[9], mais aussi la distinction entre les marchés publics et les concessions au sens communautaire.

N^os^ 141 à 146 réservés.

---

6. Cass. 1re civ., 23 janv. 2007, Commune d'Argenton-sur-Creuse : Contrats-Marchés publ. 2007, n° 37.
7. T. confl., 24 févr. 2003, M. Hawrylyszyn : Dr. adm. 2003, n° 148 – CE, 3 nov. 2003, Union des groupements d'achats publics : Dr. adm. 2004, n° 6 et 43, note A. Ménéménis.
8. Cass. 1re civ., 16 nov. 2004, Ville de Meaux c/Société Ciep : Contrats-Marchés publ. 2005, n° 66, p. 19-20, note W. Zimmer.
9. JO n° 141, 19 juin 2004, p. 10994.

Bibliographie

ANTOINE (J.), « La nature juridique des contrats de mobiliers urbains », LPA 2004, n° 78, p. 6.

LAJOYE (C.), *Les effets des directives communautaires sur les notions juridiques de marchés et contrats publics*, thèse, Caen, 1996.

LLORENS (F.), SOLER-COUTEAUX (P.), « Les contrats de mobilier urbain sont des marchés publics », Contrats-Marchés publ. 2005, n° 12, p. 3.

MOREAU (D.), « Marchés de services publics : identification d'une catégorie de marchés à part », CP-ACCP avr. 2004, n° 32, p. 66.

RICHER (L.), « Convention de délégation de service public » in RICHER (L.), *Droit des services publics locaux*, Éd. du Moniteur, IV.100 et IV.120.

TASSONE (A.), « Retour sur la qualification juridique des contrats de mobilier urbain », Contrats-Marchés publ. 2006, n° 4, p. 3.

Chapitre

3

Marché public, contrat de partenariat et concession

Plan du chapitre

Section 1 **Marché public et contrat de partenariat public privé**

§1. Marché public et contrat de partenariat avant l'ordonnance du 23 juillet 2015

§2. Le contrat de partenariat en vertu de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : une catégorie particulière de marché public

Section 2 **Marché public et concession au sens communautaire**

§1. Concession de travaux publics au sens communautaire et marché public de travaux

§2. Concession de service au sens communautaire et marché public de service

RÉSUMÉ

Le contrat de partenariat public privé (CPPP) est un nouveau venu dans l'arsenal contractuel à la disposition des collectivités publiques pour répondre à leurs besoins et à ceux de leurs administrés. Il s'installe et se développe progressivement au sein de la commande publique et bénéficiait d'un « *activisme* » des pouvoirs publics soucieux de favoriser le financement d'équipements publics dans un contexte budgétaire très délicat pour les collectivités publiques. C'est pourquoi il fallait bien le distinguer du marché public et de la délégation de service public. Désormais, en vertu de l'ordonnance du 23 juillet 2015, il est intégré dans le droit des marchés publics. De plus, les directives communautaires relatives aux marchés publics consacrent les notions de concessions de travaux publics et de concessions de services et les distinguent respectivement de celles de marché public de travaux et de marché public de services.

Section 1 Marché public et contrat de partenariat public privé

§1. Marché public et contrat de partenariat avant l'ordonnance du 23 juillet 2015

147. L'instauration dans le droit positif français de la commande publique auprès des marchés publics et des délégations de service public résulte d'un contexte international favorable. Elle a bénéficié tout particulièrement des initiatives des institutions communautaires et plus précisément de la Commission européenne. Le concept de partenariat public privé est ainsi employé dans la *Communication de la Commission relative au financement de projet de réseau transeuropéen de transport par des partenariats entre le secteur public et le secteur privé*. Plus récemment, cette même Commission a élaboré et publié le 30 avril 2004 le *Livre vert sur les partenariats public/privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*. Ces initiatives ont été prises en particulier sous l'influence britannique dont le gouvernement a mis au point dans les années 1990 un programme dit de « *Private Finance Initiative* ». Cette politique qui a été poursuivie ensuite sous la nouvelle qualification de « *Public Private Partnership* » a pour objectif de favoriser la participation des entreprises privées à l'édification d'infrastructure et l'exécution des services publics. Au niveau mondial, le partenariat public-privé fait l'objet d'actions de promotion de la Banque mondiale – qui perçoit dans ce procédé un moyen de favoriser le développement des pays en voie de développement –, mais également de la part de l'ONU. Il existe dans plusieurs États européens, aux États-Unis, au Canada et au Japon.

Nous étudierons la notion de contrat de partenariat public privé (CPPP) avant de la distinguer de celles de marché public et de délégation de service public.

A. La notion de contrat de partenariat public privé

148. L'ordonnance qui introduit les contrats de partenariat public privé (CPPP) en droit positif français en donne une définition précise. Ses principaux éléments devront être analysés.

I – Définition textuelle des contrats de partenariat

149. Ces derniers sont définis par l'ordonnance modifiée du 17 juin 2004, comme des contrats administratifs par lesquels une personne publique « *confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* ». Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser et peut se voir confier l'acquisition des biens nécessaires à la réalisation de l'opération y compris au moyen du procédé de l'expropriation. La rémunération du cocontractant s'effectue par le paiement d'un prix par la personne publique pendant toute la durée du contrat. « *Elle est liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant* ».

II – Principaux éléments définitionnels du contrat de partenariat

a) Élément organique

150. Évolution du champ d'application organique de l'ordonnance du 17 juin 2004 – À l'origine, l'ordonnance du 17 juin 2004 dans sa rédaction initiale réservait le recours au contrat de partenariat public privé aux personnes publiques et donc à l'État et à ses établissements publics aux collectivités territoriales et leurs établissements publics et aux groupements d'intérêt public. Dès lors, les personnes privées, y compris celles gérant un service public, ne pouvaient conclure un tel contrat. Mais la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 est revenue sur cette solution en étendant le champ d'application organique de l'ordonnance à certains pouvoirs et entités adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics. Parmi ceux-ci on peut mentionner, en particulier, les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au Code des marchés publics, dotés de la personnalité juridique et qui sont créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dont soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à l'ordonnance du 6 juin 2005, soit la gestion est contrôlée par un tel pouvoir adjudicateur ou soit l'organe de gestion et de direction est composé de membres majoritairement

désignés par un tel pouvoir adjudicateur. On peut aussi mentionner les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique créés soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au Code des marchés publics soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005, soit par ces deux types de pouvoirs adjudicateurs afin de réaliser certaines activités en commun. Enfin, entrent dans le champ d'application organique de l'ordonnance du 17 juin 2004 les organismes de droit privé mentionnés à l'article L. 124-4 du Code de la sécurité sociale.

151. Quant au cocontractant, l'ordonnance du 17 juin 2004 est très imprécise, car elle utilise le terme, très maladroit en matière contractuelle, de tiers. Il eut été plus opportun et par soucis de cohérence avec les autres contrats publics et en particulier avec le marché public, d'employer le terme d'opérateur économique. Dès lors, il peut s'agir de toute personne juridique, mais l'objectif fondamental des contrats de partenariat public privé étant de faire financer par le secteur privé des ouvrages publics ou des prestations concourant à l'exercice du service public, le cocontractant sera par nature, dans la quasi-totalité des cas, une entreprise privée.

b) Élément matériel

152. Le caractère global de l'objet de la prestation – Comme le souligne Stéphane Braconnier « *la principale caractéristique du contrat de partenariat est qu'il s'agit d'un contrat global comprenant obligatoirement trois ensembles de prestations* »[1]. En effet, il porte à la fois sur :

- ***tout ou partie du financement d'ouvrages ou d'équipements***, d'investissements immatériels nécessaires à l'activité de service public assumé par la personne publique ;
- ***la construction ou la transformation de ces ouvrages ou équipements*** qui peut être précédée de leur conception en totalité ou en partie ;
- l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion de ces ouvrages ou équipements.

Il peut porter aussi sur des prestations de services concourant à l'activité de service public assumée par la personne publique passant le contrat de partenariat public privé.

c) Élément relatif au mode de rémunération du cocontractant

153. Le mode de rémunération du cocontractant est indiqué dans la définition du contrat de partenariat public privé de manière assez imprécise, car elle se contente de prévoir que « *la rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle est liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant* ». Ce mode de rémunération consiste donc fondamentalement au paiement d'un prix par la personne

1. S. Braconnier, « Partenariats public-privé », JCl. Contrats et Marchés Publics, Fasc. 646, p. 14.

publique, paiement étalé pendant la durée du contrat. Toutefois, le montant de la rémunération varie en fonction des objectifs de performance assignés au cocontractant, ce qui peut s'apparenter à une rémunération provenant des résultats de l'exploitation. Cette rémunération qui cumule prix payé par la personne publique et intéressement aux résultats de l'exploitation ressemble à celle prévue dans certaines conventions de délégation de service public, en particulier dans les contrats de régie intéressée. En réalité, tout dépend de l'importance de la part de la rémunération issue des résultats de l'exploitation. Est-elle substantielle ou pas ? En effet, si elle est faible, cette rémunération, du fait de l'importance du prix payé par la personne publique confine à celle prévue dans certains marchés publics (voir *supra*, n°s 123, 128-132).

B. Distinction contrat de partenariat/marché public/ délégation de service public

154. Le contrat de partenariat public privé au sens de l'ordonnance du 17 juin 2004 sera distingué successivement du marché public et de la délégation de service public.

I – Contrat de partenariat et marché public

155. L'analyse de ces deux contrats permet de relever une différence d'objet et une différence de mode de rémunération.

a) Différence d'objet

156. On le perçoit bien, la différence fondamentale entre le contrat de partenariat et le marché public réside dans leur objet, l'objet du premier étant beaucoup plus large que celui du second. En effet, l'objet du contrat de partenariat public privé porte à la fois sur le financement des investissements, la réalisation de travaux, éventuellement la conception des ouvrages, la gestion, l'entretien, la maintenance d'ouvrage ou d'équipements et éventuellement d'autres prestations de services. En outre, dans la réalisation de cet objet, la maîtrise d'ouvrage est assurée par le cocontractant tandis que, dans un marché public, la maîtrise d'ouvrage est obligatoirement exercée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.

b) Différence de mode de rémunération

157. Le contrat de partenariat public privé, comme cela a été souligné plus haut, donne lieu à une rémunération mixte combinant le paiement d'un prix par la personne publique et la rémunération liée à des objectifs de performance et plus largement issue du droit d'exploiter l'ouvrage. Elle est donc plus large et plus diversifiée que dans les marchés publics où la rémunération de l'opérateur économique consiste fondamentalement en un prix payé par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. Toutefois, certains marchés publics peuvent cumuler ces deux types de rémunérations, à condition que celle liée aux résultats de l'exploitation ne soit pas substantielle (voir *supra*, n° 123-124). L'autre différence relative au mode de rémunération consiste en l'étalement du paiement du

prix pendant toute la durée du contrat qui est la règle pour les contrats de partenariat public privé alors que le Code des marchés publics interdit toute clause de paiement différé en son article 96 (voir *infra*, n° 632).

II – Contrat de partenariat et délégation de service public

a) Différence d'objet

158. Le contrat de partenariat diffère de la convention de délégation de service public par l'objet – Le premier, contrairement à la seconde, ne confie pas au cocontractant l'exploitation d'un service public et se limite, mais ce n'est pas rien, à l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public et éventuellement également à la réalisation des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. Le contrat de partenariat public privé permet donc de confier au cocontractant, la réalisation d'ouvrages, d'équipements, d'activités supports du service public sans que ce dernier, dans son ensemble, soit délégué au cocontractant. En effet, l'ordonnance du 17 juin 2004 ne prévoit pas la délégation au titulaire du contrat de partenariat public privé, de la gestion ou de l'exploitation effective et complète du service public attaché à l'ouvrage public ou à l'équipement édifié. En revanche, elle n'exclut pas que le titulaire du contrat soit associé, même étroitement, à certaines parties de l'exploitation de ce service public. À l'inverse, la convention de délégation de service public confie la gestion et l'exploitation du service public au cocontractant. Toutefois, cette distinction est à nuancer au vu de la jurisprudence *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Giers*[2] et *CHU-Hôpitaux de* Rouen[3] où le Conseil d'État n'exige pas que la totalité des prestations composant le service public soit dévolue au cocontractant pour qualifier le contrat de délégation de service public. Cette jurisprudence qui nous paraît regrettable, car elle conduit à une fragmentation du service public délégué[4] et est source de confusion, a pour effet de rapprocher l'objet de ces deux types de contrats publics.

b) Différence de mode de rémunération

159. On l'a vu, la rémunération du titulaire de la délégation doit être substantiellement liée au résultat de l'exploitation. Mais on l'a souligné également, la notion de délégation de service n'exclut pas totalement le paiement d'un prix par la personne publique, et ce même si ce prix représente l'essentiel de la rémunération du cocontractant, la part de la rémunération provenant des

2. CE, 28 juin 2006, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Giers, précité.
3. CE, 7 mars 2014, CHU-Hopitaux de Rouen, précité.
4. C. Lajoye, « Marchés publics, délégation et fragmentation du service public », note sous CE, 7 mars 2014, CHU Hôpitaux de Rouen : RGCT 2014, n° 55, p. 101.

résultats de l'exploitation ne devant pas être trop faible ou marginale[5] (voir *supra*, n[os] 123-124). Dès lors, le mode de rémunération d'une délégation de service public où le cocontractant est pour partie payé par un prix et par des résultats de l'exploitation est proche de celui d'un contrat de partenariat public privé où le titulaire, comme nous l'avons souligné plus haut, est rétribué par une rémunération mixte combinant le paiement d'un prix par la personne publique et rémunération liée à des objectifs de performance et plus largement issue du droit d'exploiter l'ouvrage. Mais cette seconde partie de la rémunération qui est incontestablement liée aux résultats de l'exploitation est-elle substantielle ? Dans la plupart des cas, la part des recettes d'exploitation dans un contrat de partenariat public privé est assez faible par rapport au prix, mais pour autant, est-elle marginale au sens de la jurisprudence *SMITOM* ? À cet égard, la jurisprudence *Département de la Vendée*[6] est ici utile, car il apparaît que le contrat de partenariat public privé ne fait pas supporter une part significative du risque de l'opération au cocontractant et qu'en conséquence la rémunération qu'il prévoit ne peut être perçue comme substantiellement liée aux résultats de l'opération contrairement à ce qui prévaut pour la délégation de service public (voir *supra*, n[os] 128-131).

§2. Le contrat de partenariat en vertu de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : une catégorie particulière de marché public

160. L'ordonnance du 23 juillet 2015, on l'a dit, intègre dans le champ d'application du droit des marchés publics (art. 4, al. 4 et 66 et s. de ladite ordonnance) le contrat de partenariat rebaptisé pour l'occasion marché de partenariat et en donne une définition rénovée. Ainsi, l'article 67 dispose-t-il : « *I. – Un marché de partenariat est un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet :*

1° La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ;

2° Tout ou partie de leur financement.

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

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

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

5. Cf. notamment CE, 30 juin 1999, SMITOM, précité.
6. CE, 7 nov. 2008, Département de la Vendée, précité.

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

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

III. – L'acheteur peut donner mandat au titulaire pour encaisser, en son nom et pour son compte, le paiement par l'usager de prestations exécutées en vertu du contrat. » Et l'article 68 d'ajouter : « *Après décision de l'acheteur, le titulaire du contrat de partenariat peut être chargé d'acquérir les biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par voie d'expropriation.*

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

On le constate, l'objet du marché de partenariat est élargi par rapport à celui de contrat de partenariat au sens de l'ordonnance du 17 juin 2004, et ce afin de répondre à l'objectif assigné sur la question des partenariats public-privé (PPP) aux rédacteurs de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui est de regrouper dans un instrument contractuel unique toutes les formes juridiques de PPP qui rentrent dans la catégorie de marché public au sens du droit communautaire de la commande publique. Ainsi, sur cette question, l'ordonnance réalise-t-elle une « *unification et une consolidation des différentes formules contractuelles existantes au profit d'une forme unique, générique et transversale* »[7]. Dès lors, l'objet du marché de partenariat est adapté à ce nouvel objectif et revêt un caractère polyvalent[8]. La nouvelle formulation de l'objet du partenariat conserve le caractère global de cet objet, mais est plus complète que celle qui prévalait dans l'ordonnance du 17 juin 2004. Ainsi ajoute-t-elle aux différentes tâches pouvant être confiées au partenaire, la rénovation, le démantèlement ou la destruction des équipements ou ouvrages. Elle ajoute que l'opération peut répondre aux nécessités du service public, mais aussi à l'exercice d'une mission d'intérêt général assurée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. En outre, désormais, l'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages sont des charges qui n'ont plus qu'un caractère facultatif. Dès lors, le marché de partenariat peut porter sur la construction d'un ouvrage sans comprendre son entretien et sa maintenance. Par ailleurs, au sujet de la participation du partenaire au financement de l'opération objet du contrat, l'article 67 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ne précise plus « *à l'exception de toute participation au capital* », contrairement à l'ordonnance du 17 juin 2004. Par conséquent, les marchés de partenariat intègrent désormais, les PPP institutionnels donnant lieu à la création de sociétés d'économie mixte à opération unique.

7. Cf. présentation de l'ordonnance au Conseil des ministres du 22 juill. 2015.
8. En ce sens : G. Eckert, « Le périmètre des marchés de partenariat », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 10, dossier 11.

Enfin, il convient de souligner une nouveauté importante introduite à l'article 67, II, 3° de l'ordonnance du 23 juillet 2015, qui permet au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice de prévoir au sein de la mission globale attribuée au partenaire de lui confier la gestion d'une mission de service public. Or, en vertu de l'ordonnance du 17 juin 2004, comme nous l'avons précisé plus haut, le contrat de partenariat ne pouvait, parmi les missions facultatives sur lesquels il pouvait porter, que confier la réalisation de prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée et ne lui accordait pas véritablement, la gestion d'un service public. Dès lors, cette innovation – qui a pour motivation principale d'intégrer dans le champ du marché de partenariat l'ancien bail emphytéotique administratif qui pouvait être conclu en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité, d'une mission de service public – procède au rapprochement de l'objet du marché de partenariat avec celui de la convention de délégation de service public. Dès lors, ces deux contrats différeront par leur mode de rémunération et donc par la prise en charge du risque d'exploitation. Or, l'article 70 précise que « *Le marché de partenariat fixe les conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre l'acheteur et le titulaire* », ce marché prévoit donc que son titulaire supporte une partie du risque tout comme la convention de délégation de service public, ce qui laisse présager des difficultés de distinction entre ces deux formes contractuelles. Il faudra donc que la jurisprudence précise le niveau de prise en charge inhérente à chacune de ces deux formes, et on peut présager qu'elle sera plus exigeante pour les conventions de délégation de service public.

Section 2 Marché public et concession au sens communautaire

161. Les directives marchés publics s'intéressaient aux concessions de service et aux concessions de travaux publics même si elles leur accordaient un régime juridique différencié. De plus, elles retenaient une acception différente de celle reconnue traditionnellement en droit interne. On sait que, selon celle-ci, est une concession de travaux publics un contrat en vertu duquel une personne publique concédante confie à un concessionnaire la réalisation d'un ouvrage public, lui accorde en contrepartie le droit d'exploiter l'ouvrage, le concessionnaire étant rémunéré par des redevances prélevées sur les usagers[9]. En outre, le droit d'exploiter l'ouvrage est constitutif de l'exécution d'un service public, c'est pourquoi la très grande majorité des concessions de travaux publics sont aussi des concessions de service public et sont appelées indifféremment

9. Notamment : CE, 11 déc. 1963, Ville de Colombes : Lebon, p. 612 – CE, 26 nov. 1971, SIMA : Lebon, p. 723 ; RDP 1972, p. 239, concl. Gentot – CE, 29 juill. 1985, SA Lyonnaise des eaux et de l'éclairage : Lebon, p. 246 ; RFDA 1986, p. 231, concl. Dandelot.

concession travaux publics et de service public ou simplement concessions de service public ou encore concession de travaux publics. C'est ainsi que les concessions de distribution d'eau potable portent à la fois sur la construction et/ou l'entretien du réseau et sur la distribution de l'eau. Très rares sont les concessions qui portent exclusivement sur des services publics, dans ce cas ce sont des affermages[10], ou qui portent exclusivement sur des travaux publics. Désormais, le droit communautaire unifie le régime juridique des concessions dans une directive spécifique qui concerne à la fois les concessions passées par les pouvoirs adjudicateurs et celles conclues par les entités adjudicatrices, les concessions de travaux et les concessions de service[11].

§1. Concession de travaux publics au sens communautaire et marché public de travaux

162. La concession de travaux était visée par les deux directives marchés publics du 31 mars 2004.

La directive 2004/17 traitait des concessions de travaux passées par les entités adjudicatrices. En vertu de son article 1er, la concession de travaux est un contrat ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage, soit la réalisation par quelque moyen que ce soit d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par l'entité adjudicatrice et dont la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix. Selon l'article 18 de cette directive, ces concessions sont exclues de son champ d'application.

La directive 2004/18 traitait des concessions de travaux publics conclues par les pouvoirs adjudicateurs. En vertu de son article 1er, la concession de travaux publics est un contrat ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage, soit la réalisation par quelque moyen que ce soit d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur et dont la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix. Quand la concession porte à la fois sur des services et des travaux, le juge communautaire indique que la concession doit être considérée comme une concession de travaux publics quand l'objet principal de celle-ci est de réaliser des travaux[12]. Cette directive contient un titre III qui contient les règles applicables à ces concessions. Elle les soumet donc à un régime juridique spécifique. La transposition de ces dispositions a été notamment assurée par l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009. Ce texte définit les concessions de travaux publics comme « *des contrats administratifs dont l'objet est de faire*

10. Cf. CE, 29 avr. 1987, Commune d'Élancourt : AJDA 1987, p. 543, obs. X. Prétot – CE, 24 sept. 1990, Commune de Tignes : D. 1991, SC p. 186, obs. P. Terneyre.
11. Dir. 2014/23/UE, 26 févr. 2014 sur l'attribution de contrats de concession.
12. CJCE, 18 janv. 2007, n° C-220/05, Jean Auroux et a. c/ Commune de Roanne : Contrats-Marchés publ. 2007, n° 38, note W. Zimmer.

réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix ». Il ajoute en son article 3 que lorsqu'un contrat de concession porte à la fois sur des services et des travaux, il est soumis aux dispositions applicables aux concessions de travaux publics si son objet principal est de réaliser des travaux.

163. La définition de la concession de travaux retenue dans la directive 2014/23/UE est simplifiée et précisée, mais reste conforme aux définitions des directives 2004/17 et 2004/18. L'article 5, 1, a de la directive 2014/23/UE les définit ainsi comme « *un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix* ». L'article 5, 7 de cette directive précise qu'on entend par « *exécution de travaux* », soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à l'une des activités visées par la directive (mentionnées à l'annexe I de cette dernière) ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences définies par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice qui exerce une influence décisive sur le type d'ouvrage ou la conception de l'ouvrage. Enfin, l'article 5, 1, b, second alinéa de la directive précise que la notion de concession implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. L'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession qui transpose la directive 2014/23/UE quant à la définition de la concession de travaux procède en deux temps : elle définit d'abord la concession et caractérise ensuite la concession de travaux. C'est ainsi qu'en son article 5 elle la définit comme un contrat conclu par écrit, par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. Et cet article de reprendre une appréhension très proche du risque d'exploitation que celle retenue dans la directive. Ensuite, elle précise en son article 6, I que « *les contrats de concession de travaux ont pour objet :*

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

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

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

Enfin l'article 20 de la directive 2014/23/UE, tout comme l'article 6, III de l'ordonnance du 29 janvier 2016, prévoient que lorsqu'un contrat de concession porte à la fois sur des services et des travaux, sa qualification dépend de son objet principal. On le constate, le critère distinctif entre la concession de travaux publics au sens communautaire et le marché public de travaux réside dans le mode de rémunération : le concessionnaire doit bénéficier au moins pour partie de recettes tirées de l'exploitation de l'ouvrage ce qui met à sa charge le risque d'exploitation.

§2. Concession de service au sens communautaire et marché public de service

164. La concession de service est visée par les deux directives marchés publics du 31 mars 2004.

La directive 2004/17 traite des concessions de services. En vertu de son article 1er, la concession de services est un contrat ayant pour objet une prestation de services visée par la directive et dont la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix. Selon l'article 18 de cette directive, ces concessions sont exclues de son champ d'application.

La directive 2004/18 traite également des concessions de services. Elle retient en son article 1er une définition de la concession de services identique à celle adoptée par la directive 2004/17. Selon l'article 17 de cette directive, ces concessions sont exclues de son champ d'application. On le constate, le critère distinctif entre la concession de services au sens communautaire et le marché public de services réside dans le mode de rémunération : le concessionnaire doit bénéficier au moins pour partie de recettes tirées de l'exploitation du service. La jurisprudence communautaire a précisé que, pour qu'un contrat soit une concession de services, il faut qu'il mette à la charge du cocontractant le risque d'exploitation[13].

Pour conclure sur les concessions de services au sens des directives 2004/17 et 2004/18 communautaires, on signalera simplement que si elles ne sont pas

13. CJCE, 18 juill. 2007, n° C-382/05, Commission c/ République Italienne : AJDA 2008, p. 2346, note B. Eglie-Richters ; Contrats-Marchés publ. 2007, n° 238, note W. Zimmer – CJCE, 10 sept. 2009, n° C-206/08, WAZV Gotha c/ Eurawasser : AJDA 2010, p. 162, note D.-A. Camous ; Contrats-Marchés publ. 2009, n° 329, note W. Zimmer – CJUE, 10 mars 2011, n° C-274/09, Privater Rettungsdienst und Kranken-transport Stadler : Dr. adm. 2011, n° 45, note R. Noguellou ; Contrats-Marchés publ. 2011, n° 238, note W. Zimmer.

soumises aux règles des directives marchés publics, leur passation et leur attribution doivent respecter, comme l'indique la jurisprudence de la CJCE[14], les règles fondamentales des traités communautaires et l'obligation de transparence qui en résulte. Désormais, les concessions de service comme les concessions de travaux sont assujetties à la directive 2014/23/UE. Celle-ci en son article 5, 1, b les définit comme un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix. Bien sûr, comme pour les concessions de travaux, la concession de service suppose le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces services et répond à la définition du risque d'exploitation mentionnée plus haut. L'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession qui transpose la directive 2014/23/UE quant à la définition de la concession de service procède comme pour la concession de travaux. À la définition générale des concessions susmentionnée, elle ajoute une description des caractéristiques spécifiques de la concession de service. C'est ainsi qu'en son article 6, II, elle précise que « *les contrats de concession de services ont pour objet la gestion d'un service. Ils peuvent consister à déléguer la gestion d'un service public. Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service* ». On le constate, là encore, le critère distinctif entre la concession de service au sens communautaire et le marché public de service réside dans le mode de rémunération : le concessionnaire doit bénéficier au moins pour partie de recettes tirées de l'exploitation du service ce qui met à sa charge le risque d'exploitation[15].

165. Au total, la notion de marché public est sensiblement remaniée par le code de 2001 confirmé sur ce point par celui de 2004 et par celui de 2006. Ce remaniement est amplifié par l'ordonnance du 23 juillet 2015. Mais ces textes ont aussi modifié la passation des marchés publics en intégrant certaines souplesses contenues dans les directives communautaires de manière à permettre une plus grande efficacité de l'achat public.

N^os^ 166 à 171 réservés.

14. CJCE, 7 déc. 2000, n° C-324/98, Telaustria et Telefonadress : Contrats-Marchés publ. 2001, n° 50, obs. F. Llorens – CJCE, 13 oct. 2005, n° C-458/03, Parking Brixen, précité – CJUE, 3 juin 2010, n° C-203/08, The Sporting Exchange Ltd : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 422.
15. CJCE, 18 juill. 2007, n° C-382/05, Commission c/ République Italienne, précité – CJUE, 10 mars 2011, n° C-274/09, Privater Rettungsdienst und Kranken-transport Stadler, précité.

Bibliographie

BEZANÇON (X.), FISZELSON (J.-C.) et FORNACCIARI, *Les nouveaux contrats de partenariat*, Éd. du Moniteur, 2005.

BRACONNIER (S.), « Les contrats de Private Finance Initiative », BJCP 2002, p. 174.

BRACONNIER (S.), « Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat », JCP E 2004, n° 28-29, p. 1121 et JCP G 2004, n° 28, p. 1258.

BRACONNIER (S.), « Partenariats public-privé », JCl. Contrats et Marchés Publics, Fasc. 646.

BRENET (F.) et MELLERAY (F.), *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004*, Litec, 2005.

COLLECTIF, dossier « Le partenariat public-privé, vecteur de relance ? », Contrats Publics juin 2009, p. 34.

DELACOUR (E.), « Partenariat : les contrats du 3e type », Contrats-Marchés publ. 2004, n° 7, p. 13.

DELELIS (P.), « Partenariat public-privé », JCl. Administratif, Fasc. 670.

ECKERT (G.), « Le champ d'application du nouveau droit des concessions », Contrats-Marchés publ. 2016, n° 3, dossier 2.

ECKERT (G.), « Le périmètre des marchés de partenariat », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 10, dossier 11.

FATOME (E.) et RICHER (L.), « Contrat de partenariat immobilier : réalisation, paiement et statut des équipements et ouvrages », CP-ACCP 2004, n° 36, p. 24.

FATOME (E.) et RICHER (L.), « Le contrat de partenariat public-privé », colloque Toulouse, 2 et 3 juin 2005 : Droit et ville 2005, n° 60.

KALFLECHE (G.), « Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 6, dossier 4.

LICHERE (F.), « La réforme des partenariats publics-privés », Contrats-Marchés publ. 2008, n° 10, étude 9.

LIGNÈRES (P.), « La frontière entre les délégations de service public et les contrats de partenariat », Contrats-Marchés publ. 2005, n° 12, p. 40.

LIGNÈRES (P.), *Partenariats publics privés*, Litec, 2006.

LINDITCH (F.), « Premier regard sur la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative au contrat de partenariat », JCP A 2008, p. 2193.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Le partenariat public-privé dans la tourmente », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 10, repère 9.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Marchés, DSP, concessions de travaux ou d'aménagement : de quelques problèmes de frontière », Contrats-Marchés publ. 2011, n° 11, p. 1.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Retour sur la distinction entre les marchés et les concessions : y a-t-il "accord parfait" entre les jurisprudences nationale et communautaires ? », Contrats-Marchés publ. 2010, n° 1, p. 1.

MENEMENIS (A.), « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », AJDA 2004, n° 32, p. 1737.

PEYRICAL (J.-M.) et BLONDEL (D.), « Contrats de partenariat public-privé : de nouvelles formes de contrats atypiques », Mon. TP 17 sept. 2004, p. 88.

TENAILLEAU (F.), « L'influence des directives sur les partenariats public-privé », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 6, dossier 11.

Partie 2

La passation des marchés publics

Titre 1 Données générales

Chapitre 1 Les principes fondamentaux de la commande publique
Chapitre 2 La détermination des besoins et l'allotissement
Chapitre 3 Les organes compétents de la commande publique
Chapitre 4 La coordination et le groupement de commandes

Titre 2 Les règles de passation des marchés publics

Chapitre 1 Les règles générales de passation
Chapitre 2 Les procédures prévues par le droit des marchés publics
Chapitre 3 Les modalités de formation du marché

Titre 3 Le contrôle des marchés publics et le contentieux de leur passation

Chapitre 1 Le contrôle des marchés publics
Chapitre 2 Le contentieux de la passation des marchés publics

172. *Elle obéit à des règles strictes – même si celles-ci ont été assouplies au fil des diverses réformes du droit des marchés publics – afin de permettre une véritable mise en concurrence qui est de nature à garantir un traitement objectif et égal des candidats et une réponse satisfaisante aux besoins du pouvoir adjudicateur et des entités adjudicatrices à un prix acceptable pour les finances publiques. Ces règles doivent*

être scrupuleusement respectées sous peine de vicier la procédure et s'insèrent dans un cadre juridique déterminé.

Nous dégagerons donc les données générales de la passation des marchés publics (Titre 1) avant d'appréhender cette dernière (Titre 2).

Titre

1

Données générales

173. *Ces données étaient contenues dans le Code des marchés publics et désormais sont indiquées dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 et ses décrets d'application en particulier du 25 mars 2016 et sont constituées des principes fondamentaux de la commande publique, de règles relatives à la détermination des besoins et à l'allotissement, aux organes compétents de la commande publique, à la coordination et au groupement de commande.*

Chapitre

1

Les principes fondamentaux de la commande publique

Plan du chapitre

Section 1 **Le principe de liberté d'accès à la commande publique**

§1. Signification du principe

§2. Mise en œuvre du principe

Section 2 **Les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures**

§1. Le principe d'égalité de traitement des candidats

§2. Le principe de transparence des procédures

RÉSUMÉ

Ces principes sont mentionnés dès l'article 1, II du Code des marchés publics de 2006 qui reprend presque mot pour mot l'article 1, I du code de 2001 et de celui de 2004 et sont réaffirmés à l'article premier de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Ces textes disposent que les marchés publics et les accords-cadres « *respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ». Ils soulignent l'objet de ces principes qui est de permettre « *d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* ». Ces principes applicables à tout marché public et à tout accord-cadre, quel que soit leur montant, ont désormais une très grande force juridique puisque le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 sur la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit[1], leur a conféré valeur constitutionnelle en soulignant qu'ils découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et que, ce faisant, ils s'imposent au législateur.

Section 1 Le principe de liberté d'accès à la commande publique

174. La signification de ce principe doit être dégagée avant que soit précisée sa mise en œuvre.

§1. Signification du principe

175. Il signifie que l'accès à la commande publique doit être libre et impartial, la personne publique adjudicatrice ne doit pas créer ou laisser s'installer un milieu non concurrentiel. Dès lors, elle ne peut écarter des candidats en se fondant sur d'autres conditions que celles autorisées par le droit des marchés publics. C'est pourquoi les clauses écartant certaines catégories de candidats par leurs exigences particulières en matière de capacité ou de spécifications techniques sont sanctionnées par le juge[2], à moins pour ces dernières qu'elles ne soient justifiées par l'objet du marché[3]. Le principe prohibe l'exclusion de candidats qui rempliraient les conditions exigées par le règlement de la consultation. En outre, ce dernier ne doit contenir aucune exigence qui ne se justifierait pas par l'objet du marché et/ou ses conditions d'exécution.

1. JO 3 juill. 2003, p. 11205 – E. Fatôme et L. Richer, « Le Conseil constitutionnel et le droit commun de la commande publique et de la domanialité publique », AJDA 2003, p. 2348.
2. CE, 9 févr. 1912, Mauguin : Lebon, p. 179 – CE, 30 juin 2004, Ministre de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Territoire et de la Mer : Contrats-Marchés publ. 2004, n° 192, note J.-P. Pietri.
3. CE, 10 févr. 2016, Société SMC2 et a. : Contrats-Marchés publ. 2016, n° 4, comm. 96, note P. Devillers.

§2. Mise en œuvre du principe

176. Tout d'abord pour éviter la discrimination entre candidats, les renseignements qui peuvent être exigés des entreprises candidates sont circonscrits à une liste limitative dressée à l'article 45 du Code des marchés publics et par un arrêté du ministre de l'Économie auquel renvoie cet article[4].

En vertu de l'article 45 du Code des marchés publics peuvent exclusivement être réclamés :

- des renseignements ou documents permettant d'évaluer l'expérience, les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat, en outre, ce dernier, même s'il s'agit d'un groupement, pour établir ses capacités, peut faire état du savoir-faire et de la solidité financière d'un ou de plusieurs opérateurs économiques, et ce quelle que soit la nature juridique des liens entre ce ou ces opérateurs économiques et lui ; ces opérateurs peuvent être, bien sûr des sous-traitants, mais ne sont pas exclusivement des sous-traitants, il peut s'agir aussi et par exemple de filiales. L'article 45, I, précise que lorsque le pouvoir adjudicateur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité – cette nouvelle formulation issue du décret n° 2009-254 du 4 mars 2009 indique clairement contrairement à sa devancière[5] qu'une telle fixation n'est pas obligatoire – il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacité qui doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché[6] et que les renseignements, documents et les niveaux minimaux de capacité doivent être précisés dans l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation[7] ;
- relativement aux marchés passés pour les besoins de la défense nationale, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, ***peut aussi exiger*** si l'objet

4. Pour des applications de cette règle : CE, 21 nov. 2007, Département de l'Orne : Contrats-Marchés publ. 2008, n° 6, note F. Olivier – CE, 28 mars 2008, Communauté urbaine de Lyon : Contrats-Marchés publ. 2008, n° 125, note J.-P. Pietri – CE, 11 avr. 2014, Ministre de la Défense c/Société Legrand Bâtisseurs : Contrats-Marchés publ. 2014, n° 6, comm. 96, note W. Zimmer.
5. L'ancienne rédaction moins claire faisait planer un doute sur ce point, doute levé par le Conseil d'État qui souligne que « le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de préciser dans les avis d'appel public à la concurrence des niveaux minimaux de capacités professionnelles, techniques et financières exigés des candidats » (CE, 8 août 2008, Région de Bourgogne : Contrats-Marchés publ. 2008, n° 148, note P. Labayle-Pabet et N. Garderes).
6. Ainsi a-t-il été jugé, par exemple, que l'exigence posée par le pouvoir adjudicateur que les candidats disposent d'un chiffre d'affaires annuel égal à au moins trois fois le montant maximal estimé de l'accord-cadre était disproportionnée à l'objet dudit contrat : TA Versailles, ord., 15 oct. 2008, Société Géomensura : Contrats-Marchés publ. 2008, n° 256, obs. F. Llorens. Pour une solution identique pour des faits d'espèce très proches, voir aussi CAA Versailles, 25 mai 2010, Commune de Brunoy : Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 281, obs. F. Llorens.
7. Dès lors, le pouvoir adjudicateur ne doit pas écarter des candidats par l'application de niveaux minimaux de capacité non mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation, en ce sens : CE, 20 mai 2009, Commune de Fort-de-France : Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 233, obs. F. Llorens.

ou les conditions du marché le justifient, ***des renseignements relatifs à leur habilitation préalable ou à leur demande d'habilitation préalable*** ;

- des documents relatifs aux pouvoirs de la personne habilitée à engager l'entreprise candidate ;
- le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut demander aux candidats qu'ils lui communiquent ***des certificats de qualité délivrés par des organismes indépendants***, de même peuvent être demandés, pour les marchés qui le justifient, la production de certificats établis par de tels organismes, attestant la capacité du candidat à exécuter le marché, dans les deux cas, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice doit accepter tout moyen de preuve équivalent ou tout certificat équivalent ; à cet égard, la jurisprudence, formée sous l'empire du code de 2004, indique que l'avis d'appel public à la concurrence doit faire ressortir clairement que les candidats peuvent faire la preuve de leur capacité par des documents ou moyens équivalents à ceux demandés[8]. À cet égard, les entreprises de création récente sont très souvent dans l'impossibilité objective de produire les renseignements et les documents demandés par le pouvoir adjudicateur, c'est pourquoi la jurisprudence souligne que ce dernier doit leur permettre de justifier de leurs capacités financières et de leurs références professionnelles par tout autre moyen[9]. Mais pour autant, ces candidats en situation spécifique par rapport aux autres candidats, ne sont pas dispensés de faire état de justificatifs afin d'établir leurs capacités à exécuter le marché[10] ;
- peuvent aussi être demandés aux candidats des renseignements sur le respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés, des mutilés de guerre et assimilés.

177. Un arrêté du 28 août 2006 a été pris conformément à l'article 45, pour fixer la liste exhaustive des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats à un marché public. Les principaux sont les suivants :

- une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires relatif aux fournitures, services ou travaux objet du marché, réalisés au cours des trois derniers exercices, toutefois comme l'indique la jurisprudence, formée sous l'empire du code de 2004 et qui devrait, en toute logique, être maintenue sous celui de 2006, ces exigences, quand elles ont pour effet de restreindre l'accès au marché public à des entreprises de création récente, doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, si l'acheteur public entend faciliter l'accès à ses entreprises aux marchés publics, il peut permettre aux candidats qui ne

8. CE, 25 janv. 2006, Département de la Seine Saint-Denis : Contrats-Marchés publ. 2006, n° 71, note W. Zimmer.
9. CE, 9 mai 2012, Commune de Saint-Benoît : Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 211, note W. Zimmer.
10. CAA Bordeaux, 30 oct. 2014, Collectivité d'outre-mer de Saint-Martin : Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 10, note M. Ubaud-Bergeron.

sont pas en mesure de produire les déclarations demandées, de justifier de leurs capacités financières et professionnelles par d'autres moyens[11] ;
- ***une déclaration de banques*** ou preuve d'une assurance pour les risques professionnels ;
- ***une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du candidat*** et la part du personnel d'encadrement pour chacune des trois dernières années ;
- pour les marchés publics de services ou de fournitures, ***une liste des principaux services ou fournitures réalisés au cours des trois dernières années***, précisant le montant, la date, et le destinataire public ou privé ;
- pour les marchés publics de travaux, ***une liste des travaux effectués au cours des cinq dernières années***, appuyées d'attestation de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces attestations précisent le montant, la période et le lieu d'exécution des travaux ;
- indication des titres d'étude et professionnels du candidat et/ou des cadres qu'il emploie ;
- déclaration précisant l'outillage, le matériel et l'équipement technique à la disposition du candidat ;
- ***présentation de certificats de qualifications professionnelles***, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, dans ce cas, doit préciser que la preuve de la capacité du candidat peut-être apportée par tout moyen, notamment par des certificats d'identité professionnelle ou des références de travaux attestant de la compétence du candidat à réaliser la prestation objet du marché ;
- présentation de certificats établis par des services chargés du contrôle de la qualité et habilités à attester de la conformité des fournitures par rapport à certaines spécifications techniques ;
- communication d'échantillons, de descriptions et/ou photographie des fournitures ;
- ***une déclaration sur l'honneur signée par le candidat*** par laquelle il ne fait pas l'objet d'une interdiction de concourir.

178. De plus, lorsque le candidat s'appuie pour justifier ses capacités professionnelles, techniques et financières également sur celles d'un autre ou d'autres opérateur(s) économique(s), il doit, en vertu de l'arrêté du 28 août 2006, fournir les mêmes documents concernant ce ou ces autres opérateurs que ceux qu'il communique lui-même au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice. Pour prouver qu'il pourra disposer des capacités d'un opérateur économique pour l'exécution du marché, le candidat transmet un engagement écrit de cet opérateur.

---

11. CE, 10 mai 2006, Société Bronzo : Contrats-Marchés publ. 2006, n° 204, note J.-P. Pietri ; AJDA 2006, p. 1619, note J. Lacrouts – CAA Bordeaux, 4 déc. 2008, X : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 44, obs. F. Llorens – Voir aussi, concernant le caractère nécessaire au regard de l'objet et de la nature des prestations à réaliser des exigences en matière de montant du chiffre d'affaires des candidats : CE, 17 nov. 2006, Agence nationale pour l'emploi : AJDA 2007, p. 257, note P. Subra de Bieusses ; JCP A 15 janv. 2007, p. 25, note F. Linditch.

Enfin, l'article 45, III, 2[d] alinéa, indique que si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de fournir, pour justifier de sa capacité financière, les documents et renseignements prévus par l'arrêté susévoqué, et demandés par le pouvoir adjudicateur, il peut démontrer cette capacité par tout autre document considéré comme équivalent par ledit pouvoir.

179. Dès lors, si conformément à l'article 52, I du code, la personne publique acheteuse est tenue d'écarter les candidatures ne comportant pas les pièces qu'elle a exigées en vertu de l'article 45 du code et de l'arrêté pris en application de cet article, ou des pièces équivalentes[12] ou contenant des pièces non signées[13], elle ne peut demander une attestation non incluse dans la liste de cet article et ne peut fonder le rejet d'une candidature sur son absence[14].

180. Ces solutions sont globalement reprises par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et par son décret d'application du 25 mars 2016. Ce dernier indique ainsi, en son article 50, que « *Pour vérifier que les candidats satisfont aux conditions de participation à la procédure, l'acheteur peut exiger la production des renseignements et documents figurant sur une liste établie par arrêté du ministre chargé de l'économie.* » Cette liste a été dressée par un arrêté du 29 mars 2016 et est proche, même si elle comporte une différence importante et des précisions et compléments, de celle établie par l'arrêté du 28 août 2006. Tout d'abord et c'est la différence importante que nous signalions à l'instant, concernant l'appréciation de la capacité économique et financière des candidats, l'article 2 de l'arrêté du 29 mars 2016 dresse une liste non limitative des renseignements ou documents justificatifs pouvant être demandés par l'acheteur. Le caractère non limitatif de cette liste permet donc évidemment à l'acheteur de demander d'autres renseignements ou documents justificatifs, pourvu qu'ils soient nécessaires à l'appréciation de la capacité économique et financière des candidats.

Cette liste comprend les renseignements ou documents suivants :

- ***déclaration concernant le chiffre d'affaires global du candidat*** et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activité faisant l'objet du marché public, portant au maximum sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles ;
- ***déclarations appropriées de banques*** ou, le cas échéant, preuve d'une assurance des risques professionnels pertinents ;

12. CE, 13 nov. 2002, Commune du Mans : Contrats-Marchés 2003, n° 4, note F. Olivier – CE, 10 mai 2006, Société Bronzo, précité.
13. CE, 13 nov. 2002, Communauté urbaine du Mans, même référence que l'arrêt *Commune du Mans* susmentionné.
14. CE, 13 nov. 2002, OPHLM Communauté urbaine du Mans, même référence que l'arrêt *Commune du Mans* susmentionné – CE, 21 nov. 2007, Département de l'Orne, précité – CE, 28 mars 2008, Communauté urbaine de Lyon, précité.

– ***bilans ou extraits de bilan***, concernant les trois dernières années, des opérateurs économiques pour lesquels l'établissement des bilans est obligatoire en vertu de la loi.

En outre, l'article 2, II de l'arrêté du 29 mars 2016 précise que si, « *pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les renseignements et documents demandés par l'acheteur, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre moyen considéré comme approprié par l'acheteur* ».

Concernant l'appréciation des capacités techniques et professionnelles des candidats, cette fois, la liste des renseignements ou documents justificatifs pouvant être demandés par l'acheteur est limitative, aucun autre renseignement ou document justificatif ne pouvant être demandé par l'acheteur.

Cette liste comprend les renseignements ou documents suivants :

– ***une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années***, assortie d'attestations de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, l'acheteur peut indiquer que les éléments de preuve relatifs à des travaux exécutés il y a plus de cinq ans seront pris en compte. Ces attestations indiquent le montant, la date et le lieu d'exécution des travaux et précisent s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin ;
– ***une liste des principales livraisons effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années*** ou, pour les marchés publics de défense ou de sécurité, au cours des cinq dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, l'acheteur peut indiquer que les éléments de preuve relatifs à des produits ou services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte. Les livraisons et les prestations de services sont prouvées par des attestations du destinataire ou, à défaut, par une déclaration de l'opérateur économique ;
– ***une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du candidat*** et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années ;
– pour les marchés publics de travaux, de services ou pour les marchés publics de fournitures comportant également des travaux de pose et d'installation ou des prestations de services, ***l'indication des titres d'études et professionnels du candidat ou des cadres de l'entreprise***, et notamment des responsables de prestation de services ou de conduite des travaux de même nature que celle du marché public ;
– ***l'indication des techniciens ou des organismes techniques***, qu'ils soient ou non intégrés au candidat, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux, ***auquel le candidat pourra faire appel pour l'exécution de l'ouvrage*** ;
– une description de l'outillage, du matériel et de l'équipement technique dont le candidat disposera pour la réalisation du marché public ;

- ***la description de l'équipement technique*** ainsi que des mesures employées par le candidat pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise ;
- ***l'indication des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d'approvisionnement*** que le candidat pourra mettre en œuvre lors de l'exécution du marché public ;
- ***l'indication des mesures de gestion environnementale*** que le candidat pourra appliquer lors de l'exécution du marché public ;
- des échantillons, descriptions ou photographies des fournitures ;
- ***des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité*** et habilités à attester la conformité des fournitures par des références à certaines spécifications techniques. Toutefois, d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité produites par les candidats sont acceptées, si ceux-ci n'ont pas accès à ces certificats ou n'ont aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés ;
- ***des certificats de qualification professionnelle établis par des organismes indépendants***. Dans ce cas, l'acheteur accepte tout moyen de preuve équivalent ainsi que les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres ;
- lorsque les produits ou les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, un contrôle effectué par l'acheteur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le fournisseur ou le prestataire de services est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme ; ce contrôle porte sur les capacités de production du fournisseur ou sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prendra pour contrôler la qualité.

Concernant les marchés publics de défense ou de sécurité uniquement :

- ***une description des sources d'approvisionnement*** dont le candidat dispose pour exécuter le marché public, pour faire face à d'éventuelles augmentations des besoins de l'acheteur par suite d'une crise ou pour assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché public avec une indication de leur implantation géographique lorsqu'elle se trouve hors du territoire européen ;
- une description des règles internes en matière de propriété intellectuelle ;
- lorsqu'il s'agit de marchés publics qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale, les éléments indiqués à l'arrêté du Premier ministre mentionné à l'article 1er du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 justifiant ***la capacité de traiter, stocker et transmettre ces informations au niveau de classification ou de protection exigé par l'acheteur***.

En outre et seulement pour les marchés publics de défense ou de sécurité, si, pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les références demandées par l'acheteur, il est autorisé à prouver ses

capacités techniques ou professionnelles par tout autre moyen considéré comme approprié par l'acheteur.

Par ailleurs, l'article 50, alinéa 2 du décret du 25 mars 2016 prévoit comme le Code des marchés publics le faisait que « *Si le candidat s'appuie sur les capacités d'autres opérateurs économiques, il justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché public. Cette preuve peut être apportée par tout moyen approprié.* »

Enfin, l'article 55, IV de ce décret dispose que lorsqu'un candidat ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé.

181. Les cas d'interdiction de soumissionner – Le Code des marchés publics prévoit des cas d'interdiction de soumissionner. Mais contrairement à ses devanciers, le code de 2006 n'énumère pas limitativement les personnes non admises à concourir. En effet, l'article 43 de ce code se contente de renvoyer à l'article 38 de l'ordonnance du 6 juin 2005 et à l'article 29 de la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. L'article 38, I de la première mentionnée, dispose que « *les interdictions de soumissionner énumérées à l'article 8 et qui ne figurent pas dans le Code des marchés publics sont applicables aux personnes soumissionnant à des marchés relevant du Code des marchés publics* ».

L'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 dresse une liste des cas d'interdiction de soumissionner très proche de celle établie par l'ordonnance du 6 juin 2005 en dépit de quelques modifications. Sont ainsi frappées d'une interdiction de soumissionner en vertu de la première, les personnes suivantes :

– les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de 5 ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par les articles 222-34 à 222-40 (direction ou organisation d'un groupement ayant pour objet la production, la fabrication, l'importation, l'exportation, le transport, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition ou l'emploi illicites de stupéfiants, la production ou la fabrication illicites de stupéfiants, manipulation, dissimulation, blanchiment de capitaux liés au trafic de stupéfiants, importation, exportation, trafic, offre, cession de stupéfiants), 313-1 (escroquerie) et 313-3 (tentatives d'escroquerie), 314-1 (abus de confiance), 324-1 et 324-6 (blanchiment de capitaux), 421-1 à 421-2-4 (actes de terrorisme), 421-5 (provocation directe à des actes de terrorisme ou apologie publique de ces actes), par l'article 432-10 (concussion), 432-11 (corruption passive et trafic d'influence), 432-12 à 432-16 (prise illégale d'intérêts, atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public, soustraction et détournement de biens), par les articles 433-1 et 433-2 (corruption active et trafic d'influence), par les articles 434-9 et 434-9-1 (délit d'entrave à l'exercice de la justice), par les articles 435-3 et 435-4 (corruption et

trafic d'influence actifs), 435-9 et 435-10 (corruption et trafic d'influence actifs), 441-1 à 441-7 et 441-9 (faux et usage de faux), 445-1 à 445-2-1 et 450-1 du Code pénal (association de malfaiteurs), et par l'article 1741 à 1743 (soustraction, dissimulation, défaut de paiement en matière d'impositions), 1746 et 1747 du Code général des impôts et pour les marchés publics qui ne sont pas des marchés publics de défense ou de sécurité aux articles 225-4-1 et 225-4-7 du Code pénal ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État membre de l'Union européenne ; il est à observer comme le précise l'article 45, 1° de l'ordonnance, que la condamnation définitive pour l'une de ces infractions ou pour recel d'une de ces infractions d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale entraîne l'exclusion de la procédure de passation des marchés publics de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions ;

- les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de 3 ans, d'une sanction pour les infractions mentionnées aux articles L. 8221-1 (travail dissimulé), L. 8221-3 (travail dissimulé par dissimulation d'activité), L. 8221-5 (travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié), L. 8231-1 (délit de marchandage), L. 8241-1 (prêt illicite de main-d'œuvre), L. 8251-1 et L. 8251-2 du Code du travail (emploi d'un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France) ou qui ont été condamnées au titre de l'article L. 1146-1 de ce même code (méconnaissance des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes) ou de l'article 225-1 du Code pénal (discriminations) ;
- les personnes en état de liquidation judiciaire et les personnes physiques dont la faillite personnelle a été prononcée, les candidats étrangers ayant fait l'objet d'une procédure équivalente ne sont pas non plus admis à concourir. Quant aux personnes en redressement judiciaire ou dans une situation équivalente prévue par un droit étranger, elles doivent établir qu'elles ont été habilitées à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché ;
- sont ainsi exclues les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations obligatoires en matières fiscale et sociale ou n'ont pas payé leurs impôts ou cotisations. Le candidat, pour justifier qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales, produit une déclaration sur l'honneur ;
- les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la procédure de passation du marché public, n'ont pas mis en œuvre l'obligation de négociation annuelle prévue à l'article L. 2242-5 du Code du travail relative à la rémunération, au temps de travail et au partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise ;
- les personnes qui ont été condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du Code pénal (exclusion à l'encontre d'une personne morale des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus) ou qui

sont des personnes physiques condamnées à une peine d'exclusion des marchés publics ;
- les personnes qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative prise en application de l'article L. 8272-4 du Code du travail.

En outre, il faut souligner que l'article 46 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 dresse une liste des cas d'interdiction de soumissionner propres aux marchés publics de défense ou de sécurité. Il s'agit :
- des personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 226-13 (atteinte au secret professionnel), 222-52 à 222-59 (trafic d'armes) ou 413-10 à 413-12 (atteintes au secret de la défense nationale) du Code pénal, aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du Code de la défense ou à l'article L. 317-8 du Code de la sécurité intérieure. L'exclusion de la procédure de passation des marchés publics s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la décision du juge sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés publics a été prononcée pour une durée différente ;
- les personnes qui, par une décision de justice définitive, ont vu leur responsabilité civile engagée depuis moins de cinq ans pour méconnaissance de leurs engagements en matière de sécurité d'approvisionnement ou en matière de sécurité de l'information, à moins qu'elles aient entièrement exécuté les décisions de justice éventuellement prononcées à leur encontre et qu'elles établissent, par tout moyen, que leur professionnalisme ne peut plus être remis en cause ;
- les personnes au sujet desquelles il est établi, par tout moyen et, le cas échéant, par des sources de données protégées, qu'elles ne possèdent pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État.

Ces cas d'interdiction de soumissionner énumérés aux articles 45 et 46 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sont obligatoires et généraux. Toutefois, l'article 47 du même texte nuance cette obligation en apportant la dérogation suivante : « *Les acheteurs peuvent, à titre exceptionnel, autoriser un opérateur économique qui serait dans un cas d'interdiction de soumissionner prévu aux articles 45 et 46 à participer à la procédure de passation du marché public, à condition que cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, que le marché public en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique et qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un État membre de l'Union européenne n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des marchés publics.* » Les trois conditions posées à cette autorisation exceptionnelle sont évidemment cumulatives. En outre, l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, et c'est une nouveauté importante, prévoit des cas d'interdiction de soumissionner facultatifs. Peuvent ainsi être exclus par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice les personnes dans l'une des situations suivantes :
- les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait

l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de concession antérieur ou d'un marché public antérieur ;
- les personnes qui ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché public, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ;
- les personnes qui, par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché public, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens ;
- les personnes à l'égard desquelles l'acheteur dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence ;
- les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. Constitue une telle situation, toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de cette procédure.

Mais le II de l'article 48, conditionne la mise en œuvre de ces exclusions facultatives à la possibilité pour l'opérateur économique qui lui est laissée par l'acheteur d'établir, dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement.

Sont également frappées d'une interdiction de candidater, comme sous l'empire du Code des marchés publics, en vertu de l'article 29 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, les personnes assujetties à l'obligation d'employer des travailleurs handicapés ou mutilés de guerre posée l'article L. 5212-2 du Code du travail qui, au cours de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit la déclaration visée à l'article L. 5212-5 de ce code ou n'ont pas, si elles en sont redevables, versé la contribution annuelle au fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés prévu à l'article L. 5212-9 de ce même code. Il faut souligner que les candidats, pour établir qu'ils ne tombent pas sous le coup de l'une de ces interdictions de concourir, fournissent au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice une déclaration sur l'honneur certifiant qu'ils ne sont pas dans un des cas d'interdiction de soumissionner mentionnés ci-dessus.

Enfin, les candidatures qui ne présentent pas des garanties techniques et financières suffisantes ne sont pas admises[15]. À cet égard, la jurisprudence encadre l'évaluation des garanties d'un candidat au regard d'insuffisances ou manquements dans l'exécution d'un ou de plusieurs marchés précédents. Le Conseil d'État souligne ainsi que « *la commission d'appel d'offres ne peut se fonder uniquement sur les seuls manquements allégués d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés, sans rechercher si d'autres éléments du dossier de candidature de la société permettent à celle-ci de justifier de telles garanties* »[16]. En outre, observons que le juge du référé précontractuel exerce un contrôle de l'erreur manifeste sur l'appréciation par le pouvoir adjudicateur des garanties et des capacités techniques présentées par les candidats à un marché public[17] tout comme celui accompli par le juge de l'excès de pouvoir[18].

182. Accès aux documents de la consultation – Par ailleurs, il faut signaler qu'afin de faciliter l'accès à la commande publique, en vertu de l'article 41, alinéa 2 du Code des marchés publics, les pièces nécessaires à la consultation des candidats leur sont délivrées gratuitement. Néanmoins, de manière à éviter l'alourdissement du coût pour les collectivités locales, les documents des consultations étant souvent volumineux et donc leur reproduction en un nombre d'exemplaires important coûteux, l'article 41 permet au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice de décider que ces documents sont donnés aux entreprises demandeuses contre paiement des frais de reprographie. Cette disposition est de nature à inciter les entreprises à étudier ces documents sur le site Internet de la collectivité acheteuse. Ce paiement, plus légitime plus simple et plus respectueux des deniers publics, remplace le cautionnement qui pouvait être demandé, en vertu du code de 2001, à l'entreprise candidate qui retirait un dossier de consultation.

183. Dématérialisation des documents de la consultation – En vertu de l'article 41 du code dans sa rédaction issue du décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 reprise par décret n° 2011-1000 du 25 août 2011, et dans le cadre de la dématérialisation des procédures, depuis le 1er janvier 2010, les documents de la consultation pour les marchés publics d'un montant supérieur à 90 000 € doivent être publiés sur un profil d'acheteur.

---

15. Pour des illustrations jurisprudentielles, cf. notamment CAA Bordeaux, 8 avr. 2008, Société E-MAGYS : Contrats-Marchés publ. 2008, n° 131, obs. F. Llorens – CE, 20 mai 2009, Commune de Fort-de-France : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 233, obs. F. Llorens.
16. CE, 10 juin 2009, Région Lorraine c/ ACE BTP : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 271, note W. Zimmer ; Dr. adm. 2009, n° 112, note A. Ruellan ; solution appliquée notamment par CAA Lyon, 17 déc. 2009, Commune de Grenoble : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 102, obs. F. Llorens – CE, 15 déc. 2011, Société Blanchisserie Roncaglia : Contrats-Marchés publ. 2012, n° 2, comm. 47, obs. M. Ubaud-Bergeron – CAA Marseille, 23 juin 2014, Société Artisan du nettoyage : Contrats-Marchés publ. 2014, n° 10, comm. 261, obs. M. Ubaud-Bergeron.
17. CE, 17 sept. 2014, n° 378722, Société Delta Process : Contrats-Marchés publ. 2014, n° 11, comm. 292, note G. Eckert.
18. CE, 23 janv. 2012, n° 346970, Commune de Six-Fours-les-Plages : Contrats-Marchés publ. 2012, n° 3, comm. 99, note J.-P. Pietri.

Cette dématérialisation des documents de la consultation est confirmée par l'article 39 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics qui prévoit que ces documents sont gratuitement mis à disposition des opérateurs économiques sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence. Fort logiquement, cet article précise que l'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont accessibles est indiquée dans l'avis. Toutefois, pour laisser aux acheteurs et, en particulier, aux collectivités territoriales et notamment aux communes la possibilité de s'adapter à cette règle, un délai leur est laissé pour l'appliquer. Ainsi l'article 39, IV précise que jusqu'au 1er avril 2017 pour les centrales d'achat et jusqu'au 1er octobre 2018 pour les autres acheteurs, le présent article s'applique uniquement aux marchés publics suivants :

- les marchés dont le montant estimé atteint les seuils des procédures formalisées ;
- les marchés répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 90 000 euros HT, passés par l'État, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.

Section 2 Les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures

184. Ces deux principes sont, comme le précédent, traditionnels en droit des marchés publics et sont interdépendants. Néanmoins, afin de bien percevoir la signification et les modalités de mise en œuvre de chacun d'entre eux, il convient de les étudier successivement.

§1. Le principe d'égalité de traitement des candidats

185. Origine du principe – Ce principe est le corollaire du principe d'égalité devant la loi qui, avant d'être consacré comme un principe à valeur constitutionnel, fut reconnu comme principe général de droit par le Conseil d'État[19]. Il faut dire que l'égalité devant la loi est un principe fondamental de notre république expressément affirmé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dans le Préambule de la Constitution de 1946 et dans la Constitution du 4 octobre 1958. Il signifie que toute personne doit être traitée de manière identique à une autre si elle est placée dans la même situation juridique.

Cette égalité de traitement devant la loi est transposée dans le droit des marchés publics en égalité de traitement des candidats à un marché public.

19. CE, ass., 7 févr. 1958, Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie : Lebon, p. 74 – CE, ass., 22 janv. 1982, Ah Won : Lebon, p. 33.

Cette dernière, comme cela a été précisé plus haut, a reçu valeur constitutionnelle (décision précitée du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003). Traditionnelle dans notre droit, elle est posée aux articles 47 et 103 du code de 1964 et, dès l'article premier du code de 2001, du code de 2004, du Code de 2006 et désormais de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

186. L'interdiction de toute discrimination à l'encontre d'un candidat – Le principe d'égalité de traitement des candidats interdit toute discrimination à l'encontre d'un candidat. Le Conseil d'État dans un arrêt du 13 mai 1987, *Société Warner Isofi Isolation*[20], censure une directive au motif qu'elle « *a pour effet d'introduire une discrimination qui n'est pas en rapport avec l'objet de la réglementation des marchés publics et de porter ainsi une atteinte injustifiée à l'égalité de traitement qui doit être assurée entre les entreprises candidates à la présentation d'une offre* ». De même, est annulée une délibération du conseil municipal de Bègles demandant expressément aux services de la ville de faire figurer dans les documents des marchés publics une clause destinée à permettre à la Commission d'appel d'offres d'évincer les candidats qui auraient recours aux « *contrats nouvelle embauche* » ou aux « *contrats première embauche* » au motif qu'elle méconnaît le principe d'égalité de traitement des candidats aux marchés publics[21]. En revanche, ne porte pas accès à cette égalité la décision d'un maire de prohiber l'acquisition des aliments contenant des OGM pour les cantines scolaires et les restaurants municipaux[22]. De même, du fait que le procédé de fabrication spécifique prescrit par le cahier des clauses techniques particulières est justifié par l'objet même du marché, il ne peut être regardé comme enfreignant le principe d'égalité entre les candidats[23].

En conséquence, par exemple, le pouvoir adjudicateur doit traiter de façon identique tous les candidats au regard de l'information sur les conditions du marché ou encore, la négociation, dans le cadre des procédures négociées ou des procédures adaptées, doit être conduite dans le strict respect de l'égalité de traitement de tous les candidats[24].

---

20. Lebon, p. 171 ; D. 1987, somm. 430, obs. Terneyre.
21. TA Bordeaux, 5 déc. 2006, Assemblée permanente des chambres des métiers et a., Préfet de la Gironde : Contrats-Marchés publ. 2007, n° 101, note E. Delacour.
22. En ce sens : CAA Lyon, 8 oct. 2009, Commune de Grigny : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 386, obs. F. Llorens.
23. CE, 10 févr. 2016, Société SMC2 et a. : Contrats-Marchés publ. 2016, n° 4, comm. 96, note P. Devillers.
24. Par exemple : CAA Bordeaux, 14 févr. 2006, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable, Société d'aménagement urbain et rural et Société aquitaine de gestion urbaine et rurale : Contrats-Marchés publ. 2006, n° 252 – Pour une application dans une procédure adaptée : CAA Lyon, 27 févr. 2014, SAS Aquatrium c/ Syndicat intercommunal pour l'alimentation en eau potable (SIAEP) de la région de Charny : Contrats-Marchés publ. 2014, n° 7, comm. 190, note W. Zimmer.

§2. Le principe de transparence des procédures

187. Ce principe signifie que la procédure de passation des marchés publics ne doit pas être opaque, que les différentes phases de la procédure doivent bannir toute discrimination et donner lieu à une information claire et précise et à une concurrence loyale entre les divers candidats. Il implique notamment que les critères d'attribution du marché et leurs conditions de mise en œuvre soient communiqués le plus tôt possible, c'est-à-dire dès l'engagement de la procédure. Dans un important arrêt, le Conseil d'État[25] souligne ainsi que « *pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné* ». D'autres arrêts précisent cette solution. Tout d'abord, l'information des candidats sur les conditions de mise en œuvre des critères d'attribution impose de publier également la pondération des critères d'attribution, l'absence d'une telle publication vicie la procédure de passation du marché[26]. Cette obligation d'information sur les critères d'attribution et sur leurs conditions de mise en œuvre s'applique aussi pour les marchés passés en procédure adaptée[27]. Cette publicité des critères et de leur pondération s'opère au moyen de leur mention dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Cette information sur les modalités de mise en œuvre des critères d'attribution doit être dépourvue d'ambiguïté.

De même, quand le pouvoir adjudicateur a recours, pour préciser les critères d'attribution qu'il a retenus, à des sous-critères, ces derniers doivent faire l'objet d'une telle publicité[28]. De même, le pouvoir adjudicateur doit informer les candidats potentiels de la pondération ou de la hiérarchisation de ces sous-

25. CE, 30 mars 2009, Agence nationale pour l'emploi : AJDA 2009, p. 602, note J.-D. Dreyfus.
26. En ce sens : CJCE, 24 janv. 2008, n° C-532/06, Emm. G. Lianakis AE e. a. c/ Dimos Alexandroúpolis e. a : Contrats-Marchés publ. 2008, n° 54, note W. Zimmer ; BJCP 2009, p. 299 ; CP-ACCP 2008, n° 75, p. 12 – CE, 9 août 2006, Société Hairis SAS : Contrats-Marchés publ. 2006, n° 258 ; BJCP 2006, p. 478.
27. CE, 26 sept. 2012, GIE Groupement des poursuites extérieures : Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 303, note P. Devillers.
28. CJCE, 24 janv. 2008, n° C-532/06, Emm. G. Lianakis AE e. a. c/ Dimos Alexandroúpolis e. a, précité – CE, 1er avr. 2009, Ministre d'État, ministre de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de l'Aménagement du Territoire : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 171, note J.-P. Piétri ; JCP A 2009, n° 2170, note F. Linditch – CE, 4 juill. 2012, Ministre de la Défense et des anciens Combattants : Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 271, note J.-P. Piétri.

critères si cette pondération ou cette hiérarchisation est, par sa nature et par son importance, susceptible d'exercer une influence sur la présentation des offres et leur sélection[29].

En revanche, la publicité des conditions de mise en œuvre des critères d'attribution n'impose pas de porter à la connaissance des candidats la méthode de notation des offres. En effet, le Conseil d'État indique que si le respect des principes fondamentaux de la commande publique oblige d'indiquer dans les documents de consultation d'un marché les critères d'attribution du marché et leurs conditions de mise en œuvre, il n'oblige pas d'informer les candidats de la méthode de notation des offres[30]. Enfin, il faut souligner que ces règles de publicité des critères d'attribution et de leurs conditions de mise en œuvre s'appliquent aussi bien pour les marchés passés en procédure adaptée que ceux conclus en procédure formalisée[31].

188. Transparence et sélection des candidats – Quant à la sélection des candidats, si les critères de sélection doivent faire l'objet d'une information appropriée des candidats, cela n'implique pas que le pouvoir adjudicateur communique les conditions de mise en œuvre de ces critères et notamment leur pondération éventuelle[32]. Complétant cette solution, le Conseil d'État indique que l'information sur les modalités de mise en œuvre des critères de sélection des candidats n'est pas nécessaire, « *sauf dans l'hypothèse où ces conditions, si elles avaient été initialement connues, auraient été de nature à susciter d'autres candidatures ou à retenir d'autres candidats* »[33].

189. Ce principe de transparence des procédures est mis en œuvre essentiellement par une publicité renouvelée. C'est pourquoi des avis de préinformation, des avis d'information (avis d'appel public à la concurrence) et des avis de postinformation (avis d'attribution) sont publiés afin d'informer au mieux, aux phases cruciales de la procédure, les candidats potentiels.

---

29. CE, 18 juin 2010, Commune de Saint-Pal-de-Mons : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 271, note P. Rees – CAA Nantes, 30 mars 2012, CHU Caen : Contrats-Marchés publ. 2012, n° 6, comm. 180, note W. Zimmer.
30. CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 240, note P. Devillers – CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 239, note P. Devillers – CE, 18 déc. 2012, n° 362532, Département de la Guadeloupe : Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 28, note W. Zimmer.
31. CE, 30 mars 2009, Agence nationale pour l'emploi, précité – CE, 24 févr. 2010, Communauté de communes Enclave des Papes : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 131, note W. Zimmer ; BJCP 2010, p. 203, concl. N. Boulouis ; JCP A 2010, 2132, note F. Linditch ; RJEP 2010, comm. 38, obs. F. Brenet.
32. CE, 24 févr. 2010, n° 333569, Communauté de communes de l'Enclave des papes, précité – CE, 26 sept. 2012, GIE Groupement des poursuites extérieures : Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 303, note P. Devillers – CE, 27 févr. 2013, Commune de Nîmes : CP-ACCP 2013, n° 131, p. 8, obs. J.-P. Jouguelet.
33. CE, 10 avr. 2015, n° 387128, CCI territoriale d'Ajaccio et de Corse-du-Sud : Contrats-Marchés publ. 2015, n° 6, comm. 140, note G. Eckert.

De même, la mise à disposition gratuite sur le profil d'acheteur aux opérateurs économiques des documents de la consultation participe à la transparence des procédures.

N^os^ 190 à 195 réservés.

Bibliographie

AMILHAT (M.), « Les enjeux de la dématérialisation des marchés publics », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 6, dossier 14.

BARANDO (J.-P.), « Nouveau Code des marchés publics. Un recadrage du droit des groupements d'entreprises », Mon. TP 12 mars 2004, p. 78.

BRACONNIER (S.), « L'accès aux marchés publics dans le nouveau Code des marchés publics », Contrats-Marchés publ. 2001, n° 8.

COSSALTER (P.) et LANZARONE (E.) « Variations autour du régime des variantes », CP-ACCP sept. 2006, n° 58, p. 29.

DELELIS (P.), « Les règles générales de passation des marchés publics », Contrats-Marchés publ. 2006, n° 8-9, p. 13.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Critères, sous-critères, pondération, méthode de notation... : où en est-on ? », Contrats-Marchés publ. 2010, n° 8-9, repère 8, p. 1.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Incertitudes de l'obligation de mise en concurrence et insécurité juridique », Contrats-Marchés publ. 2008, n° 7, repère 7, p. 1.

LLORENS (F.), « Principe de transparence et contrats publics », Contrats-Marchés publ. 2004, n° 1, p. 4.

MICHON (J.), « La constitution des candidatures et des offres », Mon. TP, 19 mars 2004, fiche pratique 7, p. 93.

MOURIESSE (X.), RAMAUT (P.-A.) et BRACONNIER (S.) (dir.), « Les niveaux minimaux de capacité professionnelle, technique et financière des candidats à un marché public », Contrats-Marchés publ. 2008, n° 1, fiche pratique 1, p. 35.

PROOT (P.), « Les conditions de participation à un marché public », CP-ACCP sept. 2006, n° 58, p. 33.

Chapitre

2

La détermination des besoins et l'allotissement

Plan du chapitre

Section 1 La délimitation des besoins

Section 2 Les règles relatives à l'allotissement

RÉSUMÉ

Toute procédure de passation doit être précédée d'une délimitation précise des besoins qui conditionne la réussite de cette procédure. De même, le pouvoir adjudicateur doit déterminer s'il divise le marché en lots ou s'il recourt au marché global.

Section 1 La délimitation des besoins

196. Une définition précise des besoins à satisfaire par le marché, comprenant une évaluation de leur montant, est essentielle et doit précéder le commencement de la procédure. Elle doit donc intervenir avant le lancement de la consultation. L'évaluation financière des besoins doit être sincère et réaliste c'est-à-dire qu'elle doit se fonder sur des niveaux de prix habituellement pratiqués dans le secteur économique concerné par la prestation projetée. Ainsi l'article 5, I du Code des marchés publics dispose-t-il : « *La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable* ». L'ordonnance du 23 juillet 2015, en son article 30, prescrit pour sa part que « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* ».

Certes, les besoins doivent être précisément analysés et dégagés par les services utilisateurs, mais ces articles n'indiquent pas qui au sein du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice procède à la définition de la nature et à l'étendue des besoins. Si le texte est muet sur cette question, il faut en déduire que cette tâche échoit à l'organe qui en leur sein a compétence décisionnaire en la matière. Or en principe, c'est l'assemblée délibérante de la collectivité publique (pour les collectivités territoriales et pour les établissements publics) qui a cette compétence. Ainsi, l'exécutif local doit demander l'accord de son assemblée délibérante sur l'éventualité de passer un marché pour répondre à tel besoin.

197. Cette détermination est fondamentale, elle conditionne le choix de la procédure et sa réussite ainsi que la bonne utilisation des deniers publics. Cette bonne appréciation des besoins de la personne publique acheteuse est non seulement une nécessité économique, mais aussi une obligation juridique. Ces besoins constituent l'objet de l'obligation. À cet égard, une détermination trop vague de l'objet du marché dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans les documents de la consultation peut entraîner la nullité du marché public[1].

198. Solutions procédurales en cas de difficultés dans la délimitation des besoins – Lorsque la personne adjudicatrice rencontre des difficultés dans la fixation précise de ses besoins, elle peut utiliser les solutions procédurales prévues par le Code. Ainsi, quand elle ne parvient pas à évaluer avec précision leur volume exact ou leur rythme, au moment de la conclusion du marché, elle peut recourir aux marchés particuliers que sont les marchés fractionnés. Sous

1. CE, 29 déc. 1997, Département de Paris : Lebon, p. 503 – CAA Bordeaux, 31 août 2006, Commune de Tampon : Contrats-Marchés publ. 2006, n° 256, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux – CAA Douai, 17 janv. 2013, Commune d'Hazebrouck : Contrats-Marchés publ. 2013, n° 3, comm. 67, note G. Eckert.

l'empire du Code des marchés publics, il s'agit des marchés à bons de commande ou des accords-cadres[2], depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance, il s'agit des seuls accords-cadres, puisque ce texte, conformément à l'acception communautaire de l'accord-cadre, unifie ces deux formes de marché fractionné. De même, lorsqu'elle hésite sur les objectifs à atteindre et/ou sur les moyens à utiliser, elle peut employer la procédure de dialogue compétitif (voir *infra*, n[os] 458-459).

199. Association des opérateurs économiques à la délimitation des besoins – Tout d'abord, et c'est une nouveauté intéressante, l'article 4 du décret du 25 mars 2016 prévoit qu'« *afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences* ». Cette disposition permet donc d'associer les opérateurs économiques à la définition des besoins en permettant un dialogue entre ceux-ci et l'acheteur, notamment sur les possibilités et solutions techniques qui sont à la disposition de ce dernier pour répondre à ses besoins. Cela consacre et valide la pratique dite du « *sourçage* » qui consiste en des rencontres du pouvoir adjudicateur avec des entreprises pour discuter de ses besoins et projets. Mais le risque, on le pressent bien, est que les opérateurs économiques ayant participé à ses rencontres soient favorisés par rapport à ceux qui ne l'ont pas fait et qu'il y ait donc rupture, notamment, de l'égalité de traitement des candidats. C'est pourquoi l'utilisation des résultats de ces études et échanges préalables est conditionnée par l'alinéa 2 de l'article 4 du décret du 25 mars 2016 à l'absence de faussement de la concurrence et de violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. À cet égard, l'article 5 du décret du 25 mars 2016 précise que l'« *acheteur prend les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché public d'un opérateur économique qui aurait eu accès, du fait de sa participation préalable directe ou indirecte à la préparation de cette procédure, à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires. Cet opérateur n'est exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens, conformément aux dispositions du 3° de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015* ». Cet article reprend la solution d'une jurisprudence établie, qui veut que la participation d'une entreprise à la préparation d'un marché public ne peut justifier à elle seule et par principe, l'exclusion de cette entreprise de la procédure de passation dudit marché. Il incombe dans ce cas au pouvoir adjudicateur de prendre les mesures nécessaires pour que cette situation n'affecte pas l'égalité

2. Toutefois, la détermination des besoins dans les accords-cadres doit se faire aussi avec rigueur. Le juge censure ainsi une procédure de passation d'un accord-cadre au motif que la délimitation des besoins opérée par le pouvoir adjudicateur révélait que l'écart entre les évaluations basse et haute était considérable et que pour y procéder il s'était fondé sur des prix publics très disparates : TA Versailles, ord., 15 oct. 2008, Société Géomensura, précité.

entre les candidats[3]. Mais en cas de véritable impossibilité d'adopter de telles mesures, le pouvoir adjudicateur pourra utiliser le cas d'interdiction de soumissionner facultatif mentionné au 3° de l'article 48 de l'ordonnance qui vise « *les personnes qui, par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché public, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens* ».

200. L'autorisation des variantes – En outre, la détermination préalable des besoins n'empêche pas de laisser aux entreprises candidates une part d'initiative par la proposition de variantes. Dès lors, si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est ouvert à ses propositions, elle doit l'indiquer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Ces derniers doivent alors indiquer les exigences minimales que doivent respecter les variantes et les modalités de leur présentation.

201. De plus l'article 5, I du Code des marchés publics ajoute que « *le marché ou l'accord-cadre conclu par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins* ». Les besoins en cause sont donc ceux qui permettent son fonctionnement, mais aussi ceux qui lui permettent d'assumer les services publics dont il a la charge et donc de fournir des prestations aux usagers. Cette précision a disparu des textes qu'il s'agisse de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ou de son décret d'application, cette disparition s'expliquant probablement par le caractère extensif de la définition communautaire du marché public quant au destinataire final de la prestation objet du marché. La définition française demeure plus restrictive sur ce point puisque l'article 4 de l'ordonnance continue de prévoir que les marchés publics sont passés pour répondre aux besoins des acheteurs. Dès lors, même si cette précision disparaît, il convient toujours de considérer qu'en vertu du droit français des marchés publics, le marché ou l'accord-cadre passé par le pouvoir adjudicateur a pour objet exclusif de répondre aux besoins de ce pouvoir adjudicateur.

202. Détermination des niveaux d'évaluation – En vertu de l'article 5, II du Code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur doit dégager le niveau auquel les besoins de travaux, fournitures et de services sont évalués. Il lui faut donc déterminer des niveaux opérationnels. Le Code, là aussi, est muet sur l'organe à qui cette tâche revient et ici encore on peut considérer, pour la même raison que précédemment, qu'il s'agit de l'assemblée délibérante de la collectivité publique. Ce choix doit être guidé par la recherche d'une gestion efficace des services et d'une bonne utilisation des deniers publics. Il ne doit pas avoir pour effet de soustraire le marché à l'application de règles du code et en particulier à celles relatives à la mise en concurrence. Est donc interdit un découpage excessif des besoins motivé par la volonté d'échapper aux obligations de mise en concurrence. Cette interdiction perdure sous l'empire de

3. CE, 29 juill. 1998, Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/Société Génicorps, req. n° 177952.

l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application même si ceux-ci ne font plus référence expressément à la détermination des niveaux d'évaluation.

203. Prise en compte du développement durable dans la détermination des besoins – C'est une innovation du code de 2006, l'article 5, I précise que la détermination des besoins à satisfaire, doit tenir compte des objectifs de développement durable. Cette obligation trouve son origine juridique dans l'article 6 de la Charte de l'environnement issue de la loi constitutionnelle du 1er mars 2005 qui dispose : « *les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ». Dès lors, quand le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice définit les besoins à satisfaire par le marché, il doit obligatoirement l'apprécier en évaluant son impact sur l'environnement, sa préservation et sa mise en valeur. Concernant cette prise en compte des objectifs de développement durable, le Conseil d'État précise que celle-ci n'oblige pas le pouvoir adjudicateur à autoriser les variantes[4] ou à retenir un critère de sélection des offres relatif au développement durable[5]. De même, relativement à la détermination des besoins, le pouvoir adjudicateur, en l'espèce une commune, peut légalement exclure l'acquisition des aliments contenant des OGM pour les cantines scolaires et les restaurants municipaux[6]. Cette prise en compte du développement durable dans la détermination des besoins est conservée par l'article 30 de l'ordonnance.

204. Enfin, il faut souligner que la définition des besoins qui font l'objet du marché est déterminée dans les documents de la consultation, en vertu de l'article 6 du Code des marchés publics de 2006 et désormais du décret du 25 mars 2016, en ayant recours à des spécifications techniques. Ces dernières permettent au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice de préciser les exigences et caractéristiques de la prestation ou du bien qu'il considère comme indispensable pour répondre à ses besoins. Comme le précise l'article 6 du Code des marchés publics, ces spécifications techniques sont formulées :

- soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats. Ces documents de référence sont préétablis par des organismes reconnus en particulier par des instances professionnelles en concertation avec les autorités publiques nationales ou les organes communautaires compétents ;
- soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles suffisamment précises pour permettre aux candidats de bien connaître l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice d'attribuer le marché à la meilleure offre. Ces performances ou exigences peuvent inclure des

4. En ce sens : CE, 31 mars 2010, Syndicat mixte région Auray-Belz-Quiberon : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 210, obs. F. Llorens.
5. CE, 23 nov. 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, req. n° 351570.
6. En ce sens : CAA Lyon, 8 oct. 2009, Commune de Grigny : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 386, obs. F. Llorens.

caractéristiques environnementales, notamment en se référant à des écolabels.

Pour définir l'objet du marché, le pouvoir adjudicateur peut utiliser l'un des procédés mentionnés ci-dessus ou peut les combiner.

Cet article 6 du Code des marchés publics est repris et précisé dans l'article 6 du décret du 25 mars 2016 qui indique que les spécifications techniques sont formulées :

« 1° Soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, choisis dans l'ordre de préférence suivant et accompagnés de la mention "ou équivalent" :

- *les normes nationales transposant des normes européennes ;*
- *les évaluations techniques européennes ;*
- *les spécifications techniques communes ;*
- *les normes internationales ;*
- *les autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation ou, en leur absence, les normes nationales, les agréments techniques nationaux ou les spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et d'utilisation des fournitures.*

2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Celles-ci sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché public et à l'acheteur d'attribuer le marché public. Elles peuvent inclure des caractéristiques environnementales ou sociales ;

3° Soit en combinant le 1° et le 2°. »

En outre, l'article 7 du décret du 25 mars 2016 indique à l'instar de l'article 6, V du Code des marchés publics, que *« lorsque l'acheteur définit une spécification technique par référence à une norme ou à un document équivalent, il ne peut pas rejeter une offre au motif que celle-ci n'est pas conforme à cette norme ou à ce document si le soumissionnaire prouve, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose satisfont de manière équivalente aux exigences définies par cette norme ou ce document »*. L'article 10 du décret permet également à l'acheteur quand il acquiert des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre, dans les spécifications techniques du marché public d'exiger un label particulier permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques requises.

205. Par ailleurs, l'article 6, III du Code des marchés publics ajoute que les spécifications techniques *« (...) ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence »*. Cela signifie que la référence aux spécifications techniques ne doit pas fausser la concurrence. Cette référence doit être neutre, c'est-à-dire ne pas entraîner *de facto* le choix d'une entreprise déterminée, mais au contraire permettre l'égal accès à la concurrence. La jurisprudence a ainsi validé le recours à des spécifications techniques imposant un dispositif innovant recouvrant un intérêt général au

motif qu'il n'a pas pour objet d'avantager un candidat[7] ou exigeant des candidats l'utilisation d'un matériau spécifique afin de répondre à une préoccupation d'harmonisation architecturale, et ce en raison de sa forte disponibilité[8]. Du reste, la référence à une marque ou à un brevet est en principe interdite, sauf quand elle est justifiée par l'objet du marché ou s'il est impossible de décrire la prestation sans cette référence. Dans cette hypothèse, la marque est accompagnée de la mention « *ou équivalent* ». Ces solutions sont conservées par l'article 8 du décret du 25 mars 2016 qui dispose : « *Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type lorsqu'une telle mention ou référence est susceptible de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché public ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché public n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes "ou équivalent"* ».

206. L'éphémère obligation d'évaluation préalable du mode de réalisation du projet – Les dispositions combinées de l'article 40 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de l'article 24 du décret du 25 mars 2016 imposent à l'acheteur de passer un marché public, autre qu'un marché public de défense ou de sécurité, portant sur des investissements dont le montant est égal ou supérieur à 100 000 000 € HT de réaliser, avant le lancement de la procédure de passation, une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte une analyse en coût complet et tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation de ce projet. Cette obligation qui préexistait pour certains pouvoirs adjudicateurs (essentiellement pour l'État et ses services) est ainsi généralisée, procède de la rationalisation de l'utilisation des deniers publics. Cette évaluation comporte, entre autres, une présentation générale du projet, notamment son objet, son contexte, ses enjeux et les caractéristiques de son équilibre économique, mais aussi de l'acheteur, en particulier de ses compétences et de ses capacités financières. Elle contient également une analyse comparative en valeur actualisée des différentes options de montages contractuels et institutionnels de la commande publique envisageables pour mettre en œuvre le projet. Cette analyse comprend :

- un cadrage, incluant notamment le périmètre, les procédures et le calendrier pour chacune des phases de réalisation du projet, ainsi que la durée totale du contrat ;
- une estimation en coût complet des différentes options comprenant notamment les coûts de conception, de réalisation, de financement et de

7. CE, 10 févr. 2016, Commune de Bondy, req. n° 382148.
8. CAA Nantes, 28 mars 2013, SAS Guèble, req. n° 11NT03159.

fonctionnement pour l'acheteur et pour le cocontractant jusqu'à la fin de vie du bien ainsi que, le cas échéant, des recettes résultant du projet ;
- une présentation des principaux risques du projet comprenant les risques financiers et la répartition des risques entre l'acheteur et le titulaire.

Mais cette obligation d'évaluation préalable du mode de réalisation du projet est déjà abandonnée par l'article 39 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite parfois loi *Sapin 2* qui abroge l'article 40 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Section 2 Les règles relatives à l'allotissement

207. L'allotissement peut être défini comme la division d'une même opération de fournitures, de prestation de services ou de travaux en plusieurs lots, un lot étant une unité autonome qui est attribuée séparément. Chaque lot est attribué individuellement au candidat dont l'offre a été choisie pour ce lot.

208. Selon les versions antérieures au Code des marchés publics de 2006, les prestations objet du marché pouvaient, au choix de l'acheteur public, être réparties en lots donnant lieu à un marché alloti ou faire l'objet d'un marché unique.

Le choix entre ces deux options était libre. Il se fondait sur une analyse des avantages économiques, financiers ou techniques que chacune de ces formules procure. Ce choix était guidé par la fonctionnalité de l'ouvrage à construire ou par la coordination nécessaire des divers intervenants lors de l'exécution de la prestation. L'acheteur public devait aussi prendre en compte les différents corps de métier concernés. Plus largement, la décision d'allotir était guidée par la situation du marché, par les caractéristiques de la prestation à exécuter et par les objectifs de l'acheteur public. La division en lots est ainsi indiquée quand l'importance de la prestation à exécuter est de nature à dépasser les capacités tant financières que techniques d'une seule entreprise ; chaque lot de plus petite importance pourra être réalisé par des candidats de moindre taille.

209. L'allotissement est le principe, le marché global l'exception – L'article 10 du code de 2006 des marchés publics revient sur la liberté de choix entre marché global et marché alloti et pose comme principe, le recours à l'allotissement. Désormais, le recours à l'allotissement est le principe, le recours au marché global est l'exception. L'article 10 du code de 2006 dispose en effet : « *afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés* (...) ». Cette solution est conservée par l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui dispose en son article 32, I : « *Sous réserve des marchés publics globaux mentionnés à la section 4, les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. À cette fin, les acheteurs*

déterminent le nombre, la taille et l'objet des lots ». L'ordonnance du 23 juillet 2015 conforte donc le recours de principe à l'allotissement, et ce d'autant qu'elle l'impose à tous les acheteurs, ce qui n'était pas le cas avant son entrée en vigueur, car l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics en dispensait les pouvoirs adjudicateurs qu'elle visait.

210. Les avantages de l'allotissement – L'article 10 du Code des marchés publics de 2006 définit l'objectif du recours de principe à l'allotissement : obtenir la plus large concurrence dans la passation des marchés publics. Il est vrai que l'allotissement recouvre deux avantages importants :

- il développe la concurrence puisqu'il a tendance à augmenter le nombre d'entreprises candidates ;
- il facilite l'accès des PME à la commande publique, au contraire l'absence d'allotissement le rend plus délicat ; les PME n'ayant pas, le plus souvent, les capacités financières et techniques pour prendre en charge l'intégralité d'une opération objet d'un marché unique.

211. Les exceptions au principe de l'allotissement – Néanmoins, l'obligation de diviser le marché en lots n'est pas absolue et tolère des exceptions importantes et larges mentionnées à l'article 10 du Code des marchés publics de 2006 et conservées à l'article 32, I de l'ordonnance du 23 juillet 2015 :

- tel est le cas si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes c'est-à-dire si la prestation objet du marché ne peut être divisée ;
- si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice estime que la dévolution en lots séparés risque, pour le marché considéré, de restreindre la concurrence ou de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination. À cet égard, la coordination des prestations induite par un marché alloti peut, en particulier pour les petites communes, complexifier le contrôle et le suivi de l'exécution des prestations et rendre nécessaire le recours à un coordonnateur de travaux ce qui renchérit le coût de la réalisation des travaux.

Ces exceptions au principe de l'allotissement ont fait l'objet de décisions juridictionnelles intéressantes. Le Conseil d'État a ainsi validé le recours à un marché global ayant pour objet la sécurisation d'espaces publics qui comportait des prestations distinctes au motif notamment que la dévolution en lots séparés aurait provoqué des difficultés techniques lors de l'exécution du marché[9]. De même, la haute juridiction administrative a considéré que « *la réduction significative du coût des prestations pour le pouvoir adjudicateur, qui a pour corollaire une*

9. CE, 20 mai 2009, Commune de Fort-de-France : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 229, obs F. Llorens.

économie budgétaire pour celui-ci, constitue toutefois, lorsqu'elle est démontrée au moment du choix entre des lots séparés ou un marché global, un motif légal de dévolution en marché global par application de l'article 10 du Code des marchés publics »[10].

En revanche, le Conseil d'État invalide le recours à un marché global au motif qu'il était notamment possible de distinguer, au sein du marché de fourniture et de mise en œuvre de dispositifs de contrôle d'accès et de gestion informatisée des déchetteries en cause dans l'affaire qui lui était soumise, les prestations relatives à la fourniture et à la mise en service des installations informatiques de celles relatives aux travaux dits de « *génie civil* », consistant à creuser des tranchées pour l'enfouissement des câbles du dispositif, et que, contrairement à ce que soutient le pouvoir adjudicateur, il ne résulte pas de l'instruction qu'une dévolution en lots séparés aurait nécessité une coordination entre prestataires telle qu'elle aurait rendu techniquement difficile l'exécution du marché ; que si le pouvoir adjudicateur soutient également que l'allotissement du marché aurait rendu son exécution financièrement coûteuse, il n'apporte aucune justification à l'appui de ses allégations[11]. En outre, il faut souligner que selon la jurisprudence, le juge administratif exerce un contrôle normal sur la décision du pouvoir adjudicateur de passer un marché global plutôt qu'un marché alloti[12]. De plus, le Conseil d'État opère, en cassation, un contrôle de la qualification juridique des faits réalisée par les juges du fond sur la question consistant à déterminer si des prestations distinctes peuvent être identifiées et si le marché peut par conséquent donner lieu à un allotissement[13]. Enfin, conformément à l'article 32, II de l'ordonnance du 23 juillet 2015, quand un acheteur décide de ne pas allotir un marché public, il doit motiver sa décision. À cet égard, l'article 12 du décret du 25 mars 2016 indique qu'en procédure formalisée, quand il agit en tant que pouvoir adjudicateur, il motive sa décision dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation et quand il agit en tant qu'entité adjudicatrice, parmi les informations qu'il conserve en application de l'article 106 de ce même décret ; en procédure adaptée dans les documents relatifs à la procédure qu'il conserve en application de l'article 108 de ce même décret.

212. La division des prestations en lots doit être connue des candidats potentiels le plus tôt possible, c'est pourquoi elle doit être indiquée dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

---

10. CE, 9 déc. 2009, Département de l'Eure : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 60, note F. Olivier.
11. CE, 3 déc. 2012, Sybert : Contrats-Marchés publ. 2013, n° 2, comm. 31, obs. M. Ubaud-Bergeron.
12. CE, 29 déc. 2009, Département de l'Eure, précité – CE, 27 oct. 2011, n° 350935, Département des Bouches-du-Rhône : Rec. CE 2011, p. 1009 ; JCP A 2011, act. 706 – CE, 26 juin 2015, Ville de Paris : Contrats-Marchés publ. 2015, n° 10, comm. 232, note J.-P. Pietri.
13. CE, 11 avr. 2014, Commune de Montreuil : AJDA 2014, p. 825 ; RJEP 2014, comm. 42, concl. B. Dacosta.

213. Selon l'article 10 du Code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur choisit librement le nombre de lots et précise que « *les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus* ». Il était donc interdit en vertu de cette disposition, par exemple, à un candidat de proposer une réduction de prix à condition qu'il soit déclaré attributaire de plusieurs lots. Cette solution est abandonnée par la version initiale de l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. En effet si celui-ci continue d'accorder une liberté au pouvoir adjudicateur quant à la détermination du nombre, de la taille et de l'objet des lots et d'indiquer que les offres sont appréciées lot par lot, il lui permet désormais d'autoriser les candidats à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Ainsi dispose-t-il : « *les offres sont appréciées lot par lot sauf lorsque l'acheteur a autorisé les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus* ».

Mais l'article 39 de la loi du 9 décembre 2016 vient modifier l'article 32 de l'ordonnance et revient à la solution de l'article 10 du Code des marchés publics. Désormais, et à nouveau, « *les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus* ». De plus, s'agissant de la définition du nombre et de la consistance des lots, le Conseil d'État exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation du pouvoir adjudicateur, « *compte tenu de la liberté de choix qui lui est reconnue à ce titre* »[14].

214. Toutefois, l'article 10 du Code des marchés publics ne devait pas être compris comme interdisant d'attribuer plusieurs lots à une même entreprise. Simplement, il fallait que celle-ci ait présenté une offre pour chacun de ces lots et qu'elle soit déclarée mieux-disante sur chacun d'eux étudié individuellement. En outre, le Conseil d'État dans un arrêt de 2013 permet au pouvoir adjudicateur qui recourt à l'allotissement de décider, afin de mieux assurer la satisfaction de ses besoins en s'adressant à une pluralité de cocontractants ou de favoriser l'émergence d'une plus grande concurrence, de limiter le nombre de lots qui pourra être attribué à chaque candidat, dès lors que ce nombre est indiqué dans les documents de la consultation[15]. Cette jurisprudence est consacrée par l'article 32 de l'ordonnance du 25 juillet 2015 qui prévoit que « *les acheteurs peuvent limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique* ». Dans ce cas l'acheteur, conformément à l'article 12, III du décret du 25 mars 2016 indique dans les documents de la consultation si les opérateurs économiques peuvent soumissionner pour un seul lot, plusieurs lots ou tous les lots ainsi que, le cas échéant, le nombre maximal de lots qui peuvent être attribués à un même soumissionnaire ou plusieurs lots sont

14. CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio : Dr. adm. 2010, n° 110, note F. Brenet.
15. CE, 20 févr. 2013, Société Laboratoire Biomnis : Contrats-Marchés publ. 2013, n° 4, comm. 102, note P. Devillers.

attribuées à une même entreprise. Quand plusieurs lots sont attribués à un même candidat, le pouvoir adjudicateur peut conclure avec celui-ci un seul contrat rassemblant tous les lots concernés.

215. L'allotissement est sans effet sur le calcul de la valeur estimée du marché – Il faut préciser que la division du marché en lots ne peut être utilisée pour faire échapper l'opération aux règles de publicité, de mise en concurrence et de détermination de la procédure instaurées par le droit des marchés publics. En effet, l'article 27. III du code de 2006 indique que lorsqu'un marché comporte plusieurs lots, c'est la valeur de la totalité des lots qui est prise en compte. Cette règle est conservée à l'article 22 du décret du 25 mars 2016.

216. Toutefois, le recours à l'allotissement peut permettre un allégement des règles de mise en concurrence et de publicité. Ainsi, conformément à l'article 27, III du code de 2006 même si la valeur totale des lots est égale ou supérieure aux seuils des procédures formalisées, pour les marchés publics de fournitures et de services et pour les lots inférieurs à 80 000 € HT, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice pourra passer des marchés selon la procédure adaptée. Pour les marchés publics de travaux et pour les lots inférieurs à 1 000 000 € HT, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice pourra aussi conclure des marchés selon cette procédure. Mais dans ce cas, l'ensemble des lots concernés ne doit pas dépasser 20 % du montant de la totalité des lots. Ce dispositif est globalement maintenu par l'article 22 du décret du 25 mars 2016 à une réserve importante prête, la condition relative au seuil de 20 % du montant de la totalité des lots s'applique aussi bien aux marchés publics de fournitures et de services qu'aux marchés publics de travaux. Désormais donc, cet article prévoit : « *même quand la valeur totale des lots est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur peut mettre en œuvre une procédure adaptée pour les lots qui remplissent les deux conditions suivantes :*

1° La valeur estimée de chaque lot concerné est inférieure à 80 000 euros HT pour des fournitures ou des services ou à 1 million d'euros HT pour des travaux ;

2° Le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots. »

217. Concernant la passation des marchés allotis, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice pourra librement choisir de mettre en œuvre soit une seule procédure de mise en concurrence pour la totalité des lots, soit une procédure de mise en concurrence pour chaque lot.

218. Il faut préciser que l'article 10, alinéa 3 du code de 2006, tout comme le code de 2004, mais contrairement à leur devancier de 2001, pour les marchés portant à la fois sur la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, n'oblige plus que la construction fasse l'objet d'un lot séparé. Cette disposition, qui interdisait le marché global pour ces marchés, visait en réalité les marchés d'entreprise de travaux publics (METP) ; associée à l'interdiction des clauses de paiement différé, elle était destinée à mettre un terme à leur conclusion. Désormais, le recours au marché global est permis.

On peut penser que les rédacteurs du code de 2006 comme ceux du code de 2004 ont tenu compte du retour en force des contrats globaux dans la législation antérieure à ce code. En vertu de l'article 10, alinéa 3 du code de 2006, quand un marché porte à la fois sur la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut allotir ou pas. Si elle décide d'allotir, la construction doit obligatoirement faire l'objet d'un lot séparé. Si au contraire, elle opte pour un marché global, celui-ci doit obligatoirement faire apparaître le prix respectif de la construction et le prix de l'exploitation ou de la maintenance. De plus, l'article 10 précise que la rémunération de l'exploitation ou de la maintenance ne saurait contribuer au paiement de la construction.

L'ordonnance du 25 juillet 2015 pas plus que le décret du 25 mars 2016 ne traitent de cette question. Simplement le second en son article 92, II indique que le marché public global de performance fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la réalisation et de l'exploitation ou de la maintenance. D'ailleurs, ces textes développent le recours aux marchés globaux qui constituent une dérogation importante au principe de l'allotissement affirmé par l'article 32 de l'ordonnance.

219. Marchés globaux et dérogation par nature à l'obligation d'allotissement – Les marchés globaux prévus par l'ordonnance du 25 juillet 2015 sont variés et permettent en raison de la nature globale de leur objet de déroger à l'obligation générale d'allotir les prestations objet du marché.

Tout d'abord, on peut mentionner ici les marchés publics de conception-réalisation visés à l'article 33 de l'ordonnance du 25 juillet 2015, qui sont des marchés publics de travaux permettant à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études (conception des travaux ou de l'ouvrage) et l'exécution des travaux (réalisation des travaux ou de l'ouvrage). Les conditions de recours à ces marchés sont précisées par cet article et par l'article 91 du décret du 25 mars 2016.

Ensuite, il faut évoquer les marchés publics globaux de performance instaurés par l'article 33 de l'ordonnance du 25 juillet 2015 qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces marchés publics doivent comporter des engagements de performance mesurables. L'encadrement juridique de ces marchés est précisé à l'article 92 du décret du 25 mars 2016.

Il faut aussi évoquer les marchés publics globaux sectoriels prévus à l'article 35 de l'ordonnance du 25 juillet 2015 permettant aux acheteurs de confier à un même attributaire une mission globale ayant notamment pour objet la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et/ou la maintenance des

ouvrages édifiés dans les secteurs d'activité des pouvoirs et entités adjudicateurs qu'il énumère et qui sont les suivants :

- la police nationale, la gendarmerie nationale, les armées ou les services du ministère de la Défense ;
- la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'Intérieur ;
- les activités de la brigade des sapeurs-pompiers de Paris ;
- la formation du personnel qui concourt aux missions de défense et de sécurité civiles ;
- les activités pénitentiaires ;
- la rétention et les zones d'attente ;
- l'exercice des missions de l'établissement public de santé, d'organismes de droit privé définis à l'article L. 124-4 du Code de la sécurité sociale gérant des établissements de santé et des structures de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique ;
- la revitalisation artisanale et commerciale.

Enfin, on mentionnera, les marchés de partenariat qui, on l'a vu, ont pour caractéristique majeure de confier à l'attributaire une mission globale consistant notamment en la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et en tout ou partie de leur financement. Cette possibilité d'attribuer par ce procédé contractuel une mission globale à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques déroge bien au principe de l'allotissement dans les marchés publics.

N^os^ 220 à 222 réservés.

Bibliographie

LIGNIÈRES (P.), « La personne responsable du marché n'est pas le niveau adéquat pour la détermination des besoins », Dr. adm. 2004, n° 6, p. 37.

LINDITCH (F.), « Allotissement et marchés globaux », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 10, dossier 6.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Le projet d'ordonnance relative aux marchés publics et l'avenir des contrats globaux », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 2, repère 2.

MICHON (J.), « La définition des besoins et leur évaluation », Mon. TP 6 févr. 2004, fiche pratique 1, p. 75.

MICHON (J.), « Le fractionnement légal des commandes », Mon. TP 20 févr. 2004, fiche pratique 3, p. 85.

ROMAN-SÉQUENSE (B.), « De la définition des besoins aux procédures de passation des marchés publics : les impacts de la transposition », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 10, dossier 8.

SCANVIC (F.), « L'allotissement au cœur de la commande publique », CP-ACCP sept. 2006, n° 58, p. 47.

Chapitre

3

Les organes compétents de la commande publique

Plan du chapitre

Section 1 **La personne compétente pour conduire la procédure de passation du marché et le signer**

§1. La disparition textuelle de la notion de personne responsable du marché

§2. Les effets de la disparition textuelle de la notion de personne responsable du marché

§3. Les principales attributions incombant à la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché

Section 2 **La commission d'appel d'offres (CAO)**

§1. La composition de la commission d'appel d'offres

§2. Le fonctionnement de la CAO

§3. Les attributions de la CAO

Section 3 **Le jury**

§1. Le jury de concours

§2. Le jury de la procédure propre aux marchés de conception réalisation et aux marchés publics globaux de performance

§3. Le jury des marchés de maîtrise d'œuvre

RÉSUMÉ

L'étude de ces organes conduit à déterminer qui est compétent pour organiser la consultation, pour choisir le cocontractant de la personne publique, pour manifester le consentement de celle-ci et, ce faisant, l'engager en concluant le marché. Cette détermination est très importante, car le non-respect des règles applicables aux organes assumant le déroulement des procédures de passation vicie celles-ci. Ces règles ne fixent pas seulement leurs attributions aux différents stades de la procédure, mais aussi leur composition et leur fonctionnement.

Ces organes sont la personne qui, au sein de chaque pouvoir adjudicateur ou de chaque entité adjudicatrice, est compétente pour conduire la procédure de passation du marché et le signer, et, selon la procédure quand l'acheteur est une collectivité territoriale ou un établissement public local, une commission d'appel d'offres ou un jury émanations de l'organe délibérant.

Section 1 La personne compétente pour conduire la procédure de passation du marché et le signer

223. L'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016 et le Code des marchés publics de 2006 (contrairement à ces devanciers) ne font pas mention de la notion de personne responsable du marché, qui disparaît donc des textes relatifs aux marchés publics. Pour autant et en dépit de ce mutisme textuel, au sein de chaque pouvoir adjudicateur ou de chaque entité adjudicatrice, sont nécessairement désignées une ou plusieurs personne(s) compétente(s) pour mener à bien la procédure de passation des marchés, les signer et suivre leur exécution.

§1. La disparition textuelle de la notion de personne responsable du marché

224. La Personne responsable du marché est un acteur traditionnel et important de la commande publique qui pourtant disparaît du texte du code de 2006, disparition textuelle confirmée par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et par son décret d'application du 25 mars 2016, mais qui ne peut réellement disparaître de la pratique des marchés publics. Il faut déterminer ce que recouvre la notion de personne responsable du marché, qui assume cette fonction et quelles sont les attributions qui y sont attachées.

A. Notion de personne responsable du marché

225. L'article 20 du Code des marchés publics du 7 mars 2001 en retenait une acception simple et claire en disposant que « *la personne responsable du marché est la personne habilitée à signer le marché au nom de la personne publique* ». Elle

était donc la personne qui au sein de la collectivité publique est compétente pour exprimer la volonté de celle-ci, manifester son consentement au contrat. Si l'article 20, tel qu'il résultait du décret du 7 janvier 2004, continuait d'affirmer que la personne responsable du marché signe les marchés, cette notion n'était plus définie au regard de cette seule attribution. Ce qui était perçu comme fondamental par les auteurs de ce texte et, qui caractérisait la personne responsable du marché, était la fonction générale de mise en œuvre des procédures de passation et d'exécution des marchés.

B. Les titulaires des fonctions de personne responsable du marché

226. L'article 20 n'était pas précis sur cette question, car il ne désignait la personne responsable du marché que pour les marchés de l'État. Pour autant il est possible, au regard du droit positif, de dégager qui est la personne responsable du marché dans chaque catégorie de personne publique acheteuse.

I – La personne responsable du marché pour les marchés publics de l'État

227. L'article 20 indiquait que l'autorité compétente pour conclure le marché est le ministre pour les administrations centrales, les services à compétence nationale et les services déconcentrés directement placés sous son autorité. Pour les autres services déconcentrés de l'État, l'autorité compétente pour conclure le marché est le préfet.

Par ailleurs, la personne responsable du marché pouvait désigner d'autres personnes responsables du marché, mais l'article 20 encadrait cette désignation puisque la première devait tenir compte dans son choix de la détermination du niveau auquel les besoins de fournitures et de services étaient évalués.

Cette désignation pouvait prendre la forme soit d'une délégation de compétence soit d'une délégation de signature. La première consiste pour une autorité administrative à transférer une ou plusieurs de ses compétences à une autre, celle-ci se substitue à l'autorité délégante dans l'exercice des compétences transférées et en endosse la responsabilité ; ces compétences ne pouvant plus être exercées par l'autorité délégante. La délégation de signature consiste pour une autorité administrative à en habiliter une autre à exercer concurremment avec elle ses compétences en matière de signature ; le délégant conserve le droit de signer les actes de son choix et la responsabilité de tous les actes signés en son nom par le délégataire.

Enfin, le ministre ou le préfet lorsqu'ils procédaient à de telles délégations devaient, comme le soulignait l'article 20, alinéa 3 du code de 2004, préciser les catégories et les montants des marchés sur lesquels elles portaient.

II – La personne responsable du marché pour les marchés des collectivités locales

228. L'article 20 du Code des marchés publics de 2004 était muet sur la dévolution des fonctions de personne responsable du marché lors de la passation des marchés des collectivités territoriales. Il fallait donc se référer aux règles de compétence contenues dans le droit des collectivités territoriales codifiées au Code général des collectivités territoriales (CGCT).

En vertu de ce droit, en matière de conclusion des marchés comme des autres contrats, l'assemblée délibérante de la collectivité joue le rôle essentiel. Ainsi, le contrat doit-il être approuvé par l'organe délibérant avant de pouvoir être signé par l'exécutif (maire, président du Conseil général, président du Conseil régional). L'application de cette règle a été précisée par la jurisprudence. Ainsi, dans un arrêt *Commune de Montélimar* du 13 octobre 2004[1], le Conseil d'État a confirmé l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 5 décembre 2002, en jugeant qu'un conseil municipal ne peut valablement autoriser le maire à signer un marché public que lorsque sont connues les caractéristiques essentielles de celui-ci. Se trouve ainsi sanctionnée, par cette jurisprudence, la pratique répandue dans laquelle les assemblées territoriales ne font que lancer la procédure de passation, sans connaître par avance ni le montant ni l'identité de l'attributaire. Il s'agit, aux yeux du juge, d'une violation de l'article L. 2122-21 du Code général des collectivités territoriales selon lequel le conseil est seul compétent pour décider la conclusion d'un marché, le maire ne pouvant qu'en être l'exécutant.

Les pouvoirs publics sont revenus sur cette jurisprudence et ont inséré par l'ordonnance n° 2005-645 du 6 juin 2005 (JO, 7 juin 2005) modifiée par la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 de nouveaux articles et par la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 (art. L. 2122-21-1, L. 3221-11-1 et L. 4231-8-1) dans le CGCT. Ces articles fixent en la matière de nouvelles règles. Selon ceux-ci, la délibération de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale chargeant le maire de souscrire un marché déterminé peut-être prise avant l'engagement de la procédure de passation de ce marché. Si elle comporte la définition de l'étendue du besoin à satisfaire et le montant prévisionnel du marché, l'exécutif local peut signer le marché sans qu'une nouvelle délibération l'y autorise.

En outre et plus globalement, cette approbation doit avoir été donnée en connaissance de cause, les élus doivent avoir été éclairés par une information suffisante[2]. À défaut de délibération de l'assemblée délibérante autorisant la signature du marché, ce dernier sera entaché de nullité.

---

1. JurisData n° 2004-067353 ; Contrats-Marchés publ. 2004, étude 10, concl. D. Casas ; AJDA 2004, p. 2107, note J.-D. Dreyfus.
2. CE, 23 avr. 1997, Ville de Caen c/ Paysant : Lebon, p. 158 ; AJDA 1997, p. 518, concl. Pécresse – CE, 13 oct. 2004, Commune de Montélimar, précité.

229. En revanche, la personne responsable du marché n'a pas à être autorisée par l'assemblée délibérante pour engager la consultation et la mener à son terme[3]. Si au terme de cette procédure, la personne responsable du marché décide de la déclarer sans suite, cette compétence est dévolue à l'exécutif, sans nécessité d'obtenir une autorisation de l'assemblée délibérante dans la mesure où la déclaration sans suite d'une procédure se distingue de la signature du marché[4].

230. L'exécutif local était la personne responsable du marché au sens de l'article 20 – puisque c'est lui qui est chargé de mettre en œuvre les procédures de passation et d'exécution des marchés et de les signer – pouvait désigner d'autres personnes responsables du marché en tenant compte, là encore, de la détermination du niveau auquel les besoins de fournitures et de services sont évalués. Là aussi, cette désignation pouvait prendre la forme soit d'une délégation de compétence soit d'une délégation de signature et devait préciser les catégories et les montants des marchés qu'elle concernait.

Par ailleurs, la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, codifiée au CGCT, dans sa version initiale permet à l'exécutif local, par délégation de l'assemblée délibérante locale donnée pour la durée de son mandat, de prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés publics passés sans formalités préalables en raison de leur montant, désormais dénommés marchés passés selon la procédure adaptée.

III – La personne responsable du marché pour les marchés des établissements publics

231. L'article 20 du code de 2004 était totalement silencieux sur la dévolution des fonctions de personne responsable du marché dans les établissements publics, y compris donc dans les établissements publics de santé et médico-sociaux.

En conséquence, quels que soient les établissements publics, qu'ils soient nationaux ou locaux, la personne responsable du marché était désignée par leurs textes institutifs. La solution qui fort logiquement prévaut est la signature par l'exécutif – qu'il s'agisse du président ou du directeur de l'établissement – après que son conseil d'administration ait donné son assentiment.

232. En outre, comme pour les autres personnes publiques acheteuses, l'autorité compétente pour conclure les marchés publics peut désigner d'autres personnes responsables du marché en tenant compte de la détermination du niveau auquel les besoins de fournitures et de services sont évalués et à condition que les délégations de compétence ou de signature ainsi consenties précisent les catégories et les montants des marchés sur lesquels elles portent.

---

3. CE, 4 avr. 1997, Préfet du Puy-de-Dôme c/ Commune d'Orcet, n° 151275.
4. En ce sens : Rép. min. n° 12835 : JO Sénat Q 23 oct. 2014, p. 2386 ; Contrats-Marchés publ. 2014, n° 12, comm. 351, obs. B. Roman-Séquense.

C. Les principales attributions de la personne responsable du marché

233. Elles variaient selon que le marché public était passé par l'État ou un de ses établissements publics ou selon qu'il était conclu par une collectivité territoriale ou un de ses établissements publics. Dans les premiers, le rôle de la personne responsable du marché était plus important, car c'est elle qui attribuait le marché alors que dans les seconds, c'est la Commission d'appel d'offres (CAO).

Seules les principales attributions reconnues aux personnes responsables du marché seront évoquées ici, c'est-à-dire celles qui étaient dévolues à toutes les personnes responsables du marché, elles étaient donc inhérentes à la qualité de personne responsable du marché.

234. Sa fonction fondamentale était de signer l'acte d'engagement qui vaut conclusion du marché. Mais avant et après cette signature, la personne responsable du marché exerçait notamment les tâches suivantes :

- elle décidait de diviser ou non en lots la prestation dont la personne publique a besoin, choisissait la procédure de passation du marché public, faisait publier l'avis d'appel public à la concurrence, ouvrait les enveloppes contenant les candidatures et en enregistrait le contenu choisissait, pondérait ou classait par ordre d'importance les critères d'attribution, rédigeait le rapport de présentation du marché ;
- dans le cadre de la procédure du concours, elle ouvrait les enveloppes contenant les candidatures et en enregistrait le contenu, arrêtait la liste des candidats admis à concourir, enregistrait les offres de prestations et préparait les travaux du jury, décidait du ou des lauréats du concours et négociait avec eux, leur allouait une prime conformément aux propositions du jury ;
- dans le cadre de la procédure adaptée de mise en concurrence, pour les marchés inférieurs à 90 000 euros HT, la personne responsable du marché fixait les modalités de publicité qui devaient être adaptées au montant et à l'objet du contrat et permettre une mise en concurrence effective ;
- dans la procédure de dialogue compétitif, elle sélectionnait les candidats admis à présenter une proposition, elle engageait avec chacun des candidats sélectionnés un dialogue afin d'identifier et de définir des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins ; lors de celui-ci, elle pouvait discuter avec les candidats retenus de tous les aspects du marché, elle poursuivait les discussions jusqu'à ce qu'elle puisse identifier la ou les solutions susceptibles de répondre aux besoins définis dans le marché, une fois que cela était fait, elle informait les candidats de la fin des discussions, arrêtait le cahier des charges et les invitait à remettre une offre finale correspondant à la solution dégagée, elle pouvait demander des clarifications ou des précisions sur les offres présentées par les candidats, enfin elle présentait à la CAO un rapport sur le déroulement et le contenu des discussions ;

- dans le cadre des procédures négociées, elle sélectionnait les candidats admis à négocier, et leur envoyait simultanément une lettre de consultation et, le cas échéant, le dossier de consultation, après examen des offres, la personne responsable du marché engageait des négociations avec les candidats ayant présenté les offres qu'elle estimait les plus intéressantes ;
- dans la procédure de l'appel d'offres restreint, elle adressait simultanément une lettre de consultation à tous les candidats retenus les invitant à présenter une offre ;
- postérieurement à sa signature, la personne responsable du marché notifiait le marché. Toutefois, elle pouvait décider à tout moment, pour des motifs d'intérêt général, de ne pas donner suite à la procédure de passation du marché. Elle informait les candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres. Si l'attributaire ne pouvait fournir les certificats mentionnés à l'article 46 dans le délai qu'elle avait fixé, la personne responsable du marché l'éliminait et adressait la même demande au candidat suivant dans le classement des offres. Si elle décidait de ne pas attribuer ou notifier le marché ou de recommencer la procédure, elle en informait les candidats et leur en communiquait les motifs. Elle avisait la Commission européenne du rejet d'une offre anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide publique ; pour les marchés d'un montant supérieur à certains seuils, elle envoyait aux fins de publication un avis d'attribution et, pour certains marchés, décidait de sa publication. Elle acceptait ou non les sous-traitants et agréait ou non leurs conditions de paiement.

§2. Les effets de la disparition textuelle de la notion de personne responsable du marché

235. La survie dans la pratique d'une personne responsable de la passation, de la signature et de l'exécution du marché public – Cette suppression n'a pas d'effets pratiques considérables, les solutions ci-dessus rappelées ne sont pas bouleversées par la disparition textuelle de la personne responsable du marché. En effet, il apparaît clairement que la désignation au sein de chaque pouvoir adjudicateur ou de chaque entité adjudicatrice d'une ou de plusieurs personnes responsables de la passation, de la signature et de l'exécution du marché public est incontournable à une mise en œuvre efficace de celui-ci. Si la personne responsable du marché est effacée des textes, elle ne peut disparaître de la pratique. De surcroît, une partie non négligeable des règles relatives à la répartition des compétences en matière de marchés publics et autres contrats entre les organes des collectivités publiques ne provient pas du Code des marchés publics et maintenant de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application du 25 mars 2016, mais est contenue en particulier dans le CGCT pour les collectivités territoriales, dans leurs statuts pour les établissements publics, ou encore dans les textes réglementaires et principes juridiques particuliers, notamment pour l'État. Ces règles demeurent donc

dans le droit positif et la suppression de la personne responsable du marché est sans effet sur elles.

A. Les personnes compétentes pour mettre en œuvre et signer les marchés publics de l'État

236. Les solutions résultant des Codes des marchés publics de 2001 et de 2004 ne sont pas profondément modifiées. En effet, sous réserve des compétences attribuées à la Direction des achats de l'État et des attributions du responsable ministériel des achats, le ministre reste compétent, en sa qualité de chef des services de son ministère, pour conclure et exécuter les marchés publics destinés à répondre aux besoins de son administration centrale et des services déconcentrés directement placés sous son autorité. Toutefois, les marchés relevant de la Direction des achats de l'État sont signés par le directeur des achats de l'État et tout projet de marché public d'un montant égal ou supérieur au seuil de procédure formalisée pour les fournitures et services et à un million d'euros hors taxe pour les travaux est soumis à l'avis conforme du responsable ministériel des achats, qui s'assure de sa conformité aux politiques interministérielle et ministérielle des achats. Pour les besoins des services déconcentrés de l'État placés sous l'autorité du préfet, ce dernier demeure compétent pour passer et exécuter les marchés publics y répondant sous réserve des compétences dévolues au responsable de la plateforme régionale des achats de l'État et du respect de la politique des achats de l'État. En revanche, les délégations de signatures prises sur le fondement des dispositions des Codes des marchés publics de 2001 et de 2004 sont caduques, et désormais celles-ci sont régies par le droit commun des délégations de signature des membres du gouvernement résultant du décret modifié n° 2005-850 du 27 juillet 2005.

B. Les personnes compétentes pour mettre en œuvre et signer les marchés publics des collectivités territoriales

237. Les solutions antérieures sont presque inchangées ce qui s'explique fort logiquement par le fait que le code de 2004 était muet sur la dévolution des fonctions de personne responsable du marché dans les collectivités territoriales et qu'il fallait donc se référer aux dispositions du CGCT. Ces dernières n'ont pas été bouleversées, c'est donc toujours l'exécutif local qui est compétent pour signer le marché après approbation et autorisation de l'assemblée délibérante (voir *supra*, n° 228). La nécessaire information des élus exigée par la jurisprudence n'est à l'évidence aucunement remise en cause et l'exécutif local peut continuer à déléguer sa signature et ses compétences en matière de marchés publics (voir *supra*, n° 230). De même, les articles L. 2122-22, 4° pour les communes, L. 3221-11 pour les départements et L. 4231-8 du CGCT pour les régions permettent encore à l'exécutif local, par délégation de l'assemblée délibérante locale donnée pour la durée de son mandat, de prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des

marchés, mais plus seulement ceux passés selon la procédure adaptée. En effet, la loi modifiée n° 2009-179 du 17 février 2009 en son article 10 permet désormais aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales de déléguer leur compétence en matière de préparation, de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et accords-cadres ainsi que de toute décision concernant leurs avenants, quel que soit le montant des marchés concernés. Dès lors, cette délégation au bénéfice de l'exécutif local peut porter aussi bien sur les marchés passés selon une procédure adaptée que sur les marchés passés selon une procédure formalisée. En outre, le président de l'exécutif local rend compte de l'exercice de cette compétence lors de la prochaine réunion de l'assemblée délibérante locale.

C. Les personnes compétentes pour mettre en œuvre et signer les marchés publics des établissements publics

238. Les solutions antérieures sont inchangées. Les personnes compétentes pour mettre en œuvre les marchés publics qu'ils passent sont désignées par leurs statuts et peuvent déléguer leurs compétences et leurs signatures (voir *supra*, n°s 231-232). Toutefois pour les marchés publics des établissements publics de l'État, les décisions en matière de marchés publics doivent respecter les orientations fixées par la Direction des achats de l'État et par le comité des achats des établissements publics de l'État.

239. Il faut insister ici sur l'importance du respect des règles relatives à la détermination de la personne compétente au sein du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice pour conduire la procédure et plus particulièrement pour signer le marché. En effet, l'incompétence de la personne signataire du marché est une cause de nullité, qui plus est absolue, de ce dernier. En conséquence, elle est invocable par tout intéressé, est d'ordre public, le juge devant la soulever d'office, l'acte ne pouvant faire l'objet d'une confirmation. Du reste, les engagements contractuels signés par une autorité incompétente n'ont aucune valeur juridique, tout au plus peuvent-ils entraîner la responsabilité de la personne publique si sa faute est à l'origine du préjudice. Enfin, signalons que l'incompétence du signataire peut résulter, notamment, d'une délégation irrégulière.

D. Conséquences pratiques et rédactionnelles de la disparition textuelle de la personne responsable du marché

240. L'application des règles de compétences, de délégation de compétences ou de signature susévoquées permet de déterminer au sein de chaque pouvoir adjudicateur ou de chaque entité adjudicatrice la personne compétente en matière de marché public ou d'en désigner d'autres et ainsi permet de surmonter la disparition textuelle de la personne responsable du marché. Ainsi, sur le fondement et dans le respect de ces règles, chaque pouvoir

adjudicateur ou chaque entité adjudicatrice pourra désigner un ou plusieurs élu (s) ou agent(s) compétent(s) en matière de marché public en précisant les tâches qui lui est ou leur sont attribuées. Sont délégables toutes les compétences que le droit des marchés publics n'attribue pas à l'assemblée délibérante de la collectivité, à la Commission d'appel d'offres ou au jury.

En conséquence de la suppression des textes relatifs aux marchés publics de la personne responsable du marché, les rédacteurs de ces textes remplacent, pour l'essentiel, cette notion par celle de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice et d'acheteur. Dès lors, on peut dégager les attributions qui sont désormais dévolues à la ou les personne(s) compétente(s) au sein de chaque pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice.

§3. Les principales attributions incombant à la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché

241. Elles varient selon que le marché public est passé par l'État ou par un de ses établissements publics ou selon qu'il est conclu par une collectivité territoriale ou un de ses établissements publics. Il faut souligner toutefois que pour les marchés passés par les établissements publics de santé et médico-sociaux, la répartition des compétences entre les organes de la commande publique est la même que celle de l'État alors même que ces organismes sont des établissements publics locaux.

A. Attributions reconnues à toute personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché

242. Ces compétences sont celles que le droit des marchés publics accorde au pouvoir adjudicateur ou à une entité adjudicatrice ou à l'acheteur et/ou qui ne sont pas dévolues à la CAO ou au jury ou à l'assemblée délibérante de la collectivité. Ne seront évoquées ici que les principales.

La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché détermine avec précision la nature et l'étendue des besoins à satisfaire et le niveau auquel les besoins sont évalués. Elle détermine les prestations qui font l'objet du marché ou de l'accord-cadre qui va être passé et qui est défini dans les documents de la consultation.

Elle peut décider de passer un marché global au lieu d'un marché alloti notamment si elle estime que l'allotissement risque, en l'espèce, de restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations. Si, au contraire, elle décide de respecter le principe du marché alloti, elle choisit le nombre de lots.

243. Dans le respect des règles relatives aux seuils et au choix des procédures, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché choisit la procédure de passation du marché public.

Ainsi, dans le respect de ces règles, elle peut décider de passer le marché selon une procédure adaptée dont elle fixe les modalités. De même, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application conformément à l'article 28 du code de 2006, elle peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalable si les circonstances le justifient, ou si son montant estimé est inférieur à 15 000 € HT, montant porté à 25 000 € par le décret n° 2015-1163 du 17 septembre 2015 et dans certaines circonstances énumérées à l'article 35, II.

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application en vertu des dispositions combinées de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et du décret du 25 mars 2016, elle peut décider de passer un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalable dans les cas énumérés à l'article 30 du second texte et notamment pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros HT. Dans le cas contraire, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application pour les marchés publics compris entre 15 000 puis 25 000 € HT et 90 000 € HT et pour les marchés de services qui relevaient du I de l'article 30 du Code des marchés publics de 2006 d'un montant supérieur ou égal à 15 000 puis 25 000 € HT, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application, pour les marchés publics qui relèvent de l'article 28 du décret du 25 mars 2016, elle détermine librement les modalités de publicité qui doivent toutefois être adaptées aux caractéristiques du marché et notamment au montant et à la nature de la prestation en cause. Au-delà de ce seuil de 90 000 € HT et d'autres seuils, elle devra publier un avis d'appel public à la concurrence dans divers documents officiels[5] selon le montant et l'objet du marché (voir *infra*, n^os^ 349-351). Pour les marchés compris entre 90 000 € HT et les seuils des procédures formalisées, elle apprécie si, en outre, une publication dans un journal spécialisé dans le secteur économique concerné est nécessaire, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application, pour respecter les principes fondamentaux de la commande publique, depuis l'entrée en vigueur de ces textes, pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché public. En outre et à compter du 1^er^ janvier 2010, en vertu du Code des marchés publics, elle publie cet avis sur son profil d'acheteur. Une telle publication n'est plus exigée par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application. Toutefois, ce dernier, à l'article 34, II, indique que l'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal sur le support de son choix à condition qu'elle indique les références de cet avis. Bien sûr, une telle publicité

5. *Bulletin officiel des annonces des marchés publics*, journal habilité à recevoir des annonces légales, *JOCE*.

supplémentaire peut consister en une publication de l'avis sur son profil d'acheteur.

La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché peut, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter. Elle indique également dans ces documents si elle autorise ou non les variantes. Elle choisit le mode de transmission des candidatures et des offres et le mentionne dans l'avis d'appel public à la concurrence ou pour les marchés négociés sans publicité préalable, dans les documents de la consultation ; depuis le 1er janvier 2010, elle peut décider d'imposer la transmission par la voie électronique. Conformément à l'article 40, II, 1° du décret du 25 mars 2016, l'acheteur ne peut refuser de recevoir les candidatures et les offres transmises par voie électronique ; sous l'empire du code de 2006, cette interdiction ne valait que pour les marchés d'un montant supérieur à 90 000 euros HT (art. 56, III de ce code).

244. Choix des critères d'attribution – Elle choisit les critères d'attribution du marché qui permettront de déterminer qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse et pour les marchés passés selon une procédure formalisée, quand elle a fixé plusieurs critères, elle les pondère. Si elle estime pouvoir démontrer que la pondération des critères n'est pas possible pour des raisons objectives, elle les classe par ordre décroissant d'importance.

245. La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché ouvre les plis contenant la candidature et les offres et si elle constate que des pièces sont manquantes elle peut demander aux candidats de compléter leur dossier. Sauf dans la procédure assez spécifique aux marchés de conception-réalisation, elle procède à l'examen des candidatures.

246. Dans le cadre de la sélection des candidats, elle peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre. Elle mentionne alors, dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, les critères objectifs et non discriminatoires qu'elle prévoit d'appliquer, le nombre minimum de candidats qu'elle prévoit d'inviter et, le cas échéant, leur nombre maximum. Elle informe les candidats non retenus du rejet de leur candidature en indiquant (pour les marchés passés en procédure formalisée) les motifs de ce rejet. Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, elle communique aux candidats qui en font la demande écrite les motifs du rejet de leur candidature dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette demande. Elle envoie une lettre de consultation ou invitation à soumissionner ou à participer au dialogue à tous les candidats sélectionnés.

247. Dans la procédure de dialogue compétitif, elle sélectionne les candidats admis à présenter une proposition, et les invite simultanément par écrit à participer au dialogue, elle engage avec chacun des candidats sélectionnés un dialogue afin d'identifier et de définir des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins ; lors de celui-ci, elle peut discuter avec les candidats

retenus de tous les aspects du marché, elle poursuit les discussions jusqu'à ce qu'elle puisse identifier la ou les solutions susceptibles de répondre aux besoins définis dans le marché, une fois que c'est fait, elle informe les candidats de la fin des discussions, les invite à remettre une offre finale correspondant à la solution dégagée, elle peut demander des clarifications ou des précisions sur les offres présentées par les candidats.

248. Dans le cadre de la procédure assez spécifique aux marchés de conception-réalisation, de celle également quelque peu particulière aux marchés de maîtrise d'œuvre (sauf hypothèse des marchés des collectivités locales quand la procédure de l'appel d'offres a pu être choisie) et de celle du concours, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché sélectionne les candidats au vu de l'avis motivé du jury.

249. Dans le cadre de la procédure du concours, elle ouvre les enveloppes relatives aux prestations et enregistre ces dernières avant de les transmettre au jury. Après réception de l'avis et des procès-verbaux du jury, elle choisit le ou les lauréats du concours, elle alloue des primes aux candidats et publie un avis de résultats de concours.

250. Dans le cadre de la mise en place d'un système d'acquisition dynamique (SAD), elle procède à l'évaluation des candidatures et informe les opérateurs économiques de leur admission dans le système d'acquisition dynamique ou du rejet de leur candidature. Lors de la passation de marchés dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, dits marchés spécifiques, elle adresse aux candidats retenus dans le SAD une invitation à soumissionner qui les invite à présenter une offre dans un délai qu'elle fixe qui est d'au moins 10 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation.

251. Dans le cadre de la nouvelle procédure du partenariat d'innovation issue des directives européennes 2014/24/UE et 2014/25/UE sur la passation des marchés publics déjà transposée dans le Code des marchés publics par le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 et reprise dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 et dans son décret d'application, c'est la personne compétente qui décide de mettre en place un tel partenariat avec un ou plusieurs opérateurs économiques. À l'issue de chaque phase, sur la base des résultats obtenus, elle décide :

- soit de poursuivre l'exécution du partenariat d'innovation ;
- soit de mettre un terme au partenariat d'innovation ou, lorsqu'il existe plusieurs partenaires, de réduire leur nombre en mettant fin à leurs contrats.

La personne compétente négocie les offres initiales et toutes les offres ultérieures présentées par les candidats sélectionnés, à l'exception des offres finales, en vue d'en améliorer le contenu. Lorsque la négociation se déroule en plusieurs phases, la personne compétente informe, à l'issue de chaque phase, tous les candidats dont l'offre n'a pas été éliminée des changements apportés aux documents de la consultation. Elle accorde aux candidats un délai suffisant pour leur permettre de modifier leur offre et, le cas échéant, de

la présenter à nouveau. Lorsqu'elle estime que les négociations sont arrivées à leur terme, elle en informe les candidats dont l'offre n'a pas été éliminée et les invite à remettre une offre finale dans un délai suffisant.

252. La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché lorsqu'une offre lui semble anormalement basse, exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. Elle procède à la vérification des justifications fournies par cet opérateur, et si elle établit que l'offre est anormalement basse, elle la rejette. En outre, si cette offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide publique, elle avise la Commission européenne de son rejet pour ce motif.

253. Elle informe les candidats dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue du rejet de leur candidature ou de leur offre en leur indiquant les motifs de ce rejet. Postérieurement à sa signature, elle notifie le marché et publie un avis d'attribution (un tel avis n'est prévu que pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée). Elle communique dans un délai maximal de 15 jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande et qui n'est pas destinataire de la notification du rejet de sa candidature ou de son offre susmentionnée, les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre et à tout candidat dont l'offre a été rejetée, alors qu'elle n'était ni appropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché ou de l'accord-cadre. Elle peut toutefois décider à tout moment, pour des motifs d'intérêt général de déclarer sans suite la procédure et en avise les candidats. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, elle rédige le rapport de présentation de la procédure de passation.

254. La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché accepte ou non les sous-traitants et agrée ou non leurs conditions de paiement.

255. Sous l'empire du Code des marchés publics de 2006, elle était tenue de publier au cours du premier trimestre de chaque année la liste des marchés publics conclus l'année précédente et le nom des attributaires. Cette obligation a disparu de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application.

B. Attributions propres aux personnes compétentes pour mettre en œuvre et signer le marché pour les marchés publics de l'État et de ses établissements publics administratifs, sociaux et médico-sociaux

256. Lors de la passation des marchés publics de l'État et de ses établissements publics administratifs et des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché est la clef de voûte de la procédure, et ce d'autant plus que la Commission d'appel d'offres pour les marchés de l'État et de ses établissements publics administratifs a été supprimée (voir *supra*, n° 261-263). En effet, durant la passation des marchés

de ces personnes publiques, c'est véritablement elle qui dirige la procédure. Toutefois, les compétences spécifiques de la personne qui au sein des services de l'État, de ses établissements publics administratifs, sociaux et médico-sociaux met en œuvre la procédure de passation et signe le marché étaient plus importantes sous l'empire du Code des marchés publics de 2006 que sous celui de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application.

257. Attributions propres aux personnes compétentes pour mettre en œuvre et signer le marché pour les marchés publics de l'État et de ses établissements publics administratifs, sociaux et médico-sociaux sous l'empire du CMP – Elle exécute principalement les tâches suivantes :

- dans l'appel d'offres ouvert, elle élimine les candidatures irrecevables, incomplètes ou ne présentant pas les garanties de capacités professionnelles techniques et financières suffisantes ; elle élimine les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables au sens de l'article 35. Une offre irrégulière est selon ce dernier « *une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer* » ;
- dans l'appel d'offres restreint, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché dresse la liste des candidats admis à présenter une offre ; elle élimine les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables au sens de l'article 35 ;
- elle déclare éventuellement l'appel d'offres sans suite ou infructueux ; sinon, elle choisit l'offre économiquement la plus avantageuse.

258. Attributions propres aux personnes compétentes pour mettre en œuvre et signer le marché pour les marchés publics de l'État et de ses établissements publics administratifs, sociaux et médico-sociaux sous l'empire de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application – Ces textes ont réduit sensiblement les attributions de la Commission d'appel d'offres notamment en ce qui concerne la sélection des candidats et l'élimination des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables qui relèvent désormais de la personne compétente, quel que soit le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. Dès lors, la seule grande attribution spécifique aux personnes compétentes pour mettre en œuvre et signer le marché pour les marchés publics de l'État et de ses établissements publics administratifs, sociaux et médico-sociaux qui demeure est le choix l'offre économiquement la plus avantageuse.

Section 2 La commission d'appel d'offres (CAO)

259. Il faut examiner sa composition, son fonctionnement et ses attributions.

§1. La composition de la commission d'appel d'offres

260. Tout d'abord, il faut souligner que le code de 2006, comme son devancier dans son article 22, précise qu'outre les CAO à caractère permanent, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent constituer une commission spécifique pour la passation d'un marché déterminé. Quant à l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application ils sont muets sur la question, seule l'ordonnance abordant la CAO, mais de manière très laconique. La composition de la CAO varie selon la personne publique qui passe le marché public. Toutefois, l'article 15 du décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 abroge l'article 21 du code de 2006 qui, comme ses devanciers, rendait obligatoire la constitution d'une CAO pour la passation des marchés publics de l'État et de ses établissements publics.

A. La suppression de la constitution obligatoire d'une CAO pour les marchés de l'État et de ses établissements publics

261. Il convient de rappeler ce que prévoyait l'article 21 du code avant de voir quels sont les effets de son abrogation.

I – Les dispositions de l'ancien article 21 du Code des marchés publics

262. L'article 21, alinéa 1er du code disposait : « *Pour l'État et ses établissements publics sont constitués une ou plusieurs commissions d'appels d'offres à caractère permanent. Une commission spécifique peut aussi être constituée pour la passation d'un marché déterminé.* » Pour le reste, il laissait une grande liberté aux autorités étatiques pour fixer la composition de la CAO.

Ainsi prévoyait-il que cette composition, en ce qui concerne les administrations centrales de l'État, les services à compétence nationale et les services déconcentrés qui ne sont pas placés sous l'autorité du préfet, était fixée par le ministre dont ils dépendent ; en ce qui concerne les services déconcentrés de l'État placés sous l'autorité du préfet, par ce dernier ; pour les établissements publics de l'État, par les règles spécifiques à chaque établissement.

La seule obligation qu'imposait cet article était la présence d'un représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes qui n'avait qu'une voix consultative.

II – Les effets de l'abrogation de l'article 21 du Code des marchés publics

263. Comme le souligne Catherine Bergeal, directrice des affaires juridiques du ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi lors d'un débat électronique sur le site de ce ministère, l'État et ses établissements publics et les établissements publics de santé peuvent toujours recourir à une CAO pour la passation de leurs marchés. En effet, l'abrogation de l'article 21 ne leur interdit

pas d'user d'une telle commission, elle supprime simplement l'obligation d'y recourir. Comme l'observe Catherine Bergeal dans ce débat « *chaque administration concernée décidera du mode de fonctionnement qui lui semblera le plus adapté pour assurer les diverses tâches qui incombaient auparavant à la CAO. Elle pourra constituer tous organismes collégiaux qui lui paraîtront utiles, dont elle déterminera librement la composition selon ses besoins, la nature et le montant du marché. Elle pourra se doter d'organismes permanents ou ad hoc* ». D'autre part, les statuts ou le règlement intérieur de certains établissements publics prévoient l'intervention d'une CAO dans la procédure de passation de leurs marchés. Tant que ces statuts ou règlements n'auront pas été modifiés sur ce point, les établissements publics concernés devront continuer à constituer et à faire intervenir une CAO dans la passation de leurs marchés.

B. Composition de la CAO pour les marchés des collectivités territoriales et de leurs établissements publics

264. L'ordonnance du 23 juillet 2015 a fait évoluer cette composition et l'a alignée sur celle de la commission d'ouverture des plis et de sélection des candidats admis à présenter une offre intervenant en matière de délégation de service public. Sous l'empire du code de 2006, elle était prévue avec précision à l'article 22. Cette précision s'explique sans doute par le rôle très important dévolu à la CAO pour la passation des marchés des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Cette composition varie selon la collectivité territoriale et l'établissement public local en cause.

265. Pour les marchés des régions, de la collectivité territoriale de Corse, des départements et des communes de 3 500 habitants et plus, la CAO est composée du président de l'exécutif local (président du conseil régional, président du conseil exécutif de Corse, président du conseil départemental ou maire) ou de son représentant et de cinq membres de l'assemblée délibérante (conseil régional, assemblée de Corse, conseil départemental ou conseil municipal) élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste. C'est le président de l'exécutif local ou son représentant qui préside la CAO. Tous ces membres ont voix délibérative. Cette composition résultant du code de 2006 est identique à celle de la commission de délégation de service public et ne change donc pas sous l'empire de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application.

Pour les marchés des communes de moins de 3 500 habitants, la CAO est composée du maire ou de son représentant et de trois membres du conseil municipal élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste. C'est le maire ou son représentant qui préside la CAO. Tous ces membres ont voix délibérative. Cette composition résultant du code de 2006 est identique à celle de la commission de délégation de service public et ne change donc pas sous l'empire de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application.

Pour les marchés des établissements publics locaux autres que ceux d'un établissement de coopération intercommunale (EPCI) ou d'un syndicat mixte, le Code des marchés publics de 2006 prévoit que la CAO est composée du représentant légal de cet établissement ou de son représentant qui la préside et de deux à quatre membres de l'organe délibérant désignés par ce dernier. Tous ces membres ont voix délibérative.

Pour les marchés des EPCI ou d'un syndicat mixte, le Code des marchés publics de 2006 prévoit que la CAO est composée du président de cet établissement ou de son représentant et d'un nombre de membres égal à celui prévu pour la composition de la CAO de la collectivité ayant le plus d'habitants, désignés en son sein par l'assemblée délibérante de l'établissement. Toutefois, si ce nombre ne peut être atteint, la CAO est composée au minimum d'un président et de deux membres élus par l'assemblée délibérante de l'établissement. C'est le président de l'établissement ou son représentant qui préside la CAO. Tous ces membres ont voix délibérative. L'ordonnance, du fait qu'elle aligne la composition de la CAO sur celle de la commission d'ouverture des plis et de sélection des candidats intervenant en matière de délégation de service public telle que prévue à l'article L. 1411-5 du CGCT, procède à l'unification de la composition de la CAO des établissements publics locaux, qui est désormais identique à la composition des commissions des communes de 3 500 habitants et plus.

Enfin, les établissements publics sociaux ou médico-sociaux font partie des pouvoirs adjudicateurs concernés par la suppression de l'obligation de recourir à une CAO posée par le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008. Auparavant, l'article 22 du Code dans sa version initiale prévoyait que la composition de la CAO des établissements publics de santé et des établissements publics sociaux ou médico-sociaux était arrêtée par le directeur de l'établissement après l'avis du conseil d'administration. Outre le directeur ou son représentant, président, chaque CAO comportait obligatoirement au minimum un membre désigné par le conseil d'administration en son sein ou parmi les personnalités qualifiées proposées par le directeur. Chaque CAO avait un nombre impair de membres. En outre, en vertu de l'article L. 1414-2 modifié par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, les CAO des offices publics de l'habitat vont faire l'objet de dispositions spécifiques concernant leur composition, leurs modalités de fonctionnement et leurs pouvoirs qui seront fixées par décret en Conseil d'État.

266. Élection des membres suppléants de la CAO – Il faut signaler que durant l'élection des membres des CAO, sont élus également des suppléants en nombre égal à celui des membres titulaires. Toutefois, cette règle ne s'appliquait pas aux EPCI et aux syndicats mixtes dont l'organe délibérant a moins de cinq membres. Désormais, depuis l'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015, les CAO de tous les EPL ont des membres suppléants en nombre égal à celui de membres titulaires.

267. Membres de la CAO avec voix consultative – À ces membres, peuvent s'ajouter d'autres, mais ayant seulement voix consultative. En effet, l'article 23 du Code des marchés publics dressait une liste de membres qui peuvent participer aux réunions de la CAO avec voix consultative tout comme l'article L. 1411-5 du CGCT. Étaient donc membres avec voix consultative en vertu du Code des marchés publics de 2006 :

- le comptable public, un représentant du service en charge de la concurrence... lorsque, comme le précise le Code, « *ils y sont invités par le président de la* CAO ». Cette disposition inaugurée par le code de 2004 et reprise par le code de 2006 est un recul par rapport au code de 2001 où le comptable public et, à l'époque, le représentant du directeur général de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) étaient, comme les autres membres, obligatoirement convoqués. Même s'ils ne pouvaient siéger que dans peu de CAO, les représentants de la DGCCRF jouaient un rôle d'alerte juridique important, vérifiant bien que le Code des marchés publics était strictement appliqué ;
- un ou plusieurs membres du service technique compétent du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice ou respectivement d'un autre pouvoir adjudicateur ou d'une autre entité adjudicatrice pour suivre l'exécution des travaux ou effectuer le contrôle de conformité lorsque la réglementation impose le concours de tels services ou quand le marché a pour objet des travaux subventionnés par l'État ;
- des personnalités désignées par le président de la commission en raison de leur compétence dans le domaine faisant l'objet de la consultation, pour les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux et médico-sociaux, un représentant du directeur départemental des affaires sanitaires et sociales.

268. Enfin, l'article 22, V du Code des marchés publics prévoit que la CAO peut faire appel au concours d'agents de la personne publique compétents dans la matière faisant l'objet du marché concerné ou en droit des marchés publics. Bien sûr, ces agents ne sont pas membres de la CAO, ils interviennent à sa demande pour l'éclairer sur des questions techniques relatives à cet objet ou sur ce droit, autrement dit, ils vont répondre aux questions techniques ou juridiques que se pose la CAO dans son action et son fonctionnement.

Ces solutions concernant les membres de la CAO avec voix consultatives sont globalement maintenues, mais font l'objet d'une simplification par l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui renvoie, on l'a dit, à l'article L. 1411-5 du CGCT. Désormais, sont membres avec voix consultative :

- lorsqu'ils y sont invités par le président de la commission, le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la Concurrence. Leurs observations sont consignées au procès-verbal ;
- des personnalités ou un ou plusieurs agents de la collectivité territoriale ou de l'établissement public désignés par le président de la commission, en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet du contrat.

269. Précisions – Pour en terminer avec la composition de la CAO, quelques précisions doivent être apportées.

Les premières concernent le scrutin. Comme cela a été indiqué plus haut, le mode de scrutin utilisé pour l'élection des membres de la CAO est la représentation proportionnelle au plus fort reste. Sa principale qualité est d'assurer une bonne représentation des petits partis et des minorités politiques et donc, ici, il leur permet d'être présents dans la CAO et, ce faisant, tout à la fois d'être associés au déroulement des achats publics et de le contrôler. Le scrutin est secret et les listes déposées doivent comporter des membres titulaires et des membres suppléants, et ce même si elles peuvent contenir moins de candidats qu'il y a de sièges de titulaires et de suppléants à pourvoir. L'élection d'un membre titulaire entraîne automatiquement celle de son suppléant. Le panachage et le vote préférentiel sont interdits. Concernant la répartition des restes, il peut arriver qu'il y ait égalité des restes entre des listes à l'issue du dépouillement des votes. Dans ce cas, l'article 22, III du code de 2006, deuxième alinéa, précise que le siège restant à pourvoir est attribué à la liste ayant recueilli le plus grand nombre de voix, en cas d'égalité des suffrages, il revient au candidat le plus âgé susceptible d'être élu. Ces solutions sont reprises à l'article D. 1411-4 du CGCT.

Les deuxièmes concernent les membres suppléants de la CAO. Leur raison d'être est de remplacer un membre titulaire absent. Cette absence et donc ce remplacement peuvent être momentanés ou définitifs. La seconde situation n'entraîne pas l'élection d'une nouvelle CAO, mais la titularisation de son suppléant. Ce dernier est le suppléant inscrit sur la même liste et venant immédiatement après le dernier titulaire élu de cette liste. Ce nouveau titulaire aura comme suppléant le candidat le suivant immédiatement sur la liste. Mais en tout état de cause, les titulaires absents ne peuvent se faire représenter que par leurs suppléants et aucunement par d'autres membres titulaires auquel cas la composition de la CAO serait entachée d'irrégularité[6].

Lorsqu'une liste ne peut pourvoir au remplacement, conformément aux règles sus-énoncées, des membres titulaires auxquels elle a droit, il doit être procédé au renouvellement intégral de la CAO.

Les troisièmes précisions concernent les personnalités compétentes nommées par le président de la CAO. Cette compétence doit être réelle dans la matière qui fait l'objet de l'appel d'offres, dès lors, cette désignation ne peut concerner que les marchés relevant de ce domaine de compétence et n'est pas susceptible de s'appliquer à la passation de marchés de tous objets. De plus, il nous semble qu'aucune disposition du droit des marchés publics ne s'oppose à ce que ces personnalités puissent être des élus sauf si, bien sûr, elles sont déjà membres de la CAO en tant qu'élus. Ce n'est toutefois pas la position du ministre de l'Économie qui, dans une réponse ministérielle à une question posée sur ce

6. CE, 29 avr. 2002, Société Apsys International et a. : Contrats-Marchés publ. 2002, comm. 185.

sujet par un député, considère que « *la nature même du mode de désignation, l'élection, et les garanties qu'elle implique à l'égard de l'assemblée délibérante, interdit, à peine de détournement de procédure, de nommer un membre du conseil municipal ou de l'assemblée délibérante au titre des personnalités désignées par le président de la commission d'appel d'offres* »[7]. Ces personnalités peuvent être aussi des maîtres d'œuvre comme le confirme une réponse ministérielle à une question posée par un sénateur[8].

Les quatrièmes concernent la présidence de la CAO. Cette fonction est très importante. À cet égard, sous l'empire du Code des marchés publics, comme le prévoyait son article 22, IV, le président a voix prépondérante en cas de partage des voix. Cette disposition n'est plus en vigueur, le CGCT étant muet sur la question. Il reste que la présidence de la CAO échoit, on l'a dit, au chef de l'exécutif local qui dans celle-ci comme dans les autres exerce, en principe, son autorité et son pouvoir d'influence sur les membres de sa majorité. Toutefois, il peut décider de se faire représenter dans cette fonction. Pour ce faire, il va prendre un arrêté la délégant au conseiller de son choix. Mais ce dernier ne peut être déjà membre de la CAO[9]. Cette solution a été confirmée par la Cour administrative d'appel de Douai dans son arrêt du 31 janvier 2006, *Préfet du Nord*[10], à propos de la composition de la CAO d'un établissement public de santé. La Cour administrative d'appel de Douai a jugé que le représentant légal de l'établissement ne pouvait choisir pour présider la CAO son représentant parmi les membres élus de celle-ci. Elle considère, en effet, qu'il résulte des dispositions de l'article 22 du Code des marchés publics, en vigueur au moment des faits, « *que l'organe délibérant d'un établissement public de santé ou d'un établissement public médico-social élit les membres de la commission d'appel d'offres en leur seule qualité de représentants de l'assemblée délibérante alors que le directeur général de l'établissement est président de droit en sa qualité d'exécutif de la collectivité, chargé à ce titre de passer et d'exécuter les marchés au nom de l'établissement après décision de l'organe délibérant ; qu'en introduisant une telle distinction au sein de la commission, le législateur a entendu interdire au président de choisir son représentant parmi les membres déjà élus de la commission* ». En outre, la délégation n'est valable que pour la ou les séance(s) de la CAO visée(s) par la délégation[11].

270. En dernier lieu, il faut souligner l'importance du respect des règles de composition de la CAO. En effet, la composition irrégulière de celle-ci vicie

---

7. JOAN Q 5 mai 2009, n° 44524, p. 4315. Pour un commentaire de cette réponse : M.-Y. Benjamin et R. Bonnefont, « Un élu peut-il être désigné en qualité de personne compétente au sein de la commission d'appel d'offres ? », AJDA 2010, p. 2161.
8. Rép. min. n° 16880 : Contrats-Marchés publ. 2011, n° 156, obs. B. Roman-Séquense.
9. TA Lyon, 2 juin 1999, Préfet du Rhône : JurisData n° 1999-100129 ; Dr. adm. 1999, comm. n° 249.
10. JurisData n° 2006-294082 ; Contrats-marchés publ. 2006, n° 133.
11. CAA Bordeaux, 8 avr. 2008, Commune de Saint-Maur : Contrats-Marchés publ. 2008, obs. F. Llorens, n° 129.

la procédure. Dès lors, cette question donne lieu à un contentieux dont l'importance pratique n'est pas à démontrer.

Concernant les résultats du scrutin, leur contestation peut donner lieu à un recours devant les juridictions administratives. Le tribunal administratif, saisi à cette fin, peut ainsi réformer l'élection de la CAO et déclarer élus des candidats non élus du fait d'erreurs commises lors de l'opération électorale[12].

Le respect des règles de composition est aussi source de contentieux.

C'est ainsi que le nombre de membres de la CAO doit être scrupuleusement respecté. Le Conseil d'État a en effet jugé qu'était illégale la composition de la commission d'une commune de moins de 3 500 habitants qui comprenait, en plus du maire, quatre conseillers municipaux[13]. De même, la présence au sein de la CAO de personnes extérieures à celle-ci vicie la procédure, comme la participation de conseillers municipaux non élus à la CAO[14].

Par ailleurs, les membres de la CAO qui sont parties prenantes dans la conclusion du marché ne peuvent participer aux réunions de cette commission.

Leur présence :

- violerait le principe d'égalité de traitement des candidats ;
- fausserait la mise en concurrence ;
- et, serait attentatoire à l'impartialité dont doit faire preuve la CAO.

S'ils contreviennent à cette règle, ils risquent de commettre le délit pénal de prise illégale d'intérêt et la décision d'attribution du marché pourra être annulée. Le Conseil d'État a ainsi déclaré illégale une procédure de passation d'un marché public au motif que la CAO qui a examiné les offres a dans ses rangs un conseiller municipal employé d'une entreprise candidate qui, au surplus, est la propriété de son père[15]. De même, est illégale la passation d'un marché au motif que la CAO comprenait l'épouse du candidat choisi par la commission[16]. De même, la participation, même avec voix consultative, au sein d'une CAO d'un ancien salarié de l'entreprise attributaire vicie la procédure de passation du marché « *eu égard au faible délai qui s'est écoulé entre la cessation de toutes ses fonctions au sein de la société (...) et à l'importance des fonctions de direction qu'il a exercées au sein de cette même société d'une part, à l'importance du rôle qu'il a joué dans le choix de la société attributaire du marché, d'autre part* »[17]. De même, vicie la procédure de passation du marché pour

12. CAA Paris, 23 déc. 1994, Commune de Goussainville : Dr. adm. 1998, hors-série, comm. n° 173.
13. CE, 8 déc. 1997, Société Richard : RDI 1998, p. 242, chron. F. Llorens et P. Terneyre ; TA Melun, ord., 7 févr. 2008, Préfet de Seine et Marne c/ Commune de Barbizon : Contrats-Marchés publ. 2008, n° 126, note W. Zimmer.
14. TA Rennes, 16 déc. 1992, Préfet du Morbihan c/ Commune de Vannes : Contrats-Marchés publ. 1993, n° 272, p. 30, obs. M. François.
15. CE, 3 nov. 1997, Préfet de la Marne c/ Commune de Francheville : RDI 1998, p. 87, chron. F. Llorens et P. Terneyre.
16. TA Rennes, 19 janv. 1994, Établissements Armor Bois.
17. TA Nice, 7 oct. 2005, SA Signoret : Contrats-Marchés publ. 2005, n° 270, p. 11.

manquement à l'impartialité de la CAO, le fait que siège au sein de celle-ci le vice-président de l'association attributaire qui, au surplus, l'a présidée, en sa qualité d'adjoint au maire de Pontoise, non seulement lors de sa séance d'ouverture des plis et d'examen des offres, mais encore à l'occasion de sa deuxième réunion, au cours de laquelle le marché devait être attribué[18].

Mais il faut que le lien soit suffisamment intense entre le membre de la CAO et le candidat pour fausser la concurrence et vicier la procédure. Tel n'est pas le cas lorsque le membre en cause est un ancien salarié d'une entreprise candidate, mais dont il a été licencié depuis dix ans, ce délai important ne permet pas de mettre en doute son impartialité[19]. De même, il a été jugé que la participation d'une conseillère municipale ayant un lien de parenté avec le président d'une société candidate dont elle est actionnaire à la délibération de lancement de la procédure de passation n'enfreint pas le principe d'impartialité de la procédure si celle-ci ne siège pas à la commission d'appel d'offres[20].

§2. Le fonctionnement de la CAO

271. Le fonctionnement de la CAO était réglementé par l'article 25 du Code des marchés publics qui fixait les règles communes de fonctionnement de la CAO et du jury de concours. Désormais, le droit des marchés publics résultant de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application est quasiment muet sur le fonctionnement de la CAO. L'étude de ce fonctionnement conduit à s'intéresser aux règles de convocation des membres de cette commission, aux conditions de quorum gouvernant ces réunions et à l'établissement d'un procès-verbal de réunion.

A. La convocation

272. Tous les membres de la CAO doivent recevoir une convocation, qu'ils aient une voix délibérative ou simplement consultative sauf le représentant du service en charge de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et le comptable public. L'article 25 du Code précisait que ces convocations doivent leur être adressées au moins cinq jours francs avant la date de la réunion. L'ordonnance comme le CGCT est silencieuse sur la question et plus généralement, comme nous l'avons souligné plus haut, les nouveaux textes relatifs aux marchés publics ne comportent pas de dispositions spécifiques au fonctionnement de la CAO. La fiche technique publiée par la Direction des affaires juridiques (DAJ) sur le site du ministère des Finances[21]

18. CAA Versailles, 10 déc. 2015, Société Ozone : Contrats-Marchés publ. 2016, n° 2, comm. 33, note M. Ubaud-Bergeron.
19. CE, 27 juill. 2001, Société Degremont et Syndicat intercommunal assainissement et protection environnement Toulon, La Valette, La Garde et Le Pradet : JurisData n° 2001-062794 ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. n° 185.
20. CE, 9 mai 2012, Commune de Saint-Maur-des-Fossés : Contrats-Marchés publ. 2012, n° 7, comm. 33, note W. Zimmer.
21. www.economie.gouv.fr.

indique ainsi que « *comme en matière de CDSP, chaque collectivité territoriale ou établissement public local doit définir lui-même les règles de fonctionnement de sa CAO. Chaque acheteur pourra, par exemple, s'inspirer des règles applicables à son assemblée ou organe délibérant pour ce qui est du délai minimum à respecter entre la date de convocation et la date de réunion* ».

La forme de la convocation n'étant pas précisée par le Code – et pas plus par les nouveaux textes –, elle peut se faire par tout moyen permettant d'en déterminer de manière certaine la date. Le moyen le plus sûr est donc la lettre recommandée, mais bien sûr la convocation par la voie électronique peut être aussi utilisée. De même, les textes n'indiquent pas si la convocation doit faire état de l'ordre du jour de la réunion. Il nous apparaît toutefois qu'en bonne logique juridique celui-ci doit être indiqué.

La convocation est une formalité substantielle, son non-respect entache la procédure d'irrégularité et le marché de nullité[22]. À l'évidence, la non-convocation d'un membre de la CAO ne peut être surmontée par l'avis prononcé par le membre absent[23].

B. Les conditions de quorum

273. Elles sont strictes. L'article 25, alinéa 2 du Code des marchés publics indiquait que « *le quorum est atteint lorsque plus de la moitié des membres ayant voix délibérative sont présents* », l'article L. 1411-5 du CGCT contenant la même disposition. En conséquence, les membres n'ayant qu'une voix consultative ne sont pas pris en compte dans le calcul du quorum. Le quorum est de quatre membres pour la région, le département et la commune d'au moins 3 500 habitants. Pour les communes de moins de 3 500 habitants, le quorum est de trois. Sous l'empire du Code des marchés publics pour les établissements publics locaux autres que les EPCI ou les syndicats mixtes, le quorum est de deux ou trois selon le nombre des membres de la CAO. Désormais, en vertu de l'article L. 1411-5 du CGCT qui unifie la composition des CAO des établissements publics locaux (EPL), le quorum est identique pour tous ces établissements : il est de quatre.

En outre, il faut souligner que le quorum doit être atteint lors des débats et également lors du vote par la commission. La condition de quorum n'est plus exigée quand après une première convocation le quorum n'a pas été atteint et qu'il a été procédé à une seconde convocation. Cette règle évite que le fonctionnement de la CAO ne soit entravé par un absentéisme excessif et/ou volontaire.

Une fois la commission réunie dans le respect des règles de quorum, elle peut fixer ses règles d'organisation et ses autres règles de fonctionnement. Elle pourra, par exemple, préciser les conditions de vote – vote à bulletin secret

22. CE, 2 avr. 1993, Préfet de l'Aveyron c/ Commune d'Espalion : RDI 1993, p. 371, chron. F. Llorens et P. Terneyre ; Contrats-Marchés publ. 1994, n° 280, p. 40, obs. M. Guibal.
23. CE, 19 nov. 1955, Andréani : Lebon, p. 551.

ou non – lors de ses réunions puisque le droit des marchés publics est muet sur cette question. Par ailleurs, l'article L. 1414-2 du CGCT dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 23 juillet 2015 prévoit que les délibérations de la commission d'appel d'offres peuvent être organisées à distance notamment par visioconférence.

C. L'établissement d'un procès-verbal

274. La CAO doit dresser un procès-verbal de ses réunions. Cette obligation était posée par l'article 25 du Code des marchés publics. Désormais, les textes sont muets sur la question, mais il faut souligner que le principe de transparence des procédures implique que la CAO dresse un procès-verbal de ses séances. C'est pourquoi on peut dire que les règles du Code des marchés publics sur cette question continueront à s'appliquer. C'est ainsi qu'au fur et à mesure de l'ouverture des plis, la CAO établit un tel document qui est signé par tous les membres présents et dont une copie est adressée à tous les membres de la CAO. De plus, le Code des marchés publics prévoyait que les avis de ceux ayant voix consultative sont, à leur demande, consignés au procès-verbal tout comme, plus globalement, les observations de tous les membres de la Commission sur leur demande. Désormais, l'article L. 1411-5 du CGCT prévoit seulement que lorsque le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la Concurrence participent, avec voix consultative, aux réunions de la commission, leurs observations sont consignées au procès-verbal.

Le procès-verbal n'est pas rendu public, il ne doit donc ni être affiché ni être publié. Toutefois, et sous réserve du respect du secret en matière industrielle et commerciale, ce document peut être communiqué, sur sa demande, à un candidat en vertu de la loi 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[24], amplifiée et modifiée notamment par la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations[25]. La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) a confirmé cette solution dans son avis du 29 septembre 1992. Désormais, le fondement juridique de cette communication n'est plus la loi du 17 juillet 1978, mais l'article L. 311-1 du Code des relations entre le public et l'administration résultant de l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015.

§3. Les attributions de la CAO

275. Avant l'abrogation par le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de l'article 21 du code de 2006 qui rendait obligatoire la constitution d'une CAO pour la passation des marchés publics de l'État et de ses établissements publics,

24. JO 18 juill. 1978, p. 2851.
25. JO 13 avr. 2000, p. 5646 ; commentaires J. Arrighi de Casanova et S. Formery in RFDA 2000, p. 725 – C. Boiteau, « Chronique Droit administratif », JCP G 2000, I, n° 25.

il était patent que les attributions de la CAO différaient selon que le marché public était passé par l'État ou par une collectivité territoriale.

Pour les marchés publics de l'État et de ces établissements publics, la CAO avait un rôle consultatif, car le pouvoir de décision appartenait à la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché. Pour cette dernière, la CAO constituait une aide à la décision. Pour les marchés publics des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, au contraire, la CAO joue un rôle essentiel, elle a un rôle décisionnel. Toutefois, l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application du 26 mars 2016 diminuent notoirement ses attributions.

A. Les attributions de la CAO pour la passation des marchés de l'État et de ses établissements publics avant le décret du 19 décembre 2008

276. Dans la procédure d'appel d'offres ouvert, la CAO donnait son avis avant que la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché élimine les candidatures irrecevables, incomplètes ou ne présentant pas les garanties techniques et financières suffisantes. Dans la procédure d'appel d'offres restreint, la CAO donnait son avis avant que la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché dresse la liste des candidats admis à présenter une offre et élimine les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables au sens de l'article 35. De même, la CAO donnait son avis avant que la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché écarte éventuellement une offre anormalement basse. De plus, sauf cas d'urgence impérieuse, la CAO donnait aussi son avis avant que la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché choisisse l'offre économiquement la plus avantageuse. En cas d'urgence impérieuse prévue au 1° du II de l'article 35, l'article 25, alinéa 5 dispose que le marché peut être attribué sans réunion préalable de la CAO. Enfin, la CAO donnait également son avis avant que la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché, le cas échéant, déclare l'appel d'offres infructueux.

B. Les attributions de la CAO pour la passation des marchés des collectivités territoriales et de leurs établissements publics

277. Les dispositions relatives au rôle de la CAO dans la procédure de passation des marchés publics sont les mêmes pour la passation des marchés de collectivités locales que pour celle des marchés des établissements publics locaux à l'exception notoire des établissements publics sociaux ou médico-sociaux qui ont été dispensés par le décret du 19 décembre 2008 de l'obligation de constituer une CAO. Comme nous l'avons indiqué plus haut, l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application du 25 mars 2016 ont revu à la baisse les attributions de la CAO dans la procédure de passation des marchés publics. Aussi, convient-il pour s'en convaincre de rappeler ses compétences

sous l'empire du Code des marchés publics avant d'indiquer celles qui lui sont dévolues par les nouveaux textes.

278. Les attributions de la CAO sous l'empire du CMP – Dans la procédure d'appel d'offres ouvert, c'est la CAO qui élimine les candidatures irrecevables, incomplètes ou ne présentant pas les garanties techniques et financières suffisantes. Dans la procédure d'appel d'offres restreint, c'est la CAO qui dresse la liste des candidats admis à présenter une offre et élimine les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables au sens de l'article 35. De même, c'est la CAO qui écarte éventuellement une offre anormalement basse. De plus, sauf cas d'urgence impérieuse, c'est la CAO qui choisit l'offre économiquement la plus avantageuse. En cas d'urgence impérieuse prévue au 1° du II de l'article 35, l'article 25, alinéa 5 dispose que le marché peut être attribué sans réunion préalable de la CAO. Enfin, c'est la CAO qui, le cas échéant, déclare l'appel d'offres infructueux.

279. Les attributions de la CAO en vertu des nouveaux textes – Tout d'abord, on soulignera que l'ordonnance du 23 juillet 2015 ne mentionne plus directement la CAO, elle renvoie aux articles L. 1414-2 et L. 1414-4 du CGCT dont elle modifie la rédaction. Ainsi, le premier de ces deux articles dispose-t-il : « *Pour les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance susmentionnée, à l'exception des marchés publics passés par les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le titulaire est choisi par une commission d'appel d'offres composée conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5. Toutefois, en cas d'urgence impérieuse, le marché public peut être attribué sans réunion préalable de la commission d'appel d'offres.* » Le rôle de la CAO est donc recentré sur le choix de l'attributaire et encore, seulement pour les marchés atteignant les seuils des procédures formalisées. Désormais, l'intervention de la CAO dans ce choix n'est plus fonction, comme sous l'empire du CMP, de la nature de la procédure employée (procédure formalisée ou pas), mais seulement du montant du marché, quelle que soit la procédure utilisée. Dès lors dorénavant, les CAO n'auront plus à intervenir pour choisir le titulaire du marché dans les procédures formalisées auxquelles les pouvoirs ou entités adjudicateurs auront volontairement eu recours pour des marchés d'un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées. Par ailleurs, on soulignera que la CAO n'ayant qu'une compétence d'attribution, on doit en déduire que la CAO ne prend plus part à la sélection des candidats, et que celle-ci échoit désormais à la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché.

Section 3 Le jury

280. Trois procédures de passation des marchés publics font intervenir un jury. Il s'agit du concours, de la procédure des marchés de conception réalisation et de celle des marchés de maîtrise d'œuvre.

§1. Le jury de concours

281. Il faut étudier sa composition et ses attributions.

A. Composition

282. La composition du jury était prévue précisément par le CMP au contraire du décret du 25 mars 2016 qui fixe des règles et principes à respecter, mais qui laisse à l'acheteur une part de liberté dont il ne disposait pas auparavant. Néanmoins, certaines règles et certains principes issus du décret du 25 mars 2016 sont inchangés par rapport au CMP.

I – Règles et principes communs

283. Pour assurer l'impartialité de la procédure, en vertu de l'article 24 du code et désormais de l'article 89 du décret du 25 mars 2016, le jury de concours doit être composé exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours. En conséquence, la personne publique doit être très vigilante concernant la composition du jury en écartant toute personne susceptible d'avoir des liens avec un candidat potentiel.

En outre, le jury est désigné pour un seul concours, sa composition ne peut être identique pour tous les concours auxquels procède le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. Hormis, ces règles et principes communs au CMP et au décret du 25 mars 2016, ceux-ci divergent quant à la composition du jury.

II – Les autres règles de composition du jury contenues dans le CMP

284. Les règles de composition du jury de concours sont similaires à celles applicables à la composition de leur CAO pour les marchés des collectivités locales avec toutefois quelques spécificités.

Ainsi, le président du jury peut-il désigner comme membre du jury des personnalités dont il juge que la participation présente un intérêt particulier au regard de l'objet du concours. Mais, contrairement aux personnalités désignées en raison de leur compétence dans la matière faisant l'objet de l'appel d'offres par le président de la CAO dans la CAO des collectivités territoriales, leur nombre est limité à cinq et, surtout, étant membre à part entière du jury, elles ont voix délibérative.

Cette désignation est purement facultative. En revanche, il est obligatoire, quand une qualification ou expérience particulière est exigée des candidats, qu'au moins un tiers des membres du jury ait la même qualification ou expérience ou une qualification ou expérience équivalente. Le président du jury devra donc s'assurer du respect de cette règle en désignant des personnalités qualifiées. Il faut préciser que ne sont pas pris en compte dans le calcul du tiers de personnes qualifiées ni le représentant du service en charge de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ni le comptable public puisque ce calcul est opéré au regard des membres du jury, or, ces deux personnes ne sont à la lecture de l'article 24, II que des personnes

obligatoirement, pour les marchés de l'État, ou facultativement, pour les marchés des collectivités territoriales, invitées avec voix consultative tandis qu'au contraire en vertu de cet article « *tous les membres du jury ont voix délibérative* ». Ces personnes invitées peuvent demander que leurs observations soient mentionnées au procès-verbal.

III – Les autres règles de composition du jury en vertu du décret du 25 mars 2016

285. En application de l'article 89 du décret, lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée des candidats, au moins un tiers des membres du jury doit posséder cette qualification ou une qualification équivalente. Cet article indique également que pour les concours organisés par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux et des offices publics de l'habitat, les membres élus de la commission d'appel d'offres font partie du jury.

Cet article laisse, en dehors de ces règles, une liberté importante aux acheteurs quant à la composition du jury. Le président du jury peut comme sous l'empire du CMP désigner comme membre du jury des personnalités dont il juge que la participation présente un intérêt particulier au regard de l'objet du concours. Une telle désignation est obligatoire, quand une qualification professionnelle est exigée des candidats, afin qu'au moins un tiers des membres du jury ait la même qualification ou une qualification équivalente. Le président du jury devra donc s'assurer du respect de cette règle en désignant des personnalités qualifiées. Il est par ailleurs possible de décider que le président de la CAO, qui n'en est pas un membre élu et donc qui ne fait pas partie du jury, le présidera, ce qui lui permettra de nommer des personnalités qualifiées comme membres du jury. Pour les concours organisés par l'État, les membres du jury sont désignés selon les modalités suivantes :

- concernant administrations centrales de l'État, les services à compétence nationale et les services déconcentrés qui ne sont pas placés sous l'autorité du préfet, par le ministre dont ils dépendent ;
- concernant les services déconcentrés de l'État placés sous l'autorité du préfet, par le préfet.

Au sujet du fonctionnement du jury de concours, les règles de quorum et de convocations s'imposant à la CAO s'appliquent aussi à lui. Il suffit donc ici de renvoyer aux développements les concernant.

B. Attributions

286. Qu'il s'agisse d'un concours ouvert ou restreint, le jury examine les candidatures et dresse un procès-verbal dans lequel il formule un avis motivé ; ensuite il étudie et évalue les projets des candidats, en vérifie la conformité au règlement du concours et en propose un classement fondé sur les critères mentionnés dans l'avis de concours.

Le jury dresse un procès-verbal de l'examen des projets dans lequel il consigne ses observations et les aspects nécessitant des éclaircissements et formule un avis motivé ; ce procès-verbal devra être signé par tous les membres du jury. Cet avis est important, car c'est au vu de celui-ci que la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché va décider du ou des lauréats du concours. Mais avant cette décision et après la rédaction du procès-verbal de l'examen des prestations, le jury peut inviter les candidats à répondre aux questions qu'il a consignées dans ce procès-verbal afin de clarifier le projet. Un procès-verbal de ce dialogue entre le jury et les candidats est établi.

Enfin, il faut signaler qu'en vertu du CMP, le jury devait émettre des propositions au sujet de l'octroi de primes aux candidats. C'est conformément à ces propositions que la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché leur allouait ces primes. Désormais, le décret du 25 mars 2016 ne prévoit plus que le jury fasse une proposition sur l'octroi de la prime, il dispose seulement qu'une prime est allouée aux participants qui ont remis des prestations conformes au règlement du concours et que son montant est librement défini par l'acheteur.

§2. Le jury de la procédure propre aux marchés de conception réalisation et aux marchés publics globaux de performance

287. La passation des marchés de conception réalisation fait en principe intervenir un jury. Toutefois, cette intervention n'est obligatoire que si les seuils des procédures formalisés sont atteints, si l'acheteur concerné est un pouvoir adjudicateur soumis à la loi MOP. En outre, les nouveaux marchés publics globaux de performance atteignant les seuils de procédure formalisée et qui comprennent la réalisation de travaux relevant de la loi MOP sont passés selon les mêmes modalités que celles fixées pour les marchés de conception réalisation atteignant ces mêmes seuils et passés par des acheteurs soumis à cette même loi et font donc aussi intervenir un jury. Ici aussi, il convient de décrire la composition et les attributions du jury.

A. Composition

288. Celle-ci était précisée à l'article 69 du Code des marchés publics. Le jury était constitué des mêmes membres que le jury de concours auxquels il faut ajouter des maîtres d'œuvre désignés par le président du jury. Ceux-ci dont le nombre est égal à au moins un tiers du jury doivent être indépendants à la fois des candidats et du maître d'ouvrage. Désormais, le décret du 25 mars 2016 en son article 91 prévoit que le jury est composé exclusivement de personnes indépendantes des candidats et que lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à la procédure, au moins un tiers des membres du jury doit posséder cette qualification ou une qualification équivalente. La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché doit

donc être très vigilante relativement à leur nomination en contrôlant bien qu'elles n'ont aucun lien susceptible de les influencer. La violation de cette règle du tiers de maîtres d'œuvre – ou désormais de personnes ayant la même qualification que celle exigée des candidats composant le jury – entraîne la nullité de la procédure.

La compétence de ces maîtres d'œuvre ou personnes qualifiées doit être évaluée précisément au regard de l'objet du marché concerné. Elle doit donc être établie au vu de l'ouvrage à concevoir et de la nature des prestations à réaliser.

B. Attributions

289. Les attributions de ce jury sont consultatives. C'est ainsi qu'après avoir étudié les candidatures, il formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir. Il dresse un procès-verbal d'examen des candidatures. Certes, l'avis émis par le jury éclaire la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché, mais c'est elle qui va arrêter cette liste.

Une fois que les candidats sélectionnés ont réalisé une prestation, le jury examine chacune d'elle, auditionne les candidats et émet un avis motivé sur leurs offres. Il établit un procès-verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats. C'est au vu de l'avis formulé par le jury que la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché pour les marchés de l'État et de ses établissements publics, la CAO pour les marchés des collectivités territoriales et de leurs établissements publics à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux attribue le marché.

§3. Le jury des marchés de maîtrise d'œuvre

290. Sa composition est semblable à celle du jury de concours. Il suffit donc de renvoyer aux développements le concernant (voir *supra*, n^os^ 284-285).

291. Quant à ses attributions et au recours obligatoire ou non à un jury, elles dépendent du montant du marché et du choix de la procédure utilisable. À cet égard, le décret du 25 mars 2016 a fait évoluer le mécanisme de passation. Sous l'empire du CMP, il était le suivant : quand le marché de maîtrise d'œuvre est inférieur aux seuils des procédures formalisées, il peut être passé selon la procédure adaptée et dans ce cas la constitution d'un jury n'a donc pas lieu d'être. En revanche, quand le marché de maîtrise d'œuvre atteint ces seuils, la procédure à appliquer est celle du concours restreint. Il suffit donc ici de renvoyer aux attributions du jury de concours. On signalera ici une jurisprudence intéressante concernant un concours de maîtrise d'œuvre ou la cour administrative d'appel de Marseille[26] souligne que si le pouvoir adjudicateur n'est pas lié par l'avis du jury et peut recueillir tous les éléments qui lui paraissent utiles avant

26. CAA Marseille, 12 nov. 2012, Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest-Provence : Contrats-Marchés publ. 2013, obs. M. Ubaud-Bergeron.

d'arrêter sa décision, il ne peut faire réaliser par un tiers, en l'espèce un cabinet extérieur spécialisé en économie, un nouvel examen comparé des offres qui a la même nature et le même objet que celui dévolu par l'article 70 du Code des marchés publics réserve au jury. Toutefois, pour les marchés limitativement énumérés par l'article 74, III, 5e alinéa et suivants du Code, la procédure du concours n'est pas obligatoire.

Il en est ainsi : « *pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ; pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ; pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre qui ne confie aucune mission de conception au titulaire ; pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages d'infrastructures* ».

Dans ces hypothèses, si les conditions du recours à la procédure négociée ne sont pas remplies, le pouvoir adjudicateur peut suivre la procédure d'appel d'offres dont la CAO va se transformer en jury constitué comme le jury de concours. Mais le pouvoir adjudicateur peut aussi opter pour une procédure négociée spécifique si les conditions de l'article 35 sont réunies.

Le jury a, dans le cadre de cette dernière procédure, les attributions suivantes : il étudie les candidatures, donne un avis et propose une liste de candidats admis à négocier. Il dresse un procès-verbal de sa réunion. C'est au regard de celui-ci que la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché fixe la liste des candidats admis à négocier.

Enfin, quand le marché de maîtrise d'œuvre concerne la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager et si les conditions de recours au dialogue compétitif sont réunies, cette procédure peut être appliquée. Un jury peut être composé de manière identique au jury de concours. Dans ce cas, le jury étudie les candidatures et formule un avis motivé sur celles-ci consigné dans un procès-verbal. La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché, au vu de cet avis, dresse la liste des maîtres d'œuvre admis au dialogue.

Le décret du 25 mars 2016 remanie le mécanisme de passation des marchés de maîtrise d'œuvre. Quand le marché de maîtrise d'œuvre est inférieur aux seuils des procédures formalisées, il peut être passé selon la procédure adaptée et dans ce cas la constitution d'un jury n'a donc toujours pas lieu d'être. Quand le marché de maîtrise d'œuvre atteint ces seuils, et qu'il est passé par l'État, ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements et lorsqu'ils agissent en tant que pouvoir adjudicateur la procédure à appliquer est celle du concours restreint. Il suffit donc ici de renvoyer aux attributions du jury de concours. Une fois le ou les lauréats du concours désigné(s) sur la

base de l'avis du jury, le marché de maîtrise d'œuvre est négocié avec ce ou ces lauréats. Mais ces acheteurs ne sont pas tenus d'organiser un concours :

- pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ou à la réalisation d'un projet urbain ou paysager ;
- pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ;
- pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages d'infrastructures ;
- pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre qui ne confie aucune mission de conception au titulaire.

Pour les autres acheteurs, ils sont passés selon l'une des procédures formalisées mentionnées à l'article 25 ou 26 ou, si les conditions mentionnées à l'article 30 sont remplies, selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables. Lorsque l'acheteur est soumis à la loi MOP et organise un concours, les opérateurs économiques qui ont remis des prestations conformes au règlement du concours bénéficient d'une prime qui est allouée aux candidats sur proposition du jury.

Jusqu'à maintenant le propos étudiait les organes d'un service public ou d'une personne publique achetant seul. Mais les services publics ou les personnes publiques peuvent décider de se regrouper pour acheter de façon plus performante.

N^os^ 292 à 294 réservés.

Bibliographie

BENJAMIN (M.-Y.) et BONNEFONT (R.), « Un élu peut-il être désigné en qualité de personne compétente au sein de la commission d'appel d'offres ? », AJDA 2010, p. 2161.

BERBARI (M.), *Les commissions d'appel d'offres*, Éd. du Moniteur, 1998.

BODIN (L.), « La commission d'appel d'offres des collectivités locales », Contrats-Marchés publ. 2003, n° 1, chron. p. 4.

BRACONNIER (S.), « La disparition de la personne responsable du marché et les organes de l'achat public », Contrats-Marchés publ. août-sept. 2006, n° 14, p. 33.

CHAREL (N.), « 20 points aux implications pratiques incontournables », CP-ACCP sept. 2006, n° 58, p. 7.

COSSALTER (P.), « Le fonctionnement de la commission d'appel d'offres des collectivités territoriales », Gaz. cnes 2 oct. 1995, p. 83.

DELACOUR (E.), « Les organes de l'achat public », Contrats-Marchés publ. 2004, n° 2, p. 29.

FÈVRE (V.), « La Commission d'appel d'offres », Mon. TP 1er juin 2001, p. 105.

GUILLOU (Y.-R.), « À quoi sert le Code des marchés publics ? », CP-ACCP sept. 2006, n° 58, p. 33.

HEINTZ (M.), « Les commissions d'appel d'offres locales après la réforme du Code des marchés publics », Gaz. cnes 8 mars 2004, p. 52.

KOUBI (G.), « La notion de "Conseiller municipal personnellement intéressé" à la délibération », LPA 21 avr. 1997, p. 4

LAJOYE (C.), « Organes de l'achat public », JCl. Contrats et Marchés publics, Fasc. 60-10.

LIGNIÈRES (P.), « La personne responsable du marché n'est pas le niveau adéquat pour la détermination des besoins », Dr. adm. 2004, n° 6, p. 37.

LLORENS (F.) et ZIMMER (W.), « Le nouveau rôle des commissions d'appel d'offres », Contrats-Marchés publ. 2016, n° 8-9, repère 8.

MENEMENIS (A.), « Code des marchés publics 2006 : quelques points forts », AJDA 2006, p. 1754.

OLIVIER (F.), « La personne responsable du marché », Contrats-Marchés publ. 2003, n° 12, p. 38.

OLIVIER (F.), « La personne responsable du marché », Contrats-Marchés publ. 2004, n° 6, p. 34.

PEYRICAL (J.-M.), « Commissions d'appel d'offres : où doivent s'arrêter leurs compétences », Mon. TP 15 oct. 1999, p. 58.

PEYRICAL (J.-M.), « Les acteurs de la passation des marchés : réflexions sur le rôle et le positionnement des acheteurs publics », CP-ACCP 2005, n° 41, p. 19.

PEYRICAL (J.-M.), « Les nouvelles commissions d'appel d'offres : des compétences et responsabilités étendues », Mon. TP 22 juin 2001, cahier spécial « Maîtriser la commande publique », p. 21.

RICHER (L.), « Quelles personnes responsables des marchés pour les établissements publics nationaux ? », CP-ACCP sept. 2002.

SCHMIDT (P.), *La personne responsable des marchés*, Éd. du Moniteur, 2004.

Chapitre

4

La coordination et le groupement de commandes

Plan du chapitre

Section 1 **La coordination de commandes**

§1. Définition

§2. Modalités de la coordination des commandes

§3. Direction des achats de l'État et gouvernance des achats de l'État

Section 2 **L'externalisation des achats : la constitution d'un groupement de commandes et le recours à une centrale d'achat**

§1. Le groupement de commandes

§2. Le recours à une centrale d'achat

RÉSUMÉ

L'objectif commun des structures qui se regroupent est de mieux acheter en obtenant de meilleures conditions de la part de leurs fournisseurs potentiels du fait d'un volume d'achat plus important. Ces rassemblements peuvent être internes à une personne publique et concerner ses divers services – il s'agit alors de coordination de commandes – ou être externes aux personnes regroupées, il s'agit alors de groupements de commandes ou du recours à une centrale d'achats.

295. Il convient d'étudier la coordination de commandes avant d'aborder l'externalisation des achats par la constitution d'un groupement de commandes et le recours à une centrale d'achats.

Section 1 La coordination de commandes

296. La notion de coordination de commandes doit être définie avant qu'en soient décrites les modalités.

§1. Définition

297. Au lieu que chaque service d'une personne publique définisse seul ses besoins et passe lui-même ses marchés ou accords-cadres pour les satisfaire, les divers services de cette personne vont confronter leurs besoins et, pour y répondre au mieux, adopter une démarche commune de passation d'un ou de plusieurs marchés ou accords-cadres.

Cette possibilité était prévue à l'article 7 du Code des marchés publics qui permet à l'intérieur d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice (en vertu de l'article 141 selon lequel l'article 7 est applicable aux entités adjudicatrices), aux services disposant d'un budget propre de coordonner la passation de leurs marchés ou accords-cadres. Par exemple, concernant les commandes de l'État, les services ou les directions d'un ministère ou de plusieurs vont pouvoir coordonner la passation de leurs marchés. Désormais, l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application sont muets sur la coordination de commande. Il reste néanmoins vrai que chaque pouvoir ou entité adjudicateurs peut organiser la coordination des achats de ses divers services, tant elle est liée, pour ce qui concerne les collectivités territoriales, à la libre administration des collectivités territoriales.

§2. Modalités de la coordination des commandes

298. Contrairement aux codes de 2001 et de 2004, le code de 2006, dans sa version initiale, ne détermine pas les modalités de la coordination de la commande. En effet, l'article 7 du Code des marchés publics de 2006 dispose : « *au sein d'un pouvoir adjudicateur, les services qui disposent d'un budget propre peuvent coordonner la passation de leurs marchés ou accords-cadres selon des modalités qu'ils déterminent librement* ». Nous l'avons souligné, l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application sont muets sur la coordination de commande et *a fortiori* sur ses modalités. Toutefois, en dépit du silence de ces dispositions, il faut souligner la nécessité pratique de la désignation d'un service centralisateur par les services qui ont décidé de coordonner leurs achats ou par l'acte administratif qui attribue la qualité de personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché. Ce service centralisateur

conduira la procédure de passation du marché pour les services dont il coordonne les commandes.

À titre d'exemple, un arrêté du 26 novembre 2004[1] toujours en vigueur au moment où nous écrivons, crée l'agence centrale des achats qui est un service centralisateur et qui est rattachée au ministère des Finances. Elle est chargée de définir la politique d'achats des directions et des services du ministère. Elle passe les marchés et s'assure aussi de leur correcte exécution.

En pratique, deux modalités de coordination sont possibles : la passation d'un marché unique ou la passation de plusieurs marchés. Dans le cadre du marché conclu par le service centralisateur, chaque service pourra soit passer son propre marché, soit émettre des bons de commande dans les termes déterminés par le marché ainsi conclu par le service centralisateur. Évidemment, les marchés ou accords-cadres ainsi passés sont assujettis au Code des marchés publics.

L'article 1er du décret n° 2008-206 du 27 février 2008 était venu compléter l'article 7 du code de 2006. Désormais, cet article prévoyait la possibilité de la désignation d'un service coordonnateur par les services qui ont décidé de coordonner leurs marchés, qui peut avoir pour tâche soit de signer ou de notifier le marché ou l'accord-cadre, chaque service s'assurant pour ce qui le concerne de sa correcte exécution, soit de signer et de notifier le marché ou l'accord-cadre, mais aussi de l'exécuter au nom de l'ensemble des services. La CAO compétente pour la passation des marchés ou accords-cadres coordonnés peut être celle du service coordonnateur si les services qui coordonnent leurs marchés en ont décidé ainsi.

§3. Direction des achats de l'État et gouvernance des achats de l'État

299. Cette direction instaurée par le décret n° 2016-247 du 3 mars 2016 créant la Direction des achats de l'État et relatif à la gouvernance des achats de l'État remplace le Service des achats de l'État, service à compétence nationale rattaché au ministre de l'Économie et des Finances créé par le décret n° 2009-300 du 17 mars 2009 modifié par le décret n° 2013-623 du 16 juillet 2013. Le décret du 3 mars 2016 est très important relativement à l'organisation générale des achats de l'État, de ses services déconcentrés, de ces établissements publics, des groupements d'intérêt public et des personnes morales de droit privé visée par le décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique. Il procède à la création de la Direction des achats de l'État, s'intéresse à la gouvernance des achats de l'État et contient d'autres règles d'organisation générale.

1. JO 30 nov. 2004, p. 20318.

A. La Direction des achats de l'État

300. Placée auprès du ministre chargé du Budget, sa mission est large, puisqu'elle :

- définit, sous l'autorité du Premier ministre, la politique des achats de l'État, à l'exception des marchés publics de défense ou de sécurité et s'assure de sa mise en œuvre, après concertation avec les ministères au sein de la conférence des achats également créée par le décret du 3 mars 2016. À cet effet, elle contribue à la réalisation des objectifs prévus pour les ministères par la loi de programmation des finances publiques ou la loi de programmation militaire et à la définition et à la mise en œuvre de la politique des achats des établissements publics de l'État et des organismes publics ou privés visés à l'article 1er 4°, 5° et 6° du décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, dans le respect de leur autonomie ;
- élabore, après concertation interministérielle au sein du comité des achats de l'État instauré également par ce décret du 3 mars 2016, dans le cadre de la politique des achats de l'État, les stratégies interministérielles concernant les achats relevant d'une même famille et portant sur les besoins communs à plusieurs ministères ;
- conclut les marchés publics destinés à répondre, dans le cadre de la mise en œuvre des stratégies d'achat interministérielles, aux besoins des services de l'État en matière de travaux, services et fournitures, exception faite du cas où elle en confie la conclusion, pour son compte, à un autre service de l'État, à l'Union des groupements d'achats publics, à une autre centrale d'achat public ou à un établissement public de l'État ;
- s'assure que les achats de l'État et, en lien avec les autorités de tutelle concernées, les achats des établissements publics et des groupements d'intérêt public et des personnes morales de droit privé visés par le décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique respectent la politique des achats de l'État et sont effectués dans les conditions économiquement les plus avantageuses, qu'ils respectent les objectifs de développement durable et de développement social, qu'ils sont réalisés dans des conditions facilitant l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique et qu'ils contribuent à la diffusion de l'innovation.

En outre, la Direction des achats de l'État a également pour mission :

- de s'assurer de la bonne exécution des marchés publics qu'elle a conclus ou fait conclure pour son compte ;
- de conseiller les services de l'État, établissements publics de l'État et organismes mentionnés plus haut pour leurs stratégies d'achat ainsi que pour l'organisation de la fonction d'achat en se fondant sur un cadre de référence permettant d'atteindre des objectifs d'efficacité et d'efficience des organisations et des moyens consacrés aux achats de l'État et sur des processus d'achat ;

- de définir la stratégie de formation des acteurs de la fonction d'achat de l'État et pilote l'offre de formation en la matière, propose toute mesure propre à renforcer la professionnalisation de ces acteurs et à structurer leur parcours professionnel dans le cadre d'une filière d'achats commune aux services de l'État et aux établissements publics et organismes mentionnés plus haut ;
- de formuler toute recommandation, dans les domaines budgétaire, juridique, économique ou comptable, de nature à améliorer les modalités et les performances de l'achat public ;
- de concevoir et piloter le système d'information des achats de l'État permettant, en particulier, une simplification, rationalisation et dématérialisation de la fonction d'achat.

301. Le directeur des achats de l'État signe tous les marchés publics entrant dans le champ de compétence de la direction. Il peut déléguer sa signature à son adjoint, le cas échéant, ainsi qu'à tout fonctionnaire de catégorie A ou agent contractuel chargé de fonctions d'un niveau équivalent placé sous son autorité.

Il adresse aux secrétaires généraux des ministères le relevé des actions à conduire pour assurer l'application de la politique des achats de l'État, le respect des stratégies interministérielles d'achat, ainsi que l'efficacité et l'efficience des achats du ministère. Les secrétaires généraux ou les responsables ministériels des achats informent le directeur des achats de l'État de la mise en œuvre de ces actions.

Il rend compte au Premier ministre et au ministre chargé du Budget, notamment dans un rapport annuel, des actions mises en œuvre dans les services de l'État, des établissements publics de l'État et des organismes susmentionnés ainsi que des résultats obtenus.

B. La Gouvernance des achats de l'État

302. Le décret du 3 mars 2016 crée trois instances de gouvernance des achats de l'État : la conférence des achats de l'État, le comité des achats de l'État et le comité des achats des établissements publics de l'État.

I – La conférence des achats de l'État

303. Instaurée par l'article 5 du décret du 3 mars 2016 cette conférence des achats de l'État est placée auprès du Premier ministre. Elle est présidée par le secrétaire général du Gouvernement.

Elle est composée :

- des secrétaires généraux des ministères ainsi que du directeur des services administratifs et financiers du Premier ministre ;
- du directeur des achats de l'État ;
- du directeur du budget ;
- du directeur général des finances publiques ;

- du directeur des affaires juridiques des ministères économiques et financiers ;
- du secrétaire général pour la modernisation de l'action publique ;
- du directeur général des entreprises ;
- du délégué interministériel au développement durable.

Elle se réunit au moins une fois par semestre et délibère des grandes orientations de la politique des achats de l'État. La conférence peut entendre toute personne dont la contribution est estimée utile par son président. Le directeur des achats de l'État l'informe, chaque année, des actions mises en œuvre et des résultats obtenus.

II – Le comité des achats de l'État

304. Prévu à l'article 6 du décret du 3 mars 2016 le comité des achats de l'État, présidé par le directeur des achats de l'État, comprend les responsables ministériels des achats évoqués ci-après et les responsables des plateformes régionales des achats de l'État abordés ci-après. À la demande du président, des agents de la Direction des achats de l'État peuvent y participer, y compris lorsque le comité siège en formation restreinte. À l'initiative de son président, le comité peut se réunir en formation restreinte pour examiner des stratégies d'achat interministérielles. Lorsqu'il siège en formation restreinte, le comité comprend, outre son président, les responsables ministériels des achats et un représentant des responsables des plateformes régionales des achats de l'État.

Le directeur des achats de l'État consulte le comité sur la mise en œuvre de la politique des achats.

Le comité formule toute proposition de nature à améliorer les modalités de mise en œuvre et les résultats de l'achat public. Il se réunit au moins quatre fois par an. Il peut entendre toute personne dont la contribution est estimée utile par son président.

III – Le comité des achats des établissements publics de l'État

305. L'article 7 du décret du 3 mars 2016 créé, auprès de la Direction des achats de l'État, un comité des achats des établissements publics de l'État composé des représentants de ces établissements et des organismes mentionnés aux 4°, 5° et 6° de l'article 1er du décret du 7 novembre 2012 susvisé figurant sur une liste fixée par arrêté du ministre chargé du Budget. Il comprend également les responsables ministériels des achats. Il est présidé par le directeur des achats de l'État.

Le comité des achats des établissements publics de l'État identifie et examine les opportunités de mutualiser des achats entre établissements publics et organismes mentionnés à l'alinéa précédent avec les services de l'État ainsi que toutes les questions intéressant la programmation de leurs démarches d'achat. Il formule toute proposition de nature à améliorer les modalités, l'efficacité et l'efficience des achats de ces établissements et organismes.

C. Autres règles d'organisation générale des achats de l'État

306. Conformément à l'article 8 du décret du 3 mars 2016 modifié par les décrets du 25 mars 2016 puis du 17 février 2017 prévoit que chaque secrétaire général ministériel s'assure que les achats du ministère répondent aux objectifs décrits plus hauts et sont conformes à la politique définie par la Direction des achats de l'État. À cet effet, il adresse à chaque service acheteur du ministère les orientations et instructions nécessaires ainsi que leurs objectifs de résultats.

Le secrétaire général s'assure de la mise en œuvre de ces objectifs et de la politique des achats de l'État par les établissements publics de l'État et les organismes susmentionnés relevant de la tutelle de son ministre.

Chaque année, le secrétaire général détermine, avec le directeur des achats de l'État, les moyens et l'échéancier pour améliorer, au sein du ministère, la professionnalisation de la fonction d'achat, la performance des achats ministériels et les politiques de consommation des marchés interministériels, sur la base d'objectifs de résultats définis dans le cadre de la politique des achats de l'État. Le secrétaire général arrête, en conséquence, le nombre approprié de représentants du pouvoir adjudicateur pour le ministère.

Dans chaque ministère, un responsable ministériel des achats est désigné, après avis du directeur des achats de l'État, par le secrétaire général et placé sous son autorité. Il est l'interlocuteur du directeur des achats de l'État auquel il transmet toute information relative aux achats du ministère ainsi qu'à ceux des établissements publics de l'État et des organismes susmentionnés dont son ministre assure la tutelle, ainsi que l'efficacité et l'efficience des achats du ministère.

Le responsable ministériel des achats a pour mission :

- de piloter, d'organiser et d'animer la fonction d'achat des services centraux et déconcentrés du ministère ;
- de proposer au secrétaire général les objectifs d'achats à arrêter pour chaque service acheteur du ministère et d'évaluer régulièrement les résultats des achats du ministère ;
- d'établir, d'actualiser et de transmettre à la Direction des achats de l'État la programmation pluriannuelle des achats des services centraux et déconcentrés du ministère ;
- de s'assurer de la définition et de la mise en œuvre des stratégies d'achat ministérielles dans le cadre de la politique des achats de l'État et dans le respect des stratégies interministérielles ;
- d'établir les besoins de professionnalisation des agents réalisant des actes liés à l'achat, aux marchés publics ou à l'approvisionnement et de définir ainsi que de mettre en œuvre le plan de formation du ministère dans ce domaine.

Le responsable ministériel des achats peut être désigné par le secrétaire général du ministère comme représentant du pouvoir adjudicateur pour certains

marchés ministériels. Le premier peut proposer au second toute mesure propre à garantir le respect de la politique des achats de l'État.

Par ailleurs, dans chaque ministère, tout projet de marché public d'un montant égal ou supérieur au seuil de procédure formalisée applicable aux autorités publiques centrales pour les fournitures et services et à un million d'euros hors taxe pour les travaux, est soumis à l'avis conforme du responsable ministériel des achats, qui s'assure de sa conformité aux politiques interministérielle et ministérielle des achats. Mais, tout projet de marché public dont le montant se situe au-dessous des seuils susmentionnés peut, à l'initiative du responsable ministériel des achats, être soumis à la procédure prévue ci-dessus.

Au niveau des services déconcentrés de l'État dans les régions, les préfets de région mettent en œuvre la politique des achats définie et conduite par la Direction des achats de l'État. À cet effet, chaque semestre, le directeur des achats de l'État les informe des grandes orientations en matière d'achat et les préfets lui présentent les actions mises en œuvre ainsi que leurs résultats. Le préfet de région désigne un responsable de la plateforme régionale des achats de l'État après avis du directeur des achats de l'État.

Sous l'autorité du préfet de région, ce responsable est notamment chargé :

- d'organiser les procédures de consultation et de conclure les marchés interministériels répondant à des besoins évalués à l'échelon déconcentré lorsque cette mutualisation est demandée par la Direction des achats de l'État ou lorsqu'il l'estime pertinente dans le respect des stratégies d'achat ministérielles et interministérielles ;
- de s'assurer, dans la région, du suivi de l'exécution des marchés qu'il passe ou qui sont passés par la Direction des achats de l'État ou pour le compte de celle-ci ;
- de saisir la Direction des achats de l'État ou les responsables ministériels des achats de toute difficulté nécessitant leur intervention.

Enfin, l'article 10 du décret du 3 mars 2016 indique que le secrétaire général du ministère de tutelle veille à ce que l'organisation des achats de chaque établissement public ou organisme susmentionné intègre des objectifs d'économie et de performance.

Section 2 L'externalisation des achats : la constitution d'un groupement de commandes et le recours à une centrale d'achat

307. Cette démarche a pour objectif fondamental d'optimiser ses achats en profitant d'économies d'échelle notamment dans le domaine des fournitures courantes.

§1. Le groupement de commandes

308. Il faut le définir avant d'en préciser les règles de constitution pour enfin en décrire le régime juridique.

A. Définition

309. Le groupement de commande, contrairement à la coordination de commandes, concerne la coordination et le regroupement des commandes de plusieurs personnes distinctes. Ces dernières vont constituer un tel groupement, structure spécifique, mais dépourvue de la personnalité juridique, afin d'opérer cette coordination et ce regroupement de leurs achats.

B. Les règles de création du groupement

I – Initiative

310. La constitution du groupement de commandes appartient aux acheteurs qui désirent regrouper leurs achats. L'ordonnance du 25 juillet 2015 tout comme le code de 2006 et ceux du 7 mars 2001 et du 7 janvier 2004, leur laisse une grande liberté d'initiative ce qui est un progrès par rapport au code de 1964, notamment au niveau local puisque l'initiative de la création des anciennes commissions chargées de la coordination des commandes publiques au plan local faisait intervenir... le préfet.

II – Composition

311. L'ordonnance du 25 juillet 2015 tout comme le Code des marchés publics le faisait, laisse là aussi une grande liberté aux acheteurs. Ils peuvent choisir librement les personnes avec lesquelles elles vont se grouper pour effectuer leurs commandes. Autrement dit, le groupement peut être constitué entre tout acheteur, y compris une centrale d'achat[2]. Les acheteurs membres du groupement peuvent être nationaux ou être installés dans un autre État membre de l'Union européenne. Dans ce dernier cas, ce choix ne doit pas avoir été motivé par la volonté d'échapper aux dispositions nationales qui intéressent l'ordre public[3].

Tout d'abord, les services de l'État et les établissements publics de l'État peuvent constituer ensemble de tels groupements. De même, un groupement peut être composé uniquement d'établissements publics de l'État. Mais le groupement peut aussi être constitué entre collectivités territoriales, entre établissements publics locaux ou entre collectivités locales et établissements publics locaux. Il peut également être composé à la fois de services de l'État, d'établissements publics de l'État de collectivités locales et d'établissements publics locaux. On observera que tous ces acheteurs entrent dans le champ d'application du droit des marchés publics. Enfin, un groupement peut être constitué à

2. CE, 24 sept. 2003, CAMIF, n° 240604.
3. Cf. article 28, IV de l'ordonnance du 23 juill. 2015.

la fois de personnes assujetties à ce droit et de personnes qui ne le sont pas comme la plupart des personnes privées.

Le fait que le groupement soit composé pour partie de personnes non soumises au droit des marchés publics n'a, évidemment pas pour effet de le faire échapper à l'application de ce dernier. Ainsi conformément à l'article 28, I de l'ordonnance du 25 juillet 2015, des personnes de droit privé qui ne sont pas des acheteurs au sens de l'ordonnance peuvent également adhérer à un groupement de commandes à la condition expresse que chacun des membres applique, pour les achats réalisés dans le cadre de ce groupement, l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application.

III – Acte constitutif de la création

312. La convention constitutive du groupement – Cet acte réside dans la convention constitutive du groupement. Cette convention doit mentionner les membres du groupement, son objet qui doit être précis et prévoir les conditions spécifiques de passation et d'exécution des marchés et accords-cadres et, en particulier, indiquer si la procédure donnera lieu à la passation d'un seul marché passé par le groupement ou d'un marché conclu par chacun des membres du groupement ; ses modalités de fonctionnement, sa durée et le type d'achats pour lequel il est créé. En outre, elle doit préciser qui sera le coordonnateur qui aura pour tâche de conduire tout ou partie de la procédure et donc d'organiser, dans le respect du droit des marchés publics, l'ensemble ou éventuellement une partie des opérations de sélection d'un ou de plusieurs cocontractants.

Ce coordonnateur ne peut être désigné que parmi les membres du groupement ayant la qualité de pouvoir adjudicateur au sens du droit des marchés publics. Enfin, cette convention prévoit les modalités de prise en charge des frais de fonctionnement du groupement par ses adhérents.

Elle engage tous les membres du groupement et doit être signée par ceux-ci. Le groupement n'existe qu'à compter de la conclusion de la convention, et ce même si elle n'est soumise à aucune mesure de publicité et s'il est dépourvu de personnalité juridique.

C. Le régime juridique applicable au groupement

313. Il convient d'étudier les règles relatives à la composition de la CAO du groupement quand une telle commission doit être constituée, les modalités de coordination des achats et enfin les règles de passation des marchés du groupement.

I – Composition de la CAO du groupement

314. Tout d'abord, depuis le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 qui supprime l'obligation pour l'État de constituer une CAO, la constitution d'une CAO du groupement n'est plus obligatoire pour les groupements exclusivement constitués des services de l'État et de ses établissements publics. Sous

l'empire du CMP, seuls les groupements dont au moins une collectivité territoriale ou un établissement public local autre qu'un établissement public social ou médico-social est membre doivent constituer une CAO du groupement. Désormais, et en vertu de l'article 101 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui modifie l'article L. 1414-3 du CGCT, une CAO n'est constituée que dans le cas où le groupement est composé en majorité de collectivités territoriales ou d'établissements publics locaux autres qu'un établissement public social ou médico-social.

315. Ensuite, il faut souligner que chaque membre du groupement est représenté dans la CAO de ce dernier. Mais les modalités de cette représentation varient selon la catégorie de personnes morales dont il s'agit et en particulier selon que ce membre du groupement dispose ou non d'une commission d'appel d'offres. Ainsi la représentation des membres du groupement ne disposant pas d'une commission d'appel d'offres est assurée par un représentant désigné selon des modalités qui leur sont propres.

La représentation des membres du groupement ayant une CAO est exercée par un membre de leur CAO élu parmi les membres ayant une voix délibérative. Il peut être élu, en sus du membre titulaire, un suppléant. La CAO du groupement est présidée par le représentant du coordonnateur du groupement.

Le comptable public du coordonnateur du groupement et un représentant du service en charge de la concurrence, lorsqu'ils y sont invités, peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la CAO.

De plus, le président de la CAO du groupement peut désigner des personnalités compétentes dans la matière qui fait l'objet de l'appel d'offres. Dans ce cas, elles sont obligatoirement convoquées et peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la CAO.

Enfin, la CAO du groupement peut se faire aider d'agents des membres du groupement compétents dans la matière qui fait l'objet de la consultation ou en droit des marchés publics.

Toutefois, en vertu de l'article L. 1414-3, II du CGCT modifié par l'article 101 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, la convention constitutive d'un groupement de commandes peut prévoir que la commission d'appel d'offres compétente est celle du coordonnateur du groupement si celui-ci en est doté.

II – Modalités de la coordination des achats par le groupement

316. Deux modalités sont possibles : en vertu de la première, chaque membre du groupement passe un marché avec l'entrepreneur choisi par le groupement ; en vertu de la seconde, le coordonnateur est mandaté pour passer un marché au nom de tous les membres du groupement. Toutefois, en vertu de l'article 28, II de l'ordonnance du 23 juillet 2015, la convention constitutive du groupement peut désormais confier à plusieurs coordonnateurs la charge de mener tout ou partie de la procédure de passation ou d'exécution.

a) La passation d'un marché par chaque membre du groupement

317. Dans le silence de la convention constitutive, c'est la modalité qui s'applique. Chaque personne morale ayant adhéré au groupement va donc passer un marché relatif à ses besoins propres qu'elle a fait connaître au coordonnateur et dont le montant précis a été stipulé dans la convention constitutive. Bien sûr, elle ne peut conclure ce marché qu'avec l'entreprise sélectionnée, au terme de la procédure groupée, par le coordonnateur. C'est la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché de chaque membre du groupement qui va signer le marché conclu par la personne morale qu'il représente, le notifie, et contrôle, son exécution. Cette modalité prévue par l'article 8, VI du CMP est confirmée par le second alinéa de l'article 28, III de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui indique que lorsque la passation et l'exécution d'un marché public ne sont pas menées dans leur intégralité au nom et pour le compte des acheteurs concernés, ceux-ci ne sont solidairement responsables que des opérations de passation ou d'exécution du marché public qui sont menées conjointement. Dès lors, chaque acheteur est seul responsable de l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu de la convention constitutive pour les opérations dont il se charge en son nom propre et pour son propre compte.

b) La passation d'un seul marché par le coordonnateur du groupement

318. Ce coordonnateur a ici reçu mandat de la part des autres membres du groupement pour conclure au nom de l'ensemble des membres de ce dernier un marché avec l'entreprise sélectionnée au terme de la procédure groupée. Cette modalité doit avoir été stipulée dans la convention constitutive. En conséquence, dans cette hypothèse il n'y a qu'un seul marché de passé qui engage tous les membres du groupement et qui rassemble la totalité des besoins qu'ont mentionnés les acheteurs groupés dans la convention constitutive.

319. C'est le coordonnateur qui est compétent pour signer le marché public et le notifier au nom et pour le compte de tous les membres du groupement. Quant à son exécution, sous l'empire du code de 2006 la convention constitutive du groupement pouvait choisir entre deux solutions : selon la première, c'est la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché de chaque membre du groupement qui va s'assurer de l'exécution de la partie de prestation qui le concerne ; selon la seconde, c'est le coordonnateur qui va exécuter le marché au nom de tous les membres du groupement. Désormais, en vertu de l'article 28, III de l'ordonnance du 23 juillet 2015, c'est cette seconde modalité qui s'impose puisque cet article indique : « *lorsque la passation et l'exécution d'un marché public sont menées conjointement dans leur intégralité au nom et pour le compte de tous les acheteurs concernés, ceux-ci sont solidairement responsables de l'exécution des obligations qui leur incombent en vertu de la présente ordonnance* ».

III – Les règles de passation

320. Elles varient en fonction de la composition du groupement. Sous l'empire du CMP, les règles de passation étaient les suivantes.

321. Si le groupement est constitué entre personnes ne disposant pas de CAO, c'est-à-dire uniquement de services de l'État et/ou d'établissements publics nationaux autres qu'industriels et commerciaux et/ou des groupements de coopération sociale ou médico-sociaux, le titulaire est choisi selon des modalités fixées par la convention constitutive du groupement.

322. Si le groupement est constitué exclusivement entre collectivités locales, entre établissements publics locaux ou entre collectivités territoriales et établissements publics locaux autres que les établissements publics de santé et des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, ou lorsque ces collectivités et établissements sont majoritaires, les règles applicables sont celles relatives aux marchés publics des collectivités locales et le marché est attribué par la CAO. En revanche si le groupement est composé pour une partie non majoritaire de collectivités territoriales et établissements publics locaux autres que les établissements publics de santé et des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, les règles applicables sont celles fixées par la convention constitutive du groupement, mais en tout état de cause le titulaire doit être choisi après avis de la CAO.

Enfin, dans les autres cas, les marchés seront passés selon les règles applicables aux marchés de l'État.

323. Ces formules de coordination et groupement de commandes sont bénéfiques pour les acheteurs, car elles permettent de mettre en commun leur savoir-faire en matière technique et d'achat et d'accroître le volume des commandes ce qui rend possible l'obtention de la part de leur partenaire contractuel de prix plus avantageux.

324. Une autre formule extérieure aux personnes publiques acheteuses, consiste pour celles-ci à s'adresser à une centrale d'achats pour répondre à leurs besoins.

325. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 juillet 2015, les règles de passation sont les suivantes : lorsqu'une personne non assujettie à cette ordonnance est membre du groupement de commandes, ce dernier, en vertu de l'article 28, I de ladite ordonnance, devra obligatoirement appliquer les règles de ce texte, y compris pour répondre aux besoins de cette personne.

Dans le cadre d'un groupement de commandes composé d'acheteurs soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015, certains peuvent être soumis à des règles de passation différentes de celles applicables aux autres ou à un autre. Dans ce cas, le groupement de commandes doit mettre en œuvre les règles les plus strictes applicables à l'un des membres du groupement. Par exemple, un groupement de commandes constitué de deux entités adjudicatrices et d'un pouvoir adjudicateur appliquera les règles de passation relatives au pouvoir adjudicateur pour l'ensemble de ces marchés publics, quelle que soit la part respective des marchés publics qui répond aux besoins des membres du groupement ayant la qualité d'entité adjudicatrice.

Enfin, pour les marchés atteignant les seuils des procédures formalisées passés par un groupement de commandes composé en majorité de collectivités

territoriales ou d'établissements publics locaux autres qu'un établissement public social ou médico-social, l'attributaire est choisi par la CAO du groupement ou si la convention constitutive du groupement le prévoit, par la CAO du coordonnateur du groupement.

§2. Le recours à une centrale d'achat

326. Les versions antérieures au Code des marchés publics de 2004 ne faisaient état que de la possibilité pour l'État et les collectivités territoriales de s'adresser à l'Union des groupements d'achats publics (UGAP). Le code du 1er août 2006 comme celui du 7 janvier 2004, tout comme l'ordonnance du 23 juillet 2015, ne mentionne pas expressément l'UGAP, mais élargit cette faculté au recours à une centrale d'achat. Néanmoins, l'UGAP demeure prépondérante parmi les centrales d'achats.

A. Définition de la centrale d'achat

327. Celle-ci était définie par l'article 9 du Code des marchés publics comme un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 qui acquiert des fournitures ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs ou passe des marchés ou des accords-cadres de travaux, fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs. La centrale d'achat était donc d'un point de vue organique soit une personne publique soumise au Code des marchés publics soit un organisme de droit privé ou un organisme de droit public assujetti à l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics. Ces organismes autres que ceux soumis au Code des marchés publics, répondent aux conditions fixées à l'article 3, I, 1° de l'ordonnance susmentionnée. Ils sont donc dotés de la personnalité juridique, ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dont, soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics ou à l'ordonnance du 6 juin 2005, soit la gestion est soumise à un contrôle d'un tel pouvoir adjudicateur, soit doté d'un organe d'administration, de direction ou de surveillance composé majoritairement de membres désignés par un tel pouvoir adjudicateur. En outre, il faut souligner avec la circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics qu'un pouvoir adjudicateur soumis au Code des marchés publics tel qu'un établissement public ou une collectivité territoriale peut décider de se constituer en centrale d'achat et passer des marchés publics ou des accords-cadres pour le compte d'autres pouvoirs adjudicateurs, dès lors qu'il est lui-même soumis pour la totalité de ses achats aux règles du Code des marchés publics. Enfin, en vertu de l'article 141 du code de 2006, la Centrale d'achats peut réaliser ses prestations au profit d'une entité adjudicatrice.

Désormais, l'article 26 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 la définit comme un acheteur soumis à ladite ordonnance qui a pour objet d'exercer des activités d'achat centralisées qui sont :

- l'acquisition de fournitures ou de services destinés à des acheteurs ;
- la passation des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services destinés à des acheteurs.

La centrale d'achat est donc dorénavant, d'un point de vue organique, soit un pouvoir adjudicateur, soit une entité adjudicatrice et peut donc être fondamentalement une personne morale de droit public, une personne morale de droit privé sous influence publique ou constituée par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun, ou encore, une entreprise publique. En outre, tout pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice peut se constituer centrale d'achat, à condition toutefois de respecter les limites de ses statuts et de sa compétence[4]. Ainsi, pour qu'un établissement public puisse se constituer en centrale d'achat, il faut que cette constitution ne porte pas atteinte au principe de spécialité qui s'impose à lui.

B. La prestation opérée par la centrale d'achat

328. Elle est fort variée. Elle peut consister :

- soit à acquérir des fournitures ou des services pour ensuite les céder à des pouvoirs adjudicateurs ou à des entités adjudicatrices (prestation assimilable à celle d'un grossiste) ;
- soit à passer des marchés publics ou accords-cadres de travaux, fournitures ou de services destinés à de tels pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices (prestation assimilable à celle d'un intermédiaire).

Autrement dit, les missions susceptibles d'être confiées par un pouvoir adjudicateur ou par une entité adjudicatrice à une centrale d'achat vont de la mise à disposition de fournitures et de services jusqu'à la passation, pour le compte des premiers de marchés publics ou accords-cadres de travaux, fournitures ou de services.

En outre, conformément à l'article 26, III de l'ordonnance du 23 juillet 2015, et à condition que cela soit en liaison avec une activité d'achat centralisée qui leur est confiée, les centrales d'achat peuvent également remplir un rôle accessoire d'activités d'achat auxiliaires sans publicité ni mise en concurrence préalables. Ces activités d'achat auxiliaires consistent à fournir aux acheteurs une assistance à la passation des marchés publics. Cette assistance peut prendre notamment les formes suivantes :

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

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

- conseil sur le déroulement ou la conception des procédures de passation de marchés publics ;
- préparation et gestion des procédures de passation de marchés publics au nom de l'acheteur concerné et pour son compte.

329. Régime juridique des contrats passés par la centrale d'achats – Sous l'empire du CMP, il était le suivant : le marché passé au nom d'une personne publique soumise au code par la centrale d'achat avec une entreprise est soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence imposées par ledit code.

En revanche, les contrats conclus entre les pouvoirs adjudicateurs et les centrales d'achats échappent au code. Cette solution ressort implicitement des dispositions du code et de sa circulaire d'application. Toutefois, ils sont susceptibles d'être assujettis aux directives communautaires relatives aux marchés publics et à leurs textes de transposition lorsque les seuils qu'elles prévoient sont atteints[5].

Ces solutions sont globalement maintenues par l'ordonnance du 23 juillet 2015, mais il convient de préciser ses dispositions. L'ordonnance du 23 juillet 2015, en son article 26, II, indique que les acheteurs qui recourent à une centrale d'achat pour la réalisation de travaux ou l'acquisition de fournitures ou de services sont considérés comme ayant respecté leurs obligations de publicité et de mise en concurrence. Dès lors, les contrats conclus entre les acheteurs et les centrales d'achats échappent à l'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et à son décret d'application du 25 mars 2016. Toutefois, ces acheteurs demeurent responsables du respect des dispositions de ces textes pour les opérations de passation ou d'exécution du marché public dont ils se chargent eux-mêmes. À l'inverse, les marchés passés par la centrale d'achat sont soumis à l'ordonnance. Lorsque la centrale d'achat passe des marchés publics en tant qu'« *intermédiaire* », elle doit respecter les règles applicables aux acheteurs destinataires de ces achats. De même, quand elle agit en tant que grossiste, elle doit respecter les règles qui se seraient imposées à l'acheteur concerné si ce dernier avait lui-même passé ce marché public.

Parmi les centrales d'achats, il faut souligner l'importance de l'Union des groupements d'achats publics (UGAP).

C. L'UGAP

330. Selon le décret n° 85-801 du 30 juillet 1985 modifié par les décrets n° 2008-1464 du 22 décembre 2008 et n° 2012-1247 du 7 novembre 2012, l'UGAP est un établissement public industriel et commercial (EPIC) placé sous la tutelle du ministère du Budget et du ministère de l'Éducation nationale. Ayant pour objet initial la centralisation des commandes publiques, sa mission plus précise est fixée par l'article 1 du décret dans sa version issue du décret du 22 décembre 2008. Selon ce dernier, elle consiste à passer des marchés publics

5. En ce sens, et à propos des contrats entre l'UGAP et les personnes publiques : CE, 27 juill. 2001, CAMIF : JurisData n° 2001-062987.

et des accords-cadres de travaux fournitures et services et d'acquérir des biens, produits et prestations de services destinés aux pouvoirs adjudicateurs ou aux entités adjudicatrices assujettis au Code des marchés publics ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 et désormais à l'ordonnance du 23 juillet 2015 et à son décret d'application du 25 mars 2016. En outre, l'UGAP « *peut également intervenir au bénéfice de toute institution étrangère tenue de passer des marchés conformément aux dispositions de l'Accord sur les marchés publics en date du 15 avril 1994 conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce et de toute organisation internationale, intergouvernementale ou non, ayant souscrit aux obligations de transparence, de publicité et de concurrence stipulées dans cet accord* ». Enfin, l'UGAP peut acquérir des biens et des services pour un opérateur économique se trouvant, notamment, dans l'une des situations suivantes : lié à une personne publique par un marché de partenariat, assurant une mission d'intérêt général prévue à l'article L. 1311-2 du CGCT ou à l'article L. 6148-2 du Code de la santé publique ou titulaire d'une délégation de service public.

331. Organes de gestion et de direction de l'UGAP – Conformément à l'article 4 du décret modifié du 30 juillet 1985, l'UGAP est administré par un conseil d'administration dont la fonction générale consiste en vertu de l'article 7 de ce décret à régler par ses délibérations les affaires de l'établissement. Cet article 7 ajoute notamment que ses délibérations fixent les modalités générales de passation des conventions avec les collectivités et organismes pour lesquels il contracte ou agit. Le conseil d'administration peut créer des commissions qu'il estime nécessaires au bon accomplissement de ses missions. Le conseil d'administration est présidé par un président qui met en œuvre la politique définie par le conseil d'administration et assure l'exécution de ses délibérations ainsi que la direction générale de l'établissement. De plus, il procède au nom de l'établissement à la détermination des besoins au sens de l'article 5 du Code des marchés publics et de l'article 11 de l'ordonnance du 6 juin 2005 et désormais au sens de l'article 30 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et passe tous actes, marchés ou contrats engageant l'établissement et en contrôle l'exécution. Enfin, le président du conseil d'administration fixe la composition et les règles de fonctionnement des jurys de concours de l'établissement.

332. Soumission de l'UGAP au droit des marchés publics – Comme le souligne l'article 17 du décret modifié du 30 juillet 1985, l'UGAP est soumis pour tous ses achats aux dispositions du droit des marchés publics applicables à l'État. Dès lors, les contrats ainsi passés par l'UGAP étant des marchés publics passés par une personne publique, ce sont des contrats administratifs[6]. En revanche, les contrats passés entre les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices avec l'UGAP ne sont pas assujettis aux règles de publicité et de mise en concurrence prévues par le droit des marchés publics.

6. T. confl., 14 nov. 2011, UGAP c/ EURL C2 Conseils et Formation : Contrats-Marchés publ. 2012, n° 5, note J.-P. Pietri.

333. Enfin, l'article 25 du décret modifié du 30 juillet 1985 dispose que les rapports entre l'UGAP et les collectivités et organismes pour lesquels il contracte ou agit peuvent être définis par une convention fixant notamment la nature des prestations à réaliser, les conditions de contrôle de leur exécution par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice et les modalités de versement d'avance à l'UGAP.

334. Il faut observer que certaines pratiques de l'UGAP ont été perçues par le juge comme des abus de position dominante[7] et surtout cette absence de mise en concurrence pour la passation des contrats passés entre les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices avec l'UGAP a été vue par le Conseil d'État comme contraire à la directive Fournitures[8], en vigueur au moment des faits, lorsque les contrats en cause atteignent les seuils communautaires.

335. Par ailleurs, le statut de l'UGAP a été critiqué, ses détracteurs le percevant comme non conforme au droit français et surtout communautaire des marchés publics. Dans plusieurs réponses à des questions formulées par des parlementaires à ce sujet, le ministre de l'Économie et des Finances affirme la conformité de celui-ci avec le droit de la commande publique, le droit de la concurrence et avec les directives communautaires relatives à la coordination des procédures de passation des marchés publics. Le ministre se fonde sur le fait que l'UGAP, pour l'acquisition des fournitures et services destinés aux personnes publiques qui font appel à elles, respecte le droit des marchés publics et donc les obligations préalables de publicité et de mise en concurrence[9]. En effet comme indiqué plus haut, en vertu de l'article 17 du décret modifié du 30 juillet 1985, l'UGAP est soumis pour tous ses achats aux dispositions du droit des marchés publics applicables à l'État.

Bibliographie

BRENET (B.), « Groupement d'achats et droit communautaires », AJDA 2000, p. 784.

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES (DAJ), fiche technique « La coordination des achats », Ministère de l'Économie et des Finances, www.economie.gouv.fr/daj/coordination-achats-2016.

GUEZOU (O.), « Les centrales d'achat dans le nouveau code », AJDA 2004, p. 371.

GUILLOU (Y.-R.), « À quoi sert le Code des marchés publics ? », CP-ACCP sept. 2006, n° 58, p. 33.

7. CA Paris, 13 janv. 1998, UGAP c/ SA CAMIF : JCP G 1998, II, p. 10217.
8. CE, 27 juill. 2001, CAMIF, précité.
9. Cf. notamment Rép. min. n° 56695 : JOAN Q 3 mai 2005, p. 4598 ; Rép. min. n° 56614 : JOAN Q 3 mai 2005, p. 4598 ; Rép. min. n° 55554 : JOAN Q 3 mai 2005, p. 4598 ; Contrats-Marchés publ. 2005, comm. n° 234.

GUILMAIN (D.) « Centrales d'achat : un statut consolidé, mais des questions toujours en suspens », CP-ACCP 2005, n° 41, p. 24.

LAJOYE (C.), « Organes de l'achat public », JCl. Contrats et Marchés publics, Fasc. 60-10.

MENEMENIS (A.), « Centrales d'achat : une nouvelle chance ? », CP-ACCP mars 2004, numéro spécial n° 31, p. 25.

MICHON (J.), fiche pratique 2, « Le recours au groupement de commandes », Mon. TP 13 févr. 2004, p. 79 ;

PEYRICAL (J.-M.), « Les acteurs de la passation des marchés : réflexions sur le rôle et le positionnement des acheteurs publics », CP-ACCP 2005, n° 41, p. 19.

SIMONNET (Y.) « Centrales d'achat, en quête de précisions », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 10, dossier 7.

TAILLEFAIT (A.), « Coordination, groupements de commandes et centrales d'achats », Contrats-Marchés publ. 2004, n° 2, p. 31.

TAILLEFAIT (A.), « Les nouveaux groupements de commandes publiques », Contrats-Marchés publ. 2001, n° 8-9, chron. n° 12.

Titre 2

Les règles de passation des marchés publics

Sauf pour certains marchés, ces règles étaient détaillées dans le Code des marchés publics et le sont désormais dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 et surtout dans son décret d'application du 25 mars 2016 afin de permettre une véritable mise en concurrence et une sécurité juridique pour les divers acteurs de la commande publique. De plus, elles mettent en œuvre les principes fondamentaux de la commande publique en assurant la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures.

Pour ce faire, le droit des marchés publics instaure des règles générales de passation, définit et organise des procédures de passation et précise les modalités de formation du marché.

Il faudra donc étudier les règles générales de passation (Chapitre 1), les procédures prévues par le droit des marchés publics (Chapitre 2), et enfin les modalités de formation du marché (Chapitre 3).

Chapitre

1

Les règles générales de passation

Plan du chapitre

Section 1 **Les obligations de publicité et de mise en concurrence**
- §1. L'importance des obligations de publicité et de mise en concurrence
- §2. Les exceptions à l'obligation de publicité et de mise en concurrence

Section 2 **Les règles de publicité**
- §1. La préinformation
- §2. L'information
- §3. La postinformation

Section 3 **Le calcul des seuils**
- §1. Le calcul des seuils en matière de travaux
- §2. Le calcul des seuils en matière de fourniture et de service
- §3. Le calcul des seuils pour les marchés allotis

Section 4 **L'attribution du marché au candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse**
- §1. La notion d'offre économiquement la plus avantageuse et le choix des critères d'attribution
- §2. La réalisation du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

RÉSUMÉ

L'obligation fondamentale qui gouverne la passation des marchés publics est l'obligation de publicité et de mise en concurrence même si elle n'est pas absolue puisqu'elle tolère des exceptions. La publicité, pour assurer une véritable transparence de la procédure et une mise en concurrence véritable de passation, doit intervenir à tous les stades cruciaux de cette procédure. C'est pourquoi le droit des marchés publics instaure une préinformation, une information des candidats et une postinformation. Ces obligations de publicité et leur intensité varient toutefois en fonction du montant du marché concerné, ce qui nécessite que des seuils de publicité soient fixés ainsi que des règles de calcul de ces seuils. Enfin, les principes fondamentaux de la commande publique imposent que le marché soit attribué au candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus intéressante.

336. Il faudra étudier l'obligation de mise en concurrence d'entreprises intéressées liée à la nécessaire publicité du projet de marché, les règles de publicité, les règles de calcul des seuils et enfin l'attribution du marché au candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse.

Section 1 Les obligations de publicité et de mise en concurrence

337. Il est nécessaire de souligner l'importance de ces obligations avant de voir les exceptions à celles-ci.

§1. L'importance des obligations de publicité et de mise en concurrence

338. Ces obligations constituent une règle essentielle du droit des marchés publics et par-delà, du droit de la commande publique. Toute passation d'un marché public ou d'un accord-cadre doit donner lieu à une publicité et à une mise en concurrence suffisantes.

Ces obligations de publicité et de mise en concurrence sont très importantes, car elles permettent le respect des principes fondamentaux de la commande publique que sont la liberté d'accès à cette commande, l'égalité de traitement des candidats, la transparence des procédures – principes au service de l'efficacité de la commande publique et de la bonne utilisation des deniers publics – qui s'imposent à tous les marchés quel que soit leur montant.

339. L'interdépendance entre publicité et mise en concurrence – Il faut souligner que mise en concurrence et publicité sont interdépendantes, car la première est difficile et superficielle sans la seconde. Cela est tellement vrai que la procédure négociée sans publicité préalable, mais avec mise en concurrence disparaît du code de 2006 et que ce type de procédure n'est pas reprise par l'ordonnance du 23 juillet 2015 !

340. De plus, on peut estimer que la passation d'un marché satisfait à l'exigence de transparence dès lors que les moyens de publicité utilisés ont permis l'information des candidats potentiels et ont conduit à un nombre et une variété d'offres suffisants entraînant une véritable mise en concurrence. Le pouvoir ou l'entité adjudicateur devra donc dégager les modalités de publicité les plus appropriées à l'objet et au montant du marché. Toutefois, son choix est encadré par le droit des marchés publics.

§2. Les exceptions à l'obligation de publicité et de mise en concurrence

341. Les seules exceptions à cette règle sous l'empire du Code des marchés publics étaient les marchés de l'article 35, II du code de 2006 qui fixe les cas où les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à un marché négocié sans publicité préalable et sans mise en concurrence, et les marchés publics pouvant faire l'objet d'une procédure adaptée conformément à l'article 28 du code lorsque leur montant estimé est inférieur à 15 000 € ou quand le pouvoir adjudicateur estime que l'absence de publicité et de mise en concurrence est justifiée du fait que ces formalités sont impossibles ou sont manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré. La possibilité de conclure les marchés d'un petit montant, dont le seuil était fixé à l'origine à 4 000 € HT, sans publicité ni mise en concurrence préalable, avait été autorisée par le décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004 qui modifiait sur ce point le code de 2004 en ajoutant un alinéa 3 à l'article 28, I du code de 2004 qui disposait désormais « *toutefois, les marchés de travaux, de fournitures et de services d'un montant inférieur à* 4 000 € HT *peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence préalable* ».

Cette disposition fut introduite dans le code de 2004 à la demande notamment des élus qui trouvaient absurde de devoir faire précéder la conclusion de très petits marchés d'une procédure de publicité et mise en concurrence au motif pertinent que celle-ci risquait d'avoir un coût presque aussi, voire plus élevé que le montant de la prestation objet du marché. Cette exclusion fut conservée dans le code de 2006 avec un montant initial maintenu à 4 000 € HT. Ce montant est porté à 20 000 € HT par le décret n° 2008-1356, le gouvernement français alignant ce seuil sur celui retenu par divers autres États membres de l'Union européenne. Ce relèvement procédait aussi de la volonté de relancer l'économie en simplifiant l'achat public. Toutefois, ce rehaussement rendait de plus en plus difficilement compatible cette exception à l'obligation de publicité et de mise en concurrence avec l'article 1 du Code des marchés publics qui impose à tout marché public, et donc, quel que soit son montant, le respect des principes fondamentaux de la commande publique (voir *supra*, n°s 174-189). Dès lors, ce relèvement semblait excessif même si son objectif pouvait paraître légitime, surtout en temps de crise, car il risquait d'accentuer le localisme, le favoritisme et donc la corruption notamment dans les communes rurales ou semi-rurales. Il n'est donc pas surprenant que le Conseil d'État, dans son arrêt

du 10 février 2010 M. *Perez*[1], annule ce décret qui procède au rehaussement de ce seuil posé à l'article 28 au motif qu'un tel rehaussement, par son caractère général, méconnaît les principes fondamentaux de la commande publique. C'est pourquoi ce seuil fut à nouveau de 4 000 € pour les pouvoirs adjudicateurs. Pour les marchés passés par les entités adjudicatrices, ce seuil demeurait fixé à 20 000 € conformément à l'article 146, puisque la censure opérée par le Conseil d'État dans son arrêt M. *Perez*, ne concernait que l'article 28 du Code.

342. Mais le pouvoir réglementaire par son décret n° 2011-1853 du 9 décembre 2011 a rehaussé à nouveau ce seuil pour les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs et l'a porté à 15 000 € HT tandis qu'un décret du 17 septembre 2015 le montait à 25 000 € hors taxe aussi bien pour les marchés. Mais ces petits marchés restent soumis au respect des principes fondamentaux de la commande publique et c'est pourquoi le nouvel article 28 du CMP ajoutait que, lorsque le pouvoir adjudicateur « *fait usage de cette faculté, il veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin* ». Par conséquent, on peut conseiller aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices de procéder à un minimum de mise en concurrence quand ils passent un marché d'un montant estimé inférieur à 25 000 € HT ou au moins d'un montant proche de ce seuil. À cet égard, « *la règle dite des trois devis* » qui réside dans la pratique visant à demander un devis à trois entreprises qui sont, ainsi, mises en concurrence nous paraît ici bien indiquée. On leur conseillera même de demander au moins cinq devis.

Sous l'empire de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application du 25 mars 2016, en procédure adaptée il n'y a plus de seuil en deçà duquel le pouvoir ou entité adjudicateurs peuvent décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables. Désormais, la passation des marchés d'un petit montant dont le seuil reste fixé à 25 000 € HT constitue un cas de recours à la « *procédure* » négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables conformément à l'article 30, 8° du décret du 25 mars 2015. Pour ces marchés, il faut continuer à appliquer « *la règle dite des trois ou cinq devis* » susévoquée, car ces marchés continuent d'être soumis aux principes fondamentaux de la commande publique.

343. Par ailleurs, la disposition du cinquième alinéa de l'article 28 du code de 2006, dans sa rédaction issue du décret n° 2011-100 du 25 août 2011 confirmée sur ce point par son décret n° 2011-1853 du 9 décembre 2011, permettait au pouvoir adjudicateur de décider qu'un marché passé selon la procédure adaptée « *sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalable* » du fait que « *ces formalités sont impossibles ou sont manifestement inutiles en raison notamment*

1. CE, 10 févr. 2010, M. Perez : AJDA 2010, p. 561, note J.-D. Dreyfus ; Contrats-Marchés publ. 2010, repère 3, p. 1, note F. Llorens et P. Soler-Couteaux.

de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré ». Le décret d'application du 25 mars 2016 en son article 30, 10°, ne traite plus cette situation dans les dispositions relatives aux procédures adaptées, mais en fait un cas de recours à la « *procédure* » de marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables, et ce uniquement pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils des procédures formalisées. Mais il faut souligner la prudence dont doivent faire preuve les pouvoirs adjudicateurs dans son utilisation. En effet, une telle décision est juridiquement risquée et on peut penser que bien peu de pouvoirs adjudicateurs prendront une telle décision. En tout état de cause, si le pouvoir adjudicateur y souscrit, il devra soigneusement la justifier en invoquant par exemple que la réponse à son besoin nécessite l'utilisation de procédés qui ont fait l'objet d'un brevet, d'une licence ou d'un droit d'exclusivité. Il doit être toutefois clair que les hypothèses qui conduisent le pouvoir adjudicateur à prendre une telle décision sont peu nombreuses, car la publicité et la mise en concurrence préalables doivent être véritablement impossibles ou évidemment inutiles[2].

Section 2 Les règles de publicité

344. Elles portent sur les diverses phases de la passation du marché en assurant une préinformation des entreprises au stade du projet de passation, une information de celles-ci au stade de la réalisation de la procédure et enfin une postinformation au stade de l'attribution du marché.

§1. La préinformation

345. Sous l'empire du Code des marchés publics, les marchés dont le montant atteint ou dépasse le seuil de 750 000 € HT pour les fournitures et les services et 5 225 000 € HT pour les travaux, font l'objet d'un avis de préinformation qui est soit adressé pour publication par le pouvoir adjudicateur à l'office des publications officielles de l'Union européenne soit publié sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur (site électronique qu'il utilise pour réaliser ses procédures de commande). Si le pouvoir adjudicateur choisit d'utiliser son profil d'acheteur, il doit annoncer au préalable par la voie électronique à l'office des publications officielles de l'Union européenne la publication de cet avis. Désormais, sous l'empire du nouveau droit des marchés publics, la possibilité de publier un avis de préinformation n'est pas limitée aux marchés atteignant un seuil fixé par les textes, et par conséquent, il est possible de

2. Voir sur cette question, et concernant la rédaction initiale de cette disposition : A. Ménéménis, « Code des marchés publics 2006 : quelques points forts », AJDA 2006, p. 1754, où il écrit à propos de ces hypothèses qu'elles « sont nécessairement rares ; elles correspondent en réalité à des cas où la mise en œuvre de telles formalités serait impossible, absurde ou manifestement inutile ».

procéder à une telle préinformation dans toutes les procédures de passation. En revanche, les modalités formelles de l'avis de préinformation sont inchangées.

346. Le Code des marchés publics en son article 39 prévoyait avec précision le contenu de l'avis de préinformation et les délais pour l'adresser ou le faire paraître. Le dispositif était le suivant : pour les marchés de fournitures et de services, cet avis indique le montant total estimé des marchés ou des accords-cadres, que le pouvoir adjudicateur envisage de passer au cours des 12 mois suivant la publication de l'avis. S'il concerne des fournitures ou des services à acquérir durant un exercice budgétaire, cet avis est adressé ou publié sur le profil d'acheteur le plus rapidement possible après le début de cet exercice budgétaire. Tandis que pour les marchés de travaux, l'avis est adressé ou publié sur le profil d'acheteur dans les meilleurs délais après la décision de réaliser un programme de travaux. Le pouvoir adjudicateur, pour les premiers indique le montant total, estimé par groupes de produits ou catégories de services homogènes, des fournitures et des services susceptibles de faire l'objet de marchés ou d'accords-cadres pendant les 12 mois suivants, alors que pour les seconds elle précise les caractéristiques essentielles des marchés ou des accords-cadres prévus pour la réalisation de ce programme de travaux. Concernant les marchés et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices, une préinformation était prévue par l'article 149 du Code par la publication d'un avis périodique indicatif selon des règles et des modalités similaires à celles sus-étudiées.

Le décret d'application du 25 mars 2016 en son article 31 est beaucoup moins précis relativement au contenu de l'avis de préinformation et les délais pour l'adresser ou le faire paraître. Il prévoit simplement que les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire connaître leur intention de passer un marché public par le biais de la publication d'un avis de préinformation établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics. Concernant le délai de validité de l'avis, cet article précise simplement que la durée maximale de la période couverte par l'avis de préinformation est de douze mois à compter de la date de transmission de l'avis pour publication. Quand la préinformation concerne un marché public passé par une entité adjudicatrice, elle donne lieu en vertu de l'article 32 du décret d'application du 25 mars 2016 à la publication d'un avis périodique indicatif dont les modalités formelles, le délai de validité de l'avis sont similaires à celles de l'avis de préinformation. Ainsi, les supports de cette publicité sont identiques et il doit lui aussi être conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne.

347. Caractère facultatif de la préinformation – Toutefois, utilisant les opportunités des directives communautaires et de leur application par la CJCE[3], l'envoi de cet avis ou la publication sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur revêt un caractère purement facultatif. Sous l'empire du Code des

3. CJCE, 26 sept. 2000, n° C-225/98, Commission c/ France.

marchés publics, elle ne s'impose que si l'acheteur public décide d'avoir recours à la possibilité qui lui est laissée de réduire les délais de réception des offres. Dès lors, il peut décider de ne pas procéder à cette préinformation, celle-ci étant donc facultative, mais alors il doit respecter le délai normal de réception des offres. Sous l'empire du code de 2001, la préinformation devait obligatoirement être accomplie, ce que confirmait le Conseil d'État dans sa jurisprudence[4]. Cette innovation, si elle allège les obligations à la charge des acheteurs publics, est un recul en termes de transparence des procédures. Sous l'empire de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application du 25 mars 2016, la préinformation permet pour certaines procédures formalisées de réduire les délais de réception des candidatures et/ou des offres. Ainsi en procédure d'appel d'offres ouvert, si l'acheteur a publié un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence, ce délai minimal de réception des candidatures et des offres qui est normalement de trente-cinq jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché peut être ramené à quinze jours. Ainsi aussi, en procédure d'appel d'offres restreint, si le pouvoir adjudicateur a publié un avis de préinformation qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence, ce délai minimal de réception des offres qui est normalement de trente jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché peut être ramené à dix jours. Ainsi enfin, en procédure concurrentielle avec négociation, si le pouvoir adjudicateur a publié un avis de préinformation qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence, ce délai minimal de réception des offres initiales, qui est normalement de trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner, peut être ramené à dix jours. Toutefois pour pouvoir provoquer ces réductions des délais de réception des candidatures et/ou des offres, l'avis de préinformation ou l'avis périodique indicatif doit avoir été envoyé pour publication trente-cinq jours au moins à douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché et doit contenir les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication. Mais le décret d'application du 25 mars 2016 renforce l'incitation aux pouvoirs et entités adjudicateurs de réaliser une préinformation.

Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres restreint ou d'une procédure concurrentielle avec négociation, les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser un avis de préinformation pour lancer un appel à la concurrence. Il en va de même pour les entités adjudicatrices qui peuvent utiliser un avis périodique indicatif pour lancer un appel à la concurrence dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres restreint ou d'une procédure négociée avec mise en concurrence préalable. Ainsi l'acte de préinformation est utilisé en lieu et place d'un

4. CE, 19 nov. 2003, Ville de Nîmes c/Société Dalkia France, req. n° 257100.

avis de marché pour lancer un appel à la concurrence. Pour ce faire toutefois, cet acte doit remplir les conditions suivantes :

- il fait référence spécifiquement aux travaux, aux fournitures ou aux services qui feront l'objet du marché public à passer ;
- il mentionne la procédure retenue et indique qu'elle ne fera pas l'objet d'une publication ultérieure d'un avis d'appel à la concurrence et invite les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt ; il a été envoyé pour publication entre 35 jours et 12 mois avant la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

§2. L'information

348. La publicité qui permet l'information des opérateurs économiques potentiellement candidats est un élément essentiel de la procédure de passation, car de son efficacité dépend la réussite de la mise en concurrence et donc de la procédure de passation du marché qui était organisée sous l'empire du Code des marchés publics selon des modalités quelque peu différentes si le marché ou l'accord-cadre était passé par un pouvoir adjudicateur ou par une entité adjudicatrice. Désormais, les modalités d'information sont prévues aux articles 33 et suivants du décret du 25 mars 2016 publicité.

349. La publicité des marchés ou accords-cadres passés par un pouvoir adjudicateur sous l'empire du Code des marchés publics – Cette publicité était encadrée par l'article 40 du code de 2006. En vertu de ce dernier, les modalités de la publicité varient selon le montant du marché.

Pour les marchés dont le montant est compris entre 25 000 € HT et 90 000 € HT, ainsi que pour les marchés de services soumis à l'article 30, I du Code d'un montant supérieur ou égal à 25 000 € HT, le pouvoir adjudicateur détermine librement les modalités de publicité. Toutefois, celles-ci doivent être adaptées aux caractéristiques du marché, en particulier à son montant et à la nature de la prestation qui en constitue son objet. Elles doivent assurer une mise en concurrence réelle et la transparence de la procédure. En conséquence, les supports de publicité choisis doivent permettre l'information des candidats potentiels pour le type et le montant de l'opération concernée, et ce faisant, à l'acheteur public de comparer et d'analyser les offres parvenues afin de pouvoir retenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Pour les marchés de fournitures et de services compris entre 90 000 € HT et 134 000 € HT pour l'État ou 207 000 € HT pour les collectivités territoriales et pour les marchés de travaux compris entre 90 000 € HT et 5 225 000 € HT, le pouvoir adjudicateur doit publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* (BOAMP) soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. En outre, l'article 40, III ajoute que le pouvoir adjudicateur apprécie au regard de la nature ou du montant de la prestation en cause, s'il convient de compléter cette publicité obligatoire par une publicité supplémentaire dans un journal spécialisé. De

plus cet article 40, ajoute l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de publier l'avis d'appel public à la concurrence sur son profil d'acheteur.

Pour les marchés de fournitures et de services d'un montant égal ou supérieur à 134 000 € HT pour l'État et à 207 000 € HT pour les collectivités territoriales et pour les marchés de travaux atteignant ou dépassant les 5 225 000 € HT, le pouvoir adjudicateur doit publier un avis d'appel public à la concurrence au *BOAMP* et au *JOUE*. L'article 40 du code ajoute l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de publier l'avis d'appel public à la concurrence sur son profil d'acheteur. De même, le IV de cet article prévoit également que le pouvoir adjudicateur apprécie s'il convient de compléter cette publicité obligatoire par une publicité supplémentaire dans un journal spécialisé. Afin de respecter les règles communautaires d'égalité d'accès à la commande publique de toutes les entreprises installées dans l'Union européenne (UE) et de non-discrimination à l'encontre d'un candidat originaire d'un autre État membre de l'UE, le Code rappelle que la publication au *BOAMP* ou sur tout autre support ne peut précéder l'envoi de l'avis à l'Office des publications de l'Union européenne (OPUE) et que les deux avis doivent contenir les mêmes renseignements.

Le *BOAMP* doit publier ces avis conformément au texte de l'avis qui lui a été transmis par la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché dans les six jours qui suivent la date de leur réception. En outre, désormais ces avis doivent être adressés à l'organe de publication officiel par téléprocédure. Ils sont publiés soit sur support papier, soit sous forme électronique.

350. La publicité des marchés ou accords-cadres passés par une entité adjudicatrice sous l'empire du Code des marchés publics – La publicité des marchés ou des accords-cadres passés par une entité adjudicatrice était encadrée par l'article 150 du code de 2006. Là aussi, les modalités de la publicité varient selon le montant du marché. Pour les marchés dont le montant est compris entre 25 000 € HT et 90 000 € HT, ainsi que pour les marchés de services soumis à l'article 148, I du Code d'un montant supérieur ou égal à 25 000 € HT, l'entité adjudicatrice détermine librement les modalités de publicité. Toutefois, celles-ci doivent être adaptées aux caractéristiques du marché, en particulier à son montant et à la nature de la prestation qui en constitue son objet. Ici aussi, elles doivent assurer une mise en concurrence réelle et la transparence de la procédure. En conséquence, les supports de publicité choisis doivent permettre l'information des candidats potentiels pour le type et le montant de l'opération concernée, et ce faisant, à l'acheteur public de comparer et d'analyser les offres parvenues afin de pouvoir retenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Pour les marchés de fournitures et de services compris entre 90 000 € HT et 418 000 € HT et pour les marchés de travaux compris entre 90 000 € HT et 5 225 000 € HT, l'entité adjudicatrice doit publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le *BOAMP* soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. En outre, l'article 150, III ajoute que l'entité adjudicatrice apprécie au regard de la nature ou du montant de la prestation en cause, s'il

convient de compléter cette publicité obligatoire par une publicité supplémentaire dans un journal spécialisé. De plus, l'article 150 ajoute l'obligation pour le pouvoir adjudicateur à compter du 1er janvier 2010 de publier l'avis d'appel public à la concurrence sur son profil d'acheteur.

Pour les marchés de fournitures et de services d'un montant supérieur à 418 000 € HT et pour les marchés de travaux dépassant les 5 225 000 € HT, l'entité adjudicatrice doit publier un avis d'appel public à la concurrence au *BOAMP* et au *JOUE*. De plus, cet article 150 ajoute l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de publier l'avis d'appel public à la concurrence sur son profil d'acheteur. Afin de respecter les règles communautaires d'égalité d'accès à la commande publique de toutes les entreprises installées dans l'Union européenne (UE) et de non-discrimination à l'encontre d'un candidat originaire d'un autre État membre de l'UE, le Code rappelle ici aussi que la publication au *BOAMP* ne peut précéder l'envoi de l'avis à l'Office des publications de l'Union européenne (OPUE) et que les deux avis doivent contenir les mêmes renseignements.

Le *BOAMP* doit publier ces avis conformément au texte de l'avis qui lui a été transmis par la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché, dans les six jours suivant la date de leur réception. En outre, ces avis doivent être adressés à l'organe de publication officiel par téléprocédure. Ils sont publiés soit sur support papier, soit sous forme électronique.

351. La publicité des marchés passés sous l'empire du nouveau droit des marchés publics – Cette publicité est encadrée par les articles 33 et 34 du décret du 25 mars 2016. En vertu de ce dernier, les modalités de la publicité varient selon le montant du marché.

Pour les marchés dont le montant est compris entre 25 000 € HT et 90 000 € HT, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, quand il s'agit de l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, déterminent librement les modalités de publicité. Toutefois, celles-ci doivent être adaptées aux caractéristiques du marché, en particulier à son montant et à la nature de la prestation qui en constitue son objet. Elles doivent assurer une mise en concurrence réelle et la transparence de la procédure. En conséquence, les supports de publicité choisis doivent permettre l'information des candidats potentiels pour le type et le montant de l'opération concernée, et ce faisant, à l'acheteur public de comparer et d'analyser les offres parvenues afin de pouvoir retenir l'offre économiquement la plus avantageuse. Les autres acheteurs, en vertu de l'article 34, I, 2° du décret du 25 mars 2016, choisissent librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause. Pour les marchés de fournitures et de services compris entre 90 000 € HT et les seuils de procédures formalisées (pour les marchés de fournitures et de services des pouvoirs adjudicateurs : 135 000 € HT pour l'État ou 209 000 € pour les collectivités territoriales pour

les marchés de fournitures et de services passés par une entité adjudicatrice : 418 000 € HT et pour les marchés de travaux 5 225 000 € HT) l'acheteur – quand il s'agit de l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements – doit publier un avis de marché soit dans le *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* (BOAMP) soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. En outre, cet acheteur apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant des fournitures, des services ou des travaux en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné ou au *Journal officiel de l'Union européenne* (JOUE) est en outre nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché public. Les autres acheteurs, en vertu de l'article 34, I, 2° du décret du 25 mars 2016, choisissent librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.

Pour les marchés publics d'un montant égal ou supérieur aux seuils des procédures formalisées, l'acheteur quand il s'agit de l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements doit publier un avis de marché au *BOAMP* et au *JOUE*. Les autres acheteurs, en vertu de l'article 33, I, 2° du décret du 25 mars 2016 publient un avis de marché au *JOUE*.

L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal à condition qu'elle indique les références de cet avis. En outre, concernant l'information des opérateurs économiques potentiellement candidats il est à souligner que l'article 36 du décret du 25 mars 2016 précise les modalités de publication des avis d'appel à la concurrence. Ainsi dispose-t-il que les avis destinés à être publiés au *JOUE* sont transmis par voie électronique à l'Office des publications de l'Union européenne, qui se charge de leur publication au *JOUE*. L'acheteur doit conserver la preuve de la date d'envoi de ces avis. En outre, afin de respecter les règles communautaires d'égalité d'accès à la commande publique de toutes les entreprises installées dans l'Union européenne (UE) et de non-discrimination à l'encontre d'un candidat originaire d'un autre État membre de l'UE, l'article 36, II du décret précise que les publications au niveau national ne peuvent être effectuées antérieurement à la publication au *JOUE*. Toutefois, cet article atténue la rigueur de cette règle en permettant que cette publication ait lieu, en tout état de cause, lorsque l'acheteur n'a pas été avisé de la publication au *JOUE* dans les 48 heures suivant la confirmation de la réception de l'avis par l'Office des publications de l'Union européenne.

Enfin, toujours dans le but de préserver l'égalité d'accès à la commande publique de toutes les entreprises installées dans l'UE, l'article 36, III précise que « *les publications au niveau national ne peuvent fournir plus de renseignements*

que ceux envoyés à l'Office des publications de l'Union européenne. Elles mentionnent la date de cet envoi ».

§3. La postinformation

352. Sous l'empire du Code des marchés publics, était assurée par la publication d'un avis d'attribution et, ce qui est une innovation du code de 2004 reprise par le code de 2006, par la publication par la collectivité acheteuse de la liste des marchés qu'elle a conclus l'année précédente. Le décret du 25 mars 2016 conserve l'obligation de publication d'un avis d'attribution, abandonne la publication par la collectivité acheteuse de la liste des marchés qu'elle a conclue l'année précédente pour lui substituer l'accès libre sur son profil d'acheteur aux données essentielles des marchés publics qu'elle passe.

A. Publication d'un avis d'attribution

353. Après avoir rappelé les solutions du Code des marchés publics sur cette question, nous verrons celles prévues par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application.

I – Dispositions du Code des marchés publics

354. Sous l'empire du Code des marchés publics, elle ne concerne que les marchés et les accords-cadres ayant donné lieu à une procédure formalisée, et les marchés de services relevant de l'article 30 dont le montant est égal ou supérieur à 209 000 € HT. En revanche, la publication d'un avis d'attribution n'est pas obligatoire pour les marchés fondés sur un accord-cadre. La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché dispose d'un délai maximal de 48 jours à compter de la notification du marché ou de l'accord-cadre, pour envoyer aux fins de publication l'avis d'attribution.

En outre, le pouvoir adjudicateur doit envoyer un avis informant du résultat de la passation des marchés fondés sur la réalisation d'un système d'acquisition dynamique dans un délai maximal de 48 jours à compter de la notification de chaque marché. Toutefois, il peut décider de n'envoyer qu'un avis global chaque trimestre, dans un délai maximal de 48 jours après la fin de chaque trimestre.

355. L'avis d'attribution doit être publié dans le même organe que celui dans lequel a paru l'avis d'appel public à la concurrence. Pour les marchés de fournitures et de services d'un montant égal ou supérieur à 135 000 € HT pour l'État et à 209 000 € HT pour les collectivités territoriales et pour les marchés de travaux atteignant ou dépassant les 5 225 000 € HT, le pouvoir adjudicateur doit donc publier l'avis d'attribution au *BOAMP* et au *JOUE*. Pour les marchés relevant de l'article 30 dont le montant est égal ou supérieur à 209 000 € HT, le pouvoir adjudicateur envoie l'avis d'attribution à l'office des publications de l'Union européenne et au *BOAMP* en indiquant s'il en accepte la publication.

356. Les entités adjudicatrices qui passent un marché public ou un accord-cadre doivent aussi procéder à la publication d'un avis d'attribution conformément à l'article 172 du Code des marchés publics. Toutefois, une telle

obligation ne concerne que les marchés et les accords-cadres ayant donné lieu à une procédure formalisée (soit les marchés de fournitures et de service dont le montant est égal ou supérieur à 418 000 € HT et les marchés de travaux dont le montant est égal ou supérieur à 5 225 000 € HT) et les marchés de services relevant de l'article 148 dont le montant est égal ou supérieur à 418 000 € HT. En revanche, la publication d'un avis d'attribution n'est pas obligatoire pour les marchés fondés sur un accord-cadre.

La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché dispose d'un délai maximal de 2 mois à compter de la notification du marché ou de l'accord-cadre, pour envoyer aux fins de publication l'avis d'attribution. En outre, l'entité adjudicatrice doit envoyer un avis informant du résultat de la passation des marchés fondés sur la réalisation d'un système d'acquisition dynamique dans un délai maximal de 2 mois à compter de la notification de chaque marché. Toutefois, il peut décider de n'envoyer qu'un avis global chaque trimestre, dans un délai maximal de 2 mois après la fin de chaque trimestre.

357. L'avis d'attribution doit être publié dans le même organe que celui dans lequel a paru l'avis d'appel public à la concurrence. Pour les marchés de fournitures et de services d'un montant égal ou supérieur à 418 000 € HT et pour les marchés de travaux atteignant ou dépassant les 5 225 000 € HT, l'entité adjudicatrice doit donc publier l'avis d'attribution au *BOAMP* et au *JOUE*. Pour les marchés relevant de l'article 148 dont le montant est égal ou supérieur à 418 000 € HT, l'entité adjudicatrice envoie l'avis d'attribution à l'office des publications de l'Union européenne et au *BOAMP*.

II – Dispositions du décret du 25 mars 2016

358. Sous l'empire de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application, la publication d'un avis de postinformation est prévue et organisée à l'article 104 de ce décret. Selon ce dernier, pour les marchés publics atteignant les seuils des procédures formalisées, l'acheteur envoie pour publication, dans un délai maximal de trente jours à compter de la signature du marché public, un avis d'attribution. Quand l'acheteur est l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements cet avis est publié dans le *BOAMP* et au *JOUE*. Pour les autres acheteurs, l'avis est publié au *JOUE*.

Comme l'indique l'article 104, I, 2°, l'avis est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics.

En outre, en vertu de l'article 104, II, lorsque l'appel à la concurrence a été effectué sous la forme d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif et que l'acheteur a décidé de ne pas attribuer de nouveaux marchés publics au cours de la période couverte par cet avis, l'avis d'attribution le mentionne expressément.

Quant aux marchés subséquents, fondés sur un accord-cadre, l'acheteur est dispensé d'envoyer un avis d'attribution. Enfin, pour les marchés spécifiques

fondés sur un système d'acquisition dynamique et les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques, l'acheteur peut regrouper les avis d'attribution sur une base trimestrielle. Dans ce cas, il envoie ces avis groupés pour publication au plus tard trente jours après la fin de chaque trimestre.

B. De la publication de la liste des marchés conclus l'année précédente à l'accès libre aux données essentielles des marchés passés

I – Dispositions du Code des marchés publics

359. La seconde postinformation était posée par l'article 133 du code de 2006 et portait sur les marchés publics passés par le pouvoir adjudicateur l'année précédente, y compris donc ceux d'un faible montant. Elle obligeait le pouvoir adjudicateur à dresser et à publier une liste des marchés conclus l'année précédente. Ce recensement doit être publié au premier trimestre de chaque année et doit mentionner le nom de chaque entreprise attributaire. Cette obligation de publication par la collectivité acheteuse de la liste des marchés qu'elle a conclus l'année précédente pèse aussi selon les mêmes modalités sur les entités adjudicatrices.

Comme le précise cet article, cette liste est établie dans les conditions définies par un arrêté du ministre chargé de l'économie. Or, des arrêtés successifs (arrêté du 8 décembre 2006, puis du 26 décembre 2007 modifié par un arrêté du 10 mars 2009) ont été pris en application cette disposition. Ils indiquaient que seuls les marchés ayant fait l'objet de mesures de publicité et de mise en concurrence préalables sont concernés par ce recensement et que les marchés sont regroupés par tranches en fonction de leur montant. Cette liste précisait, pour chaque marché, l'objet et la date du marché, le nom de l'attributaire et son code postal s'il est établi en France, ou le pays de son principal établissement s'il n'est pas établi en France.

II – Dispositions du décret du 25 mars 2016

360. Au titre de la transparence de la procédure de passation des marchés publics et de la postinformation, le décret du 25 mars 2016 prévoit en son article 107 qu'à compter du 1er octobre 2018, l'acheteur offre, sur son profil d'acheteur, un accès libre, direct et complet aux données essentielles des marchés publics qu'il passe. Ainsi dans les deux mois à compter de la date de notification du marché public, il doit publier sur son profil d'acheteur les informations essentielles relatives à ce marché à l'exception des informations dont la divulgation serait contraire à l'ordre public.

Ces données comprennent les informations suivantes :

- le numéro d'identification unique attribué au marché public et les données relatives à son attribution ;
- l'identification de l'acheteur ;
- la nature et l'objet du marché public ;
- la procédure de passation utilisée ;

- le lieu principal d'exécution des services ou travaux faisant l'objet du marché public ;
- la durée du marché public ;
- le montant et les principales conditions financières du marché public ;
- l'identification du titulaire ;
- la date de signature du marché public par l'acheteur ;
- les données relatives à chaque modification apportée au marché public :
- l'objet de la modification ;
- les incidences de la modification sur la durée ou le montant du marché public ;
- la date de signature par l'acheteur de la modification du marché public.

361. Pour en terminer avec la postinformation, il faut signaler que pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa de l'article R. 551-7 du Code de justice administrative, dans son ancienne version, relatives aux délais pour introduire un référé contractuel (voir *infra*, n° 685), l'article 85-1 du Code des marchés publics obligeait le pouvoir adjudicateur à publier au *JOUE* un avis d'attribution, conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne, informant de la conclusion d'un marché ou d'un accord-cadre dispensé d'obligations de publicité par l'effet des dispositions du Code des marchés publics ou passé en application de ses articles 28 ou 30. La nouvelle rédaction de l'article R. 551-7 du Code de justice administrative résultant d'ailleurs du décret du 25 mars 2016, tout comme les dispositions relatives à l'information des candidats et des soumissionnaires et à l'accès aux données essentielles des marchés publics, ne rendent plus nécessaires la publication d'un avis d'attribution pour de tels types de marchés. De même, cet article 85-1 du CMP pour rendre applicables les mêmes dispositions du Code de justice administrative pour un marché fondé sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, impose au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats non retenus de la signature du marché en indiquant le nom du bénéficiaire ainsi que les motifs ayant conduit au choix de son offre. L'article 172-1 impose les mêmes obligations aux entités adjudicatrices. La nouvelle rédaction de l'article R. 551-7 du Code de justice administrative tout comme les dispositions relatives à l'information des candidats et des soumissionnaires et à l'accès aux données essentielles des marchés publics ne rendent plus nécessaire une telle obligation dans les dispositions relatives à l'avis d'attribution. Ainsi la nouvelle version de l'article R. 551-7 du Code de justice administrative prévoit, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, que le délai pour intenter le référé contractuel court à compter de la notification si cette notification mentionne le nom du titulaire et les motifs ayant conduit au choix de son offre. En outre, l'article 104, III du décret ne dispense pas les marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique d'avis d'attribution, mais il permet à l'acheteur de regrouper les avis d'attribution relatifs à de tels marchés sur une base trimestrielle.

Section 3 Le calcul des seuils

362. Les modalités de calcul des seuils sont fixées avec précision par les dispositions spécifiques du droit des marchés publics qui sont applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs ainsi qu'à ceux conclus par les entités adjudicatrices. En vertu de ces dispositions, les pouvoirs adjudicateur, mais aussi donc les entités adjudicatrices, ne peuvent se soustraire à l'application du droit des marchés publics relative aux obligations de publicité et de mise en concurrence préalables en scindant leurs achats ou en utilisant d'autres modalités de calcul de la valeur estimée du marché que celles qu'il prévoit. En outre, conformément à l'article 20 du décret du 25 mars 2016, la valeur estimée du besoin est calculée sur la base du montant total hors taxe du ou des marchés publics envisagés, y compris les options et les reconductions. Lorsque l'acheteur prévoit des primes au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour ce calcul. Lorsqu'un acheteur est composé d'unités opérationnelles distinctes, la valeur totale estimée des marchés publics passés pour les besoins des différentes unités opérationnelles est prise en compte. Toutefois, lorsqu'une unité opérationnelle est responsable de manière autonome de ses marchés publics ou de certaines catégories d'entre eux, la valeur du besoin peut être estimée au niveau de l'unité en question.

L'acheteur public doit suivre les règles de calcul des seuils avec la plus grande rigueur, à défaut la procédure de passation sera viciée. Ces dispositions déterminent d'abord les règles de calcul des seuils pour les travaux et ensuite pour les services et les fournitures. Enfin, elles s'intéressent au calcul des seuils en cas de marché alloti.

§1. Le calcul des seuils en matière de travaux

363. Deux notions sont essentielles : l'opération et l'ouvrage. En effet, en vertu de l'article 27, II, 1° du Code des marchés publics devaient être prises en compte « *la valeur globale des travaux se rapportant à une opération portant sur un ou plusieurs ouvrages ainsi que la valeur des fournitures nécessaires à leur réalisation que le pouvoir adjudicateur met à la disposition des opérateurs* ». Désormais, en vertu de l'article 21 du décret du 21 mars 2016, concernant les marchés publics de travaux, sont prises en compte la valeur totale des travaux se rapportant à une opération ainsi que la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition du titulaire par l'acheteur lorsqu'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux.

L'opération est au sens du droit des marchés publics, la mise en œuvre, dans une période et un périmètre limités, d'un ensemble de travaux se caractérisant par son unité fonctionnelle, technique ou économique. C'est donc un ensemble de travaux qui en raison de leur objet, des procédés techniques utilisés ou de leur financement ne peuvent être dissociés. Elle peut concerner

plusieurs ouvrages comme, par exemple, la réfection des trottoirs dans certains quartiers de la commune maître d'ouvrage[5]. De même, a-t-il été jugé que des travaux d'étanchéité et de peinture sur deux châteaux d'eau pour le compte d'un syndicat intercommunal sont relatifs à une même opération au motif qu'ils sont effectués sur les mêmes ouvrages et qui ont pour objet d'assurer la réfection des châteaux d'eau et leur fonctionnement[6]. L'ouvrage doit être appréhendé dans sa signification communautaire 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* » (dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014, art. 2.1.7). Autrement dit, l'ouvrage est le résultat obtenu à la fin des travaux et permettant à l'immeuble ainsi construit ou rénové de satisfaire à sa vocation technique ou économique, au service en particulier de l'utilité publique.

§2. Le calcul des seuils en matière de fourniture et de service

364. Pour ce qui est des marchés publics de fournitures et des marchés publics de services, il faut prendre en compte la valeur totale des fournitures ou des services présentant un caractère homogène, soit du fait de leurs caractéristiques spécifiques donc de la nature du bien ou du service fourni, soit du fait qu'ils constituent une unité fonctionnelle donc de la destination de la prestation.

Il faut comprendre que l'homogénéité des besoins à satisfaire est variable d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice à l'autre et, en conséquence, il lui revient de l'apprécier au regard des caractères spécifiques de ses activités et de la cohérence de son action. Chaque acheteur public doit donc évaluer de façon sincère et raisonnable la valeur totale des fournitures ou services qu'il analyse comme homogènes et qu'il désire acquérir.

Pour ce faire, il peut adopter une typologie de ses achats qui lui est propre, en cohérence avec son activité.

Évidemment et comme le précisait le deuxième alinéa de l'article 27, II du Code des marchés publics, la délimitation d'une catégorie homogène de services ou de fournitures ne doit pas avoir pour effet d'échapper aux règles de publicité et de mise en concurrence prévues par le droit des marchés publics. Si cette mention a disparu de l'article 21 du décret du 25 mars 2016, la règle demeure.

Par ailleurs, comme l'indiquait l'article 27, II du Code des marchés publics, pour une commande ayant une durée d'exécution de moins d'un an ou d'un an, on doit calculer le montant des besoins homogènes sur une année. En revanche, pour un contrat pluriannuel, il doit être pris en compte le montant annuel multiplié par le nombre d'années d'exécution. Ces solutions sont

5. CE, 26 sept. 1994, Préfet d'Eure et Loire, n° 122759 : la passation de quatre marchés pour la réalisation de trottoirs en quatre endroits différents d'une même commune avec utilisation de procédés techniques identiques constitue une même opération.
6. CE, 8 févr. 1999, Syndicat intercommunal des eaux de la Gâtine, n° 156333.

globalement conservées par l'article 21 du décret du 25 mars 2016, qui toutefois les précise et les nuance. Cet article indique ainsi, dans son II, que pour les marchés publics de fournitures ou de services qui répondent à un besoin régulier, la valeur estimée est calculée sur la base :

- soit du montant hors taxe des prestations exécutées au cours des 12 mois précédents ou de l'exercice budgétaire précédent, en tenant compte des évolutions du besoin susceptibles d'intervenir au cours des 12 mois qui suivent la conclusion du marché public ;
- soit de la valeur estimée des prestations qui seront exécutées au cours des 12 mois ou de l'exercice budgétaire qui suit la conclusion du marché public.

L'article 21, III précise quant à lui que pour les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamiques, la valeur à prendre en compte est la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés à passer ou des bons de commande à émettre pendant la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique.

Enfin, l'article 21, IV spécifie que pour les partenariats d'innovation, la valeur à prendre en compte est la valeur totale estimée des activités de recherche et de développement qui doivent être menées au cours des différentes phases du partenariat ainsi que la valeur totale estimée des fournitures, services ou travaux innovants qui en sont le résultat et dont l'acquisition est envisagée.

§3. Le calcul des seuils pour les marchés allotis

365. Le principe est clair : pour ces marchés, il faut prendre en compte la valeur estimée de la totalité des lots.

Toutefois, ce principe tolère – et c'est une innovation notable du code de 2004 reprise par le code de 2006 et par le décret du 25 mars 2016 – des exceptions importantes. En effet, les marchés de travaux, même si la valeur estimée totale des lots atteint le seuil de la procédure formalisée peuvent donner lieu à une procédure adaptée pour les lots inférieurs à 1 000 000 € HT. De même, pour les marchés de fournitures ou de services, les lots n'atteignant pas le montant de 80 000 € HT peuvent donner lieu à une procédure adaptée, et ce même si la valeur estimée totale des lots atteint le seuil de la procédure formalisée. Mais, dans les deux cas, le montant cumulé des lots passés en procédure adaptée ne doit pas excéder 20 % de la valeur de la totalité des lots.

Section 4 L'attribution du marché au candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse

366. L'obligation d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse apparaît dans le Code des marchés publics de 2001, est maintenue dans ceux de 2004 et de 2006 et dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 et dans son décret d'application du 25 mars 2016 et remplace celle présente dans le code de 1964, de l'attribution à l'offre jugée la plus intéressante choisie librement

par l'administration. Cette reformulation textuelle s'inscrit dans le cadre de la contrainte générale qui pèse sur les pouvoirs et entités adjudicateurs de respecter les principes fondamentaux de la commande publique. De plus, elle manifeste la volonté du pouvoir réglementaire de traduire dans le vocabulaire juridique sa volonté de remplacer l'octroi des marchés au « *moins-disant* » par celui au « *mieux-disant* », et ce faisant de rationaliser l'attribution des marchés publics, ainsi que d'utiliser le plus possible la terminologie communautaire employée en particulier dans les directives relatives aux marchés publics.

Dès lors, la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse est fondamentale, car elle conditionne la réussite et même la régularité de la procédure de passation – puisqu'elle est une obligation qui s'impose à la passation de tous les marchés, quelle que soit la procédure utilisée – et est bien plus que le seul aboutissement de celle-ci puisqu'il en est la raison d'être : elle justifie l'encadrement juridique de la passation des marchés publics. En effet, elle correspond à la recherche de l'offre répondant le mieux aux besoins formulés par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice et est le fruit d'une analyse objective et non discriminatoire des offres présentées par les candidats.

Pour autant, la notion d'offre économiquement la plus avantageuse est complexe et sa signification précise repose en réalité sur les critères d'attribution du marché et peut donc apparaître variable d'un marché à l'autre, d'un besoin à l'autre. C'est pourquoi la détermination de ces critères est fondamentale. Mais, dès lors que le pouvoir adjudicateur recourt à plusieurs critères pour dégager l'offre économiquement la plus avantageuse, l'importance de chaque critère doit être précisée afin de permettre une analyse des offres précise et objective.

Seront donc étudiées la notion d'offre économiquement la plus avantageuse et la détermination des critères d'attribution et la réalisation du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

§1. La notion d'offre économiquement la plus avantageuse et le choix des critères d'attribution

A. La notion d'offre économiquement la plus avantageuse

367. Une étude sémantique de la notion est nécessaire, mais s'avère insuffisante et même inadéquate.

I – Étude sémantique de la notion

368. Choisir l'offre économiquement la plus avantageuse signifie au plan sémantique que l'on opte pour l'offre qui présente le plus d'atouts d'un point de vue économique, qui est supérieure sur le plan économique, qui permet de faire des économies en retenant la proposition la moins coûteuse. En effet, la simple lecture d'un dictionnaire, en l'occurrence *Le Petit Larousse*, nous rappelle que l'adjectif avantageux veut dire « *qui procure un avantage* (...), *marché avantageux* », économique, intéressant, l'avantage étant un atout, un

gain ou un profit, l'adverbe économiquement désignant une façon économique, le point de vue de l'économie. L'adjectif économique énonce ce qui est relatif à l'économie, ce qui permet de faire des économies, l'économie étant définie par ce dictionnaire dans une première acception comme « *l'art de réduire les dépenses dans la gestion de ses biens, de ses revenus* » et dans une deuxième signification comme « *l'ensemble des activités d'une collectivité humaine relatives à la production, la distribution et la consommation des richesses* ».

Dès lors, si on retient une acception très littérale de l'offre économiquement la plus avantageuse, il faut considérer que celle-ci correspond à l'offre la meilleure pour le pouvoir adjudicateur au regard de critères exclusivement économiques comme notamment son prix, son coût qui inclut outre le prix, les frais d'utilisation, d'entretien et de maintenance, sa rentabilité ce qui la distingue de l'offre la plus intéressante qui ne se limite pas à l'appréciation économique d'une offre et qui peut donc se fonder sur une plus grande diversité de critères lui conférant un caractère plus général et une plus grande liberté et latitude d'appréciation des offres. En effet, l'offre la plus intéressante, si on l'analyse également sous un angle sémantique, recouvre une acception bien plus large que l'offre économiquement la plus avantageuse, elle ne se cantonne pas à l'intérêt économique, mais inclut par exemple l'intérêt social, environnemental, esthétique, architectural. De fait, comme l'écrit C. Émery[7], « *l'achat public est d'abord un acte économique et c'est une analyse économique qui doit permettre de sélectionner l'offre "économiquement" la plus avantageuse* ». Dès lors, l'offre économiquement la plus avantageuse peut être, selon les critères retenus, l'offre la moins-disante ou la mieux-disante, ce qui dans la dernière hypothèse correspond à l'offre présentant le meilleur rapport qualité-prix.

Mais cette conception littérale et exclusivement économique de l'offre économiquement la plus avantageuse est à nuancer fortement, car elle apparaît, à bien des égards, trop réductrice et même trompeuse, car contredite par des dispositions du Code des marchés publics et désormais de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application du 25 mars 2016 et par la jurisprudence.

II – Caractère trop réducteur et inadéquat d'une appréhension purement sémantique de la notion

369. Les enseignements de l'analyse sémantique sus-dégagés ne correspondent pas à la réalité du droit des marchés publics telle qu'elle résulte des textes et de la jurisprudence.

En effet, les critères de jugement des offres ou critères d'attribution n'ont pas tous une nature économique, si bien que la grille d'analyse des offres peut ne pas être exclusivement économique, voire faire passer l'analyse économique au second plan. Ainsi, la liste non exhaustive des critères d'attribution énumérée à l'article 53 du CMP et désormais à l'article 62 du décret du 25 mars 2016

7. C. Emery, « Définir les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse », CP-ACCP déc. 2004, n° 39, p. 32.

contient, notamment, la qualité, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, le caractère innovant, cet article indiquant que le pouvoir adjudicateur peut prendre en compte d'autres critères à condition qu'ils soient justifiés par l'objet du marché ou ajoute le décret du 25 mars 2016 ses conditions d'exécution. Ces derniers n'ont donc pas nécessairement une nature économique.

Ces solutions sont confirmées par le droit communautaire des marchés publics puisque les critères d'attribution énoncés de manière non limitative par l'article 53 de la directive 2004-18 du 31 mars 2004 et qui sont tous repris par le CMP n'ont pas tous non plus un caractère économique. Ceci a conduit la Cour de justice des Communautés européennes – certes dans une affaire se déroulant sous l'empire de la directive services 92/50 du 18 juin 1992 modifiée par la directive 97/52 du 13 octobre 1997, ce qui ne change rien à l'analyse puisque les dispositions de cette directive sur les critères d'attribution sont très proches de celles de la directive 2004-18 du 31 mars 2004 – à affirmer qu'un pouvoir adjudicateur peut retenir des critères d'attribution fondés sur « *des avantages non susceptibles d'évaluation objective immédiate* » et n'ayant pas un caractère purement économique comme des critères écologiques[8]. Mais la directive communautaire 2014/24/UE si elle permet toujours d'avoir recours à des critères n'ayant pas tous un caractère économique nuance cette solution en disposant en son article 67.2 que « *l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie (...), et peut tenir compte du meilleur rapport qualité-prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné* ».

Bien plus, le critère du prix, critère emblématique, car essentiel d'une analyse purement économique des offres n'était pas sous l'empire du CMP, comme les autres critères, obligatoire et le Conseil d'État dans son arrêt *Commune de Toulouse* admettait la légalité d'une procédure qui ne le retient pas dans la liste des critères d'attribution utilisés pour juger les offres[9].

370. Il résulte de ces solutions que l'analyse des offres faite par le pouvoir adjudicateur n'est pas nécessairement strictement ou désormais exclusivement économique, et que le choix opéré sur le fondement des critères d'attribution retenus n'est pas forcément l'offre la plus avantageuse d'un point de vue purement économique, mais sera tout de même qualifiée juridiquement d'offre économiquement la plus avantageuse, car correspondant à l'offre la meilleure au regard de ces critères. Dès lors, on peut soutenir qu'en réalité, l'offre économiquement la plus avantageuse est l'offre qui répond le mieux aux critères d'attribution prédéterminés par le pouvoir adjudicateur, c'est l'offre la plus

8. CJCE, 17 sept. 2002, n° C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab c/ Helsingin kaupunki et HKL-Bussiliikenne : Lebon 2002, p. I-7213.

9. CE, 28 avr. 2006, Commune de Toulouse : AJDA 2007, p. 593, note F. Brenet ; BJCP 2006, p. 268, concl. D. Casas, obs. C. Maugüe ; Contrats-Marchés publ. 2006, n° 165, note G. Eckert ; CP-ACCP 2006, n° 56, p. 64, note L. Renouard.

intéressante au regard de ceux-ci. C'est pourquoi l'ancienne terminologie d'offre la plus intéressante correspondrait mieux à la réalité du droit des marchés publics. Au moins faudrait-il supprimer l'adverbe « *économiquement* » et parler plus simplement d'offre la plus avantageuse comme le suggèrent certains auteurs[10]. Au total, l'offre « *économiquement* » la plus avantageuse n'est pas une notion univoque, elle apparaît variable d'un marché à l'autre, d'un besoin à l'autre, en fonction des critères d'attribution fixés par le pouvoir adjudicateur. Sa consistance – ou sa nature – dépend de ces critères. D'où l'importance fondamentale du choix de ces critères.

B. Détermination des critères d'attribution

I – Choix en faveur d'une pluralité de critères ou en faveur d'un critère unique

371. Comme l'indiquait l'article 53 du CMP, pour attribuer le marché à l'offre « *économiquement* » la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde soit sur une pluralité de critères soit, compte tenu de l'objet du marché, sur le critère unique du prix. Dès lors, l'offre économiquement la plus avantageuse au regard du droit français peut recouvrer deux réalités : l'offre répondant le mieux à plusieurs critères, qu'on pourrait qualifier assez imparfaitement de mieux-disante ou l'offre la moins chère qu'on pourrait qualifier aussi assez imparfaitement de moins-disante.

Cette formulation n'était pas en adéquation totale avec celle retenue dans la directive communautaire 2004-18 du 31 mars 2004 pour qui les critères sur lesquels se fondent les pouvoirs adjudicateurs sont soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères liés à l'objet du marché public, soit uniquement le prix le plus bas. Ainsi, en vertu de la directive de 2004, l'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse implique nécessairement la fixation d'une pluralité de critères, le choix du critère unique du prix est aussi possible, mais ne s'inscrit pas dans le cadre de l'offre économiquement la plus avantageuse. Mais cette différence n'est que d'ordre sémantique, elle n'a pas de portée juridique puisque les deux textes autorisent soit à recourir au critère unique du prix, soit à une pluralité de critères.

Au surplus, il a été reproché au pouvoir réglementaire français d'avoir conditionné dans l'article 53 du CMP le recours au critère unique du prix à l'objet du marché, condition qui n'est pas posée à l'article 53 de la directive susmentionnée et ce faisant de rendre incompatibles ces deux textes. Le Conseil d'État a tranché la question en considérant « *qu'en faisant aussi dépendre de l'objet du marché le recours au seul critère du prix, l'article 53 du Code des*

10. Cf. M. Cambournac, « Réforme des marchés publics : une copie à revoir au regard des grands principes », Mon. TP 16 mai 2003, p. 67 ; A. Ruellan, « Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et le Code des marchés publics », CP-ACCP déc. 2004, n° 39, p. 36.

marchés publics, n'a fait que préciser ces dispositions en conformité avec l'objectif de la directive » et qu'il n'a donc pas enfreint ledit texte[11].

372. Désormais, l'article 62, II du décret du 25 mars 2016 indique que pour attribuer le marché public au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde :

- soit sur un critère unique qui peut être :
  - le prix, à condition que le marché public ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre,
  - le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie ;
- soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figurent le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux.

Ainsi en vertu de cet article le choix de l'attributaire sur le fondement d'un critère unique ne repose plus comme sous l'empire du CMP uniquement sur le prix, qui était donc le seul critère unique possible. Dorénavant, l'acheteur a le choix entre deux critères uniques : le prix ou le coût.

373. Le recours au critère unique du prix n'est juridiquement possible que s'il est justifié par l'objet du marché. Cet objet doit donc être suffisamment simple, courant, pour que le seul recours au critère du prix suffise à identifier de façon précise et objective l'offre économiquement la plus avantageuse. Un tel recours peut donc être utilisé pour des prestations simples comme des fournitures courantes portant sur des produits standardisés ayant des caractéristiques et des qualités similaires, quel que soit le fournisseur. À l'inverse si l'objet du marché porte sur des prestations complexes où la qualité peut être diverse et où le savoir-faire et la technicité du prestataire sont essentiels et peuvent être très variables d'un candidat à l'autre, le recours au critère unique du prix est proscrit, car il ne permet pas de découvrir l'offre économiquement la plus avantageuse[12]. Dès lors, le pouvoir adjudicateur qui souscrit au critère unique du prix doit être capable de prouver que l'objet du marché l'autorisait à faire ce choix. En outre, la formulation de l'objet justifiant le recours au critère unique du prix retenu par l'article 62, I du décret du 25 mars 2016, permet d'affirmer qu'un tel recours est exclu pour les marchés publics de travaux. Pour ceux-ci, si l'acheteur décide de recourir à un critère unique, celui-ci sera forcément le coût. De plus, le recours au critère unique du prix, mais aussi du coût est prohibé en cas de dialogue compétitif et pour les partenariats d'innovation où, conformément à l'article 62,

11. Cf. CE, 24 avr. 2007, Département de l'Isère : BJCP 2007, p. 293, concl. N. Boulouis, obs. R. Schwartz ; CP-ACCP 2007, n° 66, p. 65, note M. Heintz ; Contrats-Marchés publ. 2007, n° 171, note J.-P. Piétri.
12. CE, 24 avr. 2007, Département de l'Isère, précité.

III, l'offre économiquement la plus avantageuse est identifiée sur la base d'une pluralité de critères. On peut donc considérer que le recours au critère unique du prix est limité aux marchés ayant un objet simple et qu'en conséquence il est l'exception, tandis que le recours au critère unique du coût ou à une pluralité de critères est la règle de principe. À bien des égards, l'examen des offres sous le seul angle du prix et même, dans une moindre mesure, sous l'angle unique du coût est fréquemment trop réducteur car il est clair que, notamment, la valeur technique, les délais d'exécution ou de livraison, le service après-vente et l'assistance technique sont des éléments d'appréciation des offres fort importants pour dégager l'offre la plus avantageuse.

II – Les critères utilisables en cas de pluralité de critères

a) Encadrement juridique de la détermination des critères d'attribution

374. La liberté de choix des critères d'attribution – Tout d'abord, le CMP reconnaît au pouvoir ou à l'entité adjudicateur une liberté de choix des critères d'attribution. Ils peuvent donc librement déterminer les critères les mieux adaptés au marché et au besoin auquel ce dernier répond[13]. Cette détermination suppose en conséquence une précise et approfondie définition du besoin à satisfaire et une bonne connaissance du secteur d'activité concerné, c'est-à-dire des solutions disponibles et susceptibles de le satisfaire.

Ensuite, il faut souligner que cette liberté de choix est conditionnée et encadrée. En effet, ces critères en tout état de cause doivent obligatoirement être liés par l'objet du marché et donc être justifiés par cet objet, être non discriminatoires et permettre, au regard de l'objet du marché, de dégager l'offre économiquement la plus avantageuse. Ainsi ces critères doivent à la fois être objectifs et opérationnels. Ils ne doivent pas conférer une trop large liberté de choix au pouvoir ou à l'entité adjudicateur, choix qui deviendrait alors quasiment discrétionnaire[14]. Au contraire, ces critères, une fois mis en œuvre, doivent aboutir à dégager l'offre économiquement la plus avantageuse. C'est pourquoi le pouvoir adjudicateur doit choisir les critères qui sont le mieux adaptés à l'objet du marché et ne doit pas exclure un critère qui apparaît indispensable à la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse. De même, ces critères ne doivent-ils pas être sans rapport avec l'objet du marché[15]. Cette

13. CJCE, 27 oct. 2005, n° C-234/03, Contse SA, Vivisol SARL, Oxygen Salud SA : Contrats-Marchés publ. 2006, n° 37, note W. Zimmer ; JCP A 2006, n° 1021, p. 143, chron. D. Katz – CE, 28 avr. 2006, Commune de Toulouse, précité.
14. CJCE, 20 sept. 1988, n° C-31/87, Beentjes : Lebon 1988, p. I-4635 – CJCE, 17 sept. 2002, n° C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab c/ Helsingin kaupunki et HKL-Bussiliikenne, précité – CE, 28 avr. 2006, Commune de Toulouse, précité – CE, 15 déc. 2008, Communauté urbaine de Dunkerque : JCP A 2008, n° 2040, obs. F. Linditch ; Contrats-Marchés publ. 2009, n° 36, note F. Olivier.
15. C'est ainsi qu'a été jugé sans rapport avec l'objet du marché, le recours à un critère impliquant que les offres soient présentées par un groupement d'entreprises solidaires (CAA Bordeaux, 6 juin 2006, Département de la Seine-Saint-Denis : Contrats-Marchés publ. 2006, n° 249, note J.-P. Pietri).

liberté de choix des critères d'attribution bien que conservée est atténuée par l'article 62, II du décret du 25 mars 2016. En effet, cet article oblige l'acheteur parmi les critères d'attribution qu'il retient de recourir au critère du prix ou du coût. Autrement dit, il doit obligatoirement utiliser soit le critère du prix soit celui du coût et il peut librement lui agréger un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux qui doivent être dépourvus de caractère discriminatoire et être liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.

375. Enfin, le pouvoir adjudicateur ne peut retenir en principe comme critère d'attribution des critères relatifs à la capacité des candidats : sélection des candidats et sélection des offres sont deux étapes et deux tâches différentes de la procédure de passation et ne doivent donc pas être confondues. Les critères d'attribution ou de jugement des offres servent uniquement à évaluer et à juger les offres présentées par les candidats pour permettre de dégager l'offre qui répond le mieux au besoin du pouvoir adjudicateur, tandis que les critères de sélection des candidats ont pour objet de jauger la capacité professionnelle, technique, financière des candidats et de sélectionner les candidats qui seront admis à présenter une offre. Cette solution est consacrée tant par la jurisprudence communautaire que nationale[16].

Toutefois, cette solution ne s'applique pas pour les marchés passés en procédure adaptée comme le décide le Conseil d'État dans un arrêt *Commune d'Aix-en-Provence*[17] qui considère que « *dans le cadre de la procédure adaptée, il est loisible au pouvoir adjudicateur d'examiner, au cours d'une phase unique, la recevabilité des candidatures et la valeur des offres ; qu'ainsi, la commune d'Aix-en-Provence pouvait en tout état de cause retenir, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, le critère tiré de l'expérience du candidat dans les domaines objets des différents lots du marché* ».

Le Conseil d'État a précisé que le critère de l'expérience du candidat, qui constitue normalement un critère de sélection des candidats, peut être utilisé en procédure adaptée comme critère de choix des offres « *lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des*

16. CJCE, 20 sept. 1988, n° C-31/87, Beentjes, précité – CJCE, 19 juin 2003, n° C-315/01, GAT : Contrats-Marchés publ. 2003, n° 209, note P. Soler-Couteaux ; Dr. adm. 2003, n° 214, note A. Ménéménis – CJCE, 12 nov. 2009, n° C-199/07, Commission c/ Grèce : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 380, note W. Zimmer – CJUE, 9 oct. 2014, n° C-641/13, Royaume d'Espagne c/ Commission européenne : Contrats-Marchés publ. 2014, n° 12, comm. 332, obs. M. Ubaud-Bergeron – CE, 1er juin 2005, Département de la Loire : BJCP 2005, p. 366, concl. D. Casas, obs. C. Maugüé – CE, 29 déc. 2006, Société Bertele SNC : BJCP 2007, p. 97, concl. N. Boulouis, obs. R. Schwartz ; Contrats-Marchés publ. 2007, n° 75 – CAA Nantes, 30 oct. 2009, Société Solétanche Bachy : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 22, obs. F. Llorens – CAA Bordeaux, 30 déc. 2014, n° 13BX01534, CCI des îles de Guadeloupe : Contrats-Marchés publ. 2015, n° 3, comm. 61, note M. Ubaud-Bergeron.

17. CE, 6 mars 2009, Commune d'Aix-en-Provence : JCP A 2009, n° 2122, concl. N. Boulouis, obs. F. Linditch ; Contrats-Marchés publ. 2009, n° 122, note F. Olivier.

prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire »[18]. Mais hormis les marchés passés en procédure adaptée, la jurisprudence admet qu'un pouvoir adjudicateur retienne « *un critère ou un sous-critère relatif aux moyens en personnel et en matériel affectés par le candidat à l'exécution des prestations du marché afin d'en garantir la qualité technique* » s'il n'est pas discriminatoire et est lié à l'objet du marché[19]. De même, la CJUE a-t-elle considéré que le critère de l'expérience et la qualification de l'équipe d'employés affectée à l'exécution du marché peut être utilisé comme critère de sélection des offres dans une procédure d'attribution d'un marché de service de prestations intellectuelles[20].

Tirant les conséquences de cette évolution jurisprudentielle, l'article 62, II du décret du 25 mars 2016 à la suite de l'article 67.2 de la directive 2014/24/UE intègre dans la liste des critères d'attribution des offres pouvant être retenus l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public.

376. Au total, ces conditions de légalité encadrent le choix des critères d'attribution opéré par le pouvoir adjudicateur, ce dernier faisant l'objet d'un contrôle du juge. Mais l'illégalité d'un critère n'entraîne pas automatiquement la nullité de la procédure. Une telle illégalité ne provoque une telle nullité que si le critère illégalement retenu a pu avoir un effet sur la mise en concurrence et a lésé le candidat requérant, par exemple en dissuadant certains candidats potentiels de faire acte de candidature[21]. En outre, le juge des référés précontractuels ne sanctionne le système d'évaluation des offres que si ce manquement est constitutif d'une erreur manifeste du pouvoir adjudicateur dans le choix des critères et de leurs modalités de mise en œuvre[22]. Les critères d'attribution mentionnés par les textes relatifs aux marchés publics

18. CE, 2 août 2011, n° 348254, Parc naturel régional des Grands Causses.
19. CE, 8 févr. 2010, Commune de La Rochelle : Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 132, note W. Zimmer – CE, 11 mars 2013, Assistance publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP) : Contrats-Marchés publ. 2013, n° 5, comm. 137, obs. M. Ubaud-Bergeron – CAA Douai, 28 mai 2015, SELARL Nord Biologie : Contrats-Marchés publ. 2015, n° 7, comm. 173, obs. H. Hoepffner.
20. CJUE, 26 mars 2015, n° C-601/13, Ambisig c/ Nersant (Ambiente e Sistemas de Informaçao Geografica SA c/ Associaçao Empresarial da Regiao de Santarem) : Contrats-Marchés publ. 2015, n° 5, comm. 116, note M. Ubaud-Bergeron.
21. Cf. CE, 25 juill. 2001, Commune de Gravelines : BJCP 2001, p. 490, concl. D. Piveteau, obs. R. Schwartz ; Contrats-Marchés publ. 2001, n° 188, note P. Soler-Couteaux – CE, 15 févr. 2013, Société Derichebourg polyurbaine : Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 104, note P. Dewillers – CE, 28 mai 2014, Commune de Dijon c/Société Carrard Services : Contrats-Marchés publ. 2014, n° 7, comm. 189, note W. Zimmer.
22. CE, 20 févr. 2013, Société American Express Voyages : Contrats-Marchés publ. 2013, n° 4, comm. 117, note J.-P. Pietri.

b) Les critères d'attribution

377. L'article 53 du CMP dresse une liste de critères d'attribution qui peuvent être utilisés par le pouvoir adjudicateur s'ils sont justifiés par l'objet du marché. Cette liste n'est pas limitative puisqu'elle est précédée de l'adverbe « *notamment* », ce qui est confirmé par la possibilité laissée par cet article d'utiliser d'autres critères. Elle est donc aussi indicative comme le corrobore la directive 2004-18 du 31 mars 2004 qui fait précéder sa liste de critères de la locution « *par exemple* » et la jurisprudence communautaire[23]. L'article 62, II, 2° du décret du 25 mars 2016 procède d'une manière assez similaire puisqu'il prévoit la possibilité de recourir à une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution (...), parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux et cet article de poursuivre en indiquant qu'il peut s'agir, par exemple, des critères suivants... On soulignera à nouveau qu'en cas d'emploi de plusieurs critères, le critère du prix ou du coût est imposé à l'acheteur. Mais à part cette obligation, l'acheteur dispose d'une liberté de choix des autres critères d'attribution pourvu qu'ils soient justifiés par l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution. Le pouvoir adjudicateur choisit librement parmi ces critères ceux qui lui permettent de répondre le mieux possible à ses besoins et à l'objet du marché. Ces critères ont une nature économique ou qualitative ou temporelle.

378. Critères économiques – Le premier critère économique dans la liste des critères de l'article 53 du CMP et au deuxième rang dans cette liste est celui du prix. Ce positionnement traduit l'importance de ce critère dans la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse, la prise en compte du prix étant très fréquemment incontournable dans une analyse économique de l'offre. En effet, il paraît très délicat d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse sans appréhender son prix. Bien des marchés s'analysant comme un acte d'achat, l'achat et le prix étant deux notions consubstantielles, il apparaît peu concevable d'ignorer le prix dans le jugement de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Pour autant, ce critère, pas plus que les autres, n'était obligatoire sous l'empire du CMP comme le confirme la jurisprudence[24]. Dans son arrêt *Commune de Toulouse*, le Conseil d'État observe que les dispositions de l'article 53 du CMP « *n'ont ni pour objet, ni pour effet de rendre obligatoire ce critère* [du prix] *lorsque la personne publique adopte plusieurs critères d'attribution du marché dans la mesure où les critères retenus, eu égard à l'objet du marché, permettent de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse* ». Désormais, sous l'empire de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application, comme nous

23. CJCE, 18 oct. 2001, n° C-19/00, SIAC Construction Ltd. : Lebon 2001, p. I-7725 – CJCE, 19 juin 2003, n° C-315/01, GAT, précité.
24. Cf. CE, 28 avr. 2006, Commune de Toulouse, précité.

l'avons rappelé plus haut, en cas de pluralité de critères, le critère du prix ou du coût est obligatoire.

379. Autrement dit, avant l'entrée en vigueur de ces textes, si l'objet le permettait et si les critères retenus suffisaient à dégager l'offre économiquement la plus avantageuse, le critère du prix pouvait ne pas être retenu. Toutefois, les cas où cette situation était possible étaient rares et concernent des marchés ayant un objet très particulier comme les marchés de mobiliers urbains. Ainsi dans l'affaire ville de Toulouse, le marché de mobilier urbain projeté prévoyait que les prestations fournies par l'attributaire seraient rémunérées par des recettes issues de l'exploitation publicitaire des mobiliers urbains et aucunement par un prix correspondant à une dépense effective de la collectivité. Dans un tel marché non seulement, comme le relève le Conseil d'État dans cet arrêt, « *la commune de Toulouse pouvait ne pas retenir le prix des prestations comme critère d'attribution du marché* », mais elle ne pouvait pas retenir ce critère. Dans un marché sans prix au sens strict, le prix ne peut pas, fort logiquement, être un critère d'attribution. Mais dans une affaire assez proche concernant également un marché de mobilier urbain où en complément des recettes publicitaires résultant de l'exploitation commerciale des mobiliers urbains, les candidats étaient autorisés à solliciter le versement d'un prix, « *c'est-à-dire d'un apport financier de la commune* », le Conseil d'État considère qu'« *il ne ressort pas des pièces du dossier soumis au juge des référés que, compte tenu des prestations demandées aux entreprises ainsi que de la redevance domaniale à verser à la collectivité, le critère du prix éventuellement demandé par les entreprises en complément des recettes publicitaires était dépourvu de pertinence au regard de l'économie du contrat et des conditions de financement des prestations demandées* »[25]. Ici, du fait que la rémunération du cocontractant pouvait résulter pour partie d'un prix, le critère du prix était recevable, car pouvait servir à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Cet arrêt montre combien le critère du prix est important en droit positif, car même pour ce type de marché où l'attributaire peut ne pas être rémunéré par un prix – ou, s'il l'est, le prix ne représente qu'une partie de la rémunération qui peut être très minoritaire – le juge considère, ce qui ne va pas de soi, que le critère du prix est justifié par l'objet du marché et permet de dégager l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'obligation d'utiliser le critère du prix ou du coût posée par l'article 62, II, 2° du décret du 25 mars 2016 en cas de pluralité de critères vient une fois de plus confirmer l'importance du prix dans l'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse.

380. Coût global d'utilisation et les coûts tout au long du cycle de vie du bien – Le prix d'acquisition du bien ou de la prestation de service ou des travaux est souvent insuffisant pour appréhender précisément et

25. Cf. CE, 4 févr. 2009, Commune de Toulon : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 124, note J.-P. Pietri.

complètement leur coût économique. En effet, ce prix n'intègre pas les frais induits par l'utilisation, la maintenance, l'entretien courant. Par exemple, la seule prise en compte du prix d'un véhicule est insuffisante pour réaliser une analyse économique des diverses offres présentées par les candidats intéressés. Il est en effet important de tenir compte de la consommation dudit véhicule, de la fréquence et du coût des vidanges et autres contrôles et entretiens nécessaires à la bonne utilisation de celui-ci. Du reste et de manière générale, s'il est nécessaire pour le pouvoir adjudicateur de prendre en compte le prix de la prestation ou de la fourniture, il est également très utile d'intégrer dans le jugement des offres les coûts induits par l'acte d'achat que sont les charges d'entretien ou d'exploitation et les économies susceptibles d'être réalisées grâce à des innovations ou des progrès technologiques opérés par telle ou telle offre. De même est-il important de prendre en compte ces coûts tout au long du cycle de vie du bien ou du produit.

L'article 62, II, 2° du décret du 25 mars 2016 mentionne le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie. L'article 63, I du décret du 25 mars 2016 décrit avec précision ce qu'il faut entendre par coût du cycle de vie. Il indique en effet, que ce critère incorpore dans la mesure où ils sont pertinents, tout ou partie des coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage :

- les coûts supportés par l'acheteur ou par d'autres utilisateurs, tels que : les coûts liés à l'acquisition, les coûts liés à l'utilisation comme la consommation d'énergie et d'autres ressources, les frais de maintenance, les coûts liés à la fin de vie comme les coûts de collecte et de recyclage ;
- les coûts imputés aux externalités environnementales liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée. Ces coûts peuvent inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique.

L'article 63, II précise que lorsque l'acheteur évalue les coûts selon une approche fondée sur le cycle de vie, il doit indiquer dans les documents de la consultation les données que doivent fournir les soumissionnaires et la méthode qu'il utilisera pour déterminer le coût du cycle de vie sur la base de ces données. En outre, il encadre cette méthode en l'assortissant de conditions. Ainsi spécifie-t-il que la méthode utilisée pour évaluer les coûts imputés aux externalités environnementales doit respecter un ensemble de conditions cumulatives suivantes :

- elle se fonde sur des critères vérifiables de façon objective et non discriminatoire. En particulier, lorsqu'elle n'a pas été prévue pour une application répétée ou continue, elle ne favorise ni ne défavorise indûment certains opérateurs économiques ;
- elle est accessible à toutes les parties intéressées ;

– elle implique que les données requises puissent être fournies moyennant un effort raisonnable consenti par des opérateurs économiques normalement diligents.

Mais ces critères, comme les autres, ne peuvent être utilisés que s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou, depuis l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application du 25 mars 2016, ses conditions d'exécution, et, en conséquence, ils ne seront pertinents que s'ils portent sur un bien durable.

381. Rentabilité – Il s'agit aussi d'un élément d'appréciation utile de l'analyse économique d'une offre. La rentabilité d'une offre peut être définie comme le rapport entre son coût et les avantages économiques qu'elle procure. À cet égard, le choix en faveur d'une offre intégrant de nouvelles technologies permettant, par exemple, de réaliser des économies d'énergie ou de limiter les frais d'entretien, peut-être plus cher à l'achat, mais se révéler plus rentable qu'une offre plus simple dans sa conception technique. Ce critère d'attribution présent à l'article 53 du CMP n'est plus mentionné à l'article 62, II, 2° du décret du 25 mars 2016, mais cette liste n'étant pas limitative, il est toujours possible à l'acheteur de l'utiliser pourvu qu'il soit justifié par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

382. Performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté – Il s'agit ici, certes, d'un critère économique, mais, contrairement aux autres critères économiques susévoqués, il n'a pas de répercussions financières directes sur le pouvoir adjudicateur ; il vise à améliorer la situation économique et sociale de la collectivité et de ses membres dans le cadre de la politique de l'emploi en favorisant l'accès à l'emploi des bénéficiaires de minima sociaux, chômeurs de longue durée et plus globalement des demandeurs d'emploi en grande difficulté du fait, en particulier, d'un manque de formation et de qualification professionnelles. Ce critère a donc une nature économique au sens macroéconomique. Il consiste à juger les offres présentées à l'aune des actions que proposent de mener les candidats lors de l'exécution du marché en faveur de ces personnes en difficulté en réservant, par exemple, un certain nombre d'heures de travail à des personnes en situation de précarité ou d'exclusion et/ou en mettant en œuvre, dans le cadre de cette exécution, des actions de formation à destination de ces personnes. Toutefois, il faut souligner que le pouvoir adjudicateur doit être vigilant dans l'utilisation et l'application de ce critère en veillant tout particulièrement à ce que celles-ci n'aboutissent pas à avantager les candidats locaux et de manière plus générale à respecter les conditions communes de légalité des critères d'attribution que sont la justification par l'objet du marché et l'absence de caractère discriminatoire[26]. En outre, la jurisprudence exige que les conditions de mise en œuvre de ce critère soient précisées dans les documents de la consultation et sanctionne toute incertitude. Ainsi le Conseil d'État sanctionne l'utilisation du recours au critère de l'insertion professionnelle des personnes en difficulté

26. V. CE, 25 juill. 2001, Commune de Gravelines, précité.

au motif que le sous-critère relatif au nombre d'heures d'insertion ne faisait pas clairement apparaître comment s'appliquait l'engagement de l'attributaire relatif au nombre d'heures d'insertion en cas de reprise du personnel du marché précédent[27].

Ce critère parfois qualifié de critère du mieux-disant social est autorisé par la jurisprudence communautaire qui précise qu'il doit respecter le principe de non-discrimination[28]. La Commission pour sa part ajoute que ce critère doit être justifié par l'objet du marché et par ses conditions d'exécution et permettre de dégager l'offre économiquement la plus avantageuse[29]. Il est à observer que ce critère déjà présent à l'article 53 du CMP est conservé par l'article 62, II, 2° du décret du 25 mars 2016, mais est rattaché à la qualité de l'offre.

383. Critères qualitatifs – La qualité est le critère d'attribution mentionné en première position dans la liste des critères de l'article 53 du CMP, ce qui traduit la volonté des pouvoirs publics d'encourager la recherche du mieux-disant plutôt que du moins-disant. Mais ce critère est général et large et, s'il n'est pas précisé, il risque de laisser une trop grande marge de manœuvre au pouvoir adjudicateur et d'enfreindre la condition d'objectivité et de non-discrimination qui doit être attachée à chaque critère d'attribution. La qualité en tant que critère doit donc être qualifiée – s'agit-il d'une qualité technologique ou d'une qualité liée à la consistance, à la solidité et aux performances des matériaux utilisés ? – et précisée, autrement dit l'acheteur public doit indiquer les éléments qualitatifs qu'il a décidé d'utiliser pour juger les offres. À cet égard, le recours à des sous-critères est ici bien venu. Par exemple, pour un marché de travaux, le pouvoir adjudicateur peut décider de prendre en compte la fiabilité et la sécurité des procédés utilisés. Ce critère est maintenu à l'article 62, II, 2° du décret du 25 mars 2016 et est situé à la première place des critères venant compléter le critère du prix ou du coût pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en cas de pluralité de critères. Cet article détaille abondamment les composantes de ce critère et l'entend très largement en y intégrant la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en

27. CE, 28 mai 2014, n° 375941, Commune de Dijon c/Société Carrard Services : Contrats-Marchés publ. 2014, n° 189, note W. Zimmer.
28. CJCE, 20 sept. 1988, n° C-31/87, Beentjes, précité – CJCE, 26 sept. 2000, n° C-225/98, Commission c/ République française : Lebon 2000, p. I-7445, concl. S. Alber ; Contrats-Marchés publ. 2000, n° 37, note F. Llorens.
29. Communication interprétative sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, Doc. COM 2001, 566 final.

difficulté, la biodiversité, le bien-être animal. On peut soutenir que certaines de ces composantes ont un rapport assez distant avec une acception classique, traditionnelle et rigoureuse de la notion de qualité. En tout état de cause, elles doivent être justifiées par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

384. La valeur technique – Sont pris en compte ici les performances et atouts techniques et technologiques des offres formulées par les soumissionnaires. Mais là aussi, ce critère peut apparaître trop imprécis et appellera le plus souvent des précisions y compris au moyen de sous-critères. Pour apprécier cette valeur, le pouvoir adjudicateur peut, dans les documents de la consultation, exiger des candidats qu'ils décrivent les moyens techniques dont ils disposeront et qu'ils utiliseront pour exécuter le marché[30]. Comme indiqué plus haut, la valeur technique est désormais présentée à l'article 62, II, 2° du décret du 25 mars 2016 comme une composante du critère de la qualité. À ce critère de la valeur technique on peut rattacher les critères nouveaux introduits par le décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 dans l'article 53 du CMP et conservés dans l'article 62, II, 2° du décret du 25 mars 2016 que sont l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles.

385. Caractères esthétique et fonctionnel – Ce critère résidant dans l'esthétisme et donc la « *beauté* » de l'offre, mais aussi dans sa fonctionnalité, sa praticité, est utilisable si les conditions de validité applicables à tout critère d'attribution sont remplies[31]. Mais ce critère et en particulier l'esthétisme du projet laissent une part importante à la subjectivité qui, à l'évidence, répond mal à la condition d'objectivité des critères d'attribution. Dès lors, ce critère, quand il est utilisé, doit être précis ; le pouvoir adjudicateur doit indiquer les éléments esthétiques (couleur, forme, aspect architectural, par exemple l'harmonie de l'édifice avec son environnement...) auxquels il sera sensible pour juger les offres. Cette précision est indispensable quand l'acheteur public décide d'attribuer à ce critère une place prépondérante. Ainsi dans l'arrêt précité *Commune de Toulouse*, le Conseil d'État après avoir relevé que la Commune pouvait retenir le critère esthétique considère qu'« *en donnant à ce critère une place prépondérante sans fournir, ni dans les documents contractuels, ni dans sa réponse du 9 décembre 2004 à la demande de renseignements de la société Jean-Claude Decaux, aucune indication sur ses attentes en la matière, la commune de Toulouse, à laquelle l'appréciation du critère esthétique a ainsi conféré en l'espèce une liberté de choix discrétionnaire, n'a pas, par suite, organisé un examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ; que la commune a donc manqué aux obligations de mise en concurrence qui lui incombait* ». Comme indiqué plus haut, les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles de l'offre sont conservées par l'article 62, II,

30. Cf. CE, 12 janv. 2011, Département du Doubs : AJDA 2011, p. 73, obs. R. Grand.
31. Cf. CE, 28 avr. 2006, Commune de Toulouse, précité – CE, 5 nov. 2008, Commune de Saint-Nazaire : Contrats-Marchés publ. 2008, n° 299, note W. Zimmer.

2° du décret du 25 mars 2016 qui les présente désormais comme une composante du critère de la qualité.

386. Caractère innovant – En choisissant ce critère, le pouvoir adjudicateur fait appel aux capacités d'innovation des candidats dans l'élaboration de leur offre. Le recours à ce critère est indiqué quand l'acheteur public, pour un marché complexe, ne maîtrise pas toutes les solutions techniques susceptibles de satisfaire les besoins auxquels doit répondre le marché. Ce critère est maintenu par l'article 62, II, 2° du décret du 25 mars 2016 qui le présente désormais comme une composante du critère de la qualité.

387. Le service après-vente et l'assistance technique – Ce critère est souvent fort utile dans le jugement de l'offre économiquement la plus avantageuse. Les engagements de l'offreur en matière de service après-vente, la durée des garanties (par exemple pour les véhicules), l'assistance technique mise à la disposition du pouvoir adjudicateur ont des répercussions très importantes sur le coût d'utilisation du bien, de la prestation de service ou de l'équipement.

388. Performances en matière de protection de l'environnement – La question de l'adoption de ce critère se pose avec acuité dans un contexte politique et scientifique où le problème environnemental est présenté comme un enjeu majeur en lien avec la question du réchauffement climatique. En outre, elle s'inscrit dans le cadre d'une détermination des besoins à satisfaire par le marché qui doit, en vertu de l'article 5 du CMP et désormais de l'article 30 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, prendre en compte des objectifs de développement durable.

Le critère de la protection de l'environnement est admis par la Cour de justice des Communautés européennes dans le cadre du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse[32]. Néanmoins, pour être valide, l'utilisation de ce critère doit respecter les conditions de légalité sus-étudiées et en particulier être justifié par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution et ne pas permettre au pouvoir adjudicateur une liberté quasiment inconditionnée de choix confinant à lui accorder un pouvoir discrétionnaire. À cet égard, le Conseil d'État souligne que les critères environnementaux et sociaux utilisés par un pouvoir adjudicateur pour la sélection des offres doivent être suffisamment précisés dans les documents de consultation et être justifiés par l'objet du marché[33]. À cette justification par l'objet du marché, la cour administrative d'appel de Lyon ajoute que l'utilisation des performances en matière d'environnement doit présenter un caractère pertinent permettant d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse[34]. En outre, le poids

32. Cf. CJCE, 17 sept. 2002, n° C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab c/ Helsingin kaupunki et HKL-Bussiliikenne, précité.
33. CE, 15 févr. 2013, n° 363921, Société Derichebourg polyurbaine : Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 104, note P. Devillers.
34. CAA Lyon, 3 oct. 2013, Société Faure Vercors : Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 311, obs. M. Ubaud-Bergeron.

relatif attribué à ce critère peut être important[35]. Mais il est à noter que le recours à ce critère n'est pas obligatoire. Ainsi, le Conseil d'État, après avoir rappelé que le développement durable doit être intégré lors de la détermination des besoins, souligne qu'il ne constitue pas un critère obligatoire de sélection des offres[36].

Pour leur part, les directives 2004/17/UE et 2004/18/UE du 31 mars 2004 tout comme désormais les directives 2014-24/UE et 2014/25/UE intègrent dans leur liste indicative des critères d'attribution, les caractéristiques environnementales.

389. Critères temporels – Sont cités par l'article 53 du CMP, la date ou le délai de livraison et la date d'exécution. Ce critère est maintenu par l'article 62, II, 2° du décret du 25 mars 2016 sous la dénomination unique de délai d'exécution. Il est clair que lorsque la satisfaction du besoin du pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est pressante, car elle conditionne le fonctionnement du service public, ces critères sont importants. Mais ces critères comme les autres doivent être justifiés notamment par l'objet du marché[37]. À ces critères peuvent être rattachés les critères nouveaux introduits dans l'article 53 du CMP par le décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 que sont les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, et la sécurité d'approvisionnement. Ces critères sont conservés par l'article 62, II, 2° du décret du 25 mars 2016, le premier étant présenté comme une composante du critère de la qualité.

390. Continuité des critères d'attribution prévus par le droit des marchés publics – Au total, on constate une assez grande similitude des critères d'attribution répertoriés à l'article 53 du CMP et par l'article 62, II, 2° du décret du 25 mars 2016. En effet, mise à part la rentabilité, tous les critères de l'article 53 du CMP sont repris à l'article 62, II, 2° du décret du 25 mars 2016 qui les caractérise comme comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. En outre, le second ajoute à ceux qui étaient contenus dans la liste du premier les critères suivants, qu'il perçoit comme des composantes du critère qualitatif et qui répondent à des préoccupations de notre temps : l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, la biodiversité, le bien-être animal. Enfin, il incorpore à cette liste des critères d'attribution le critère tiré de l'évolution jurisprudentielle signalée plus haut, qui est celui de l'organisation, des qualifications et de l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public lorsque la qualité du

35. CJCE, 4 déc. 2003, n° C-448/01, EVN AG et Wienstrom Gmbh c/ République d'Autriche : Contrats-Marchés publ. 2004, n° 28, note P. Delelis.
36. CE, 23 nov. 2011, Communauté urbaine Nice-Côte d'Azur : Contrats-Marchés publ. 2012, n° 10, note P. Devillers.
37. Il en va ainsi lorsque le marché porte sur l'entretien ou la réparation d'équipements indispensables au fonctionnement du service public comme des réseaux de distribution, en ce sens : CAA Nancy, 12 avr. 2001, Société régionale de bâtiment Scanzi et fils : CP-ACCP 2001, n° 2, p. 31, obs. L. Richer.

personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public.

c) Les autres critères ou critères additionnels

391. Comme l'indique l'article 53 du Code des marchés publics et désormais l'article 62, II, 2° du décret du 25 mars 2016, d'autres critères peuvent être utilisés, s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou, ajoute le second, ses conditions d'exécution. Si bien que la variété de ceux-ci peut entraîner une diversité de critères additionnels. Peuvent être mentionnées à titre d'exemple la cohérence de l'offre ou encore son originalité.

La légalité de ces critères additionnels n'est pas conditionnée par le seul lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution, les autres conditions de légalité étudiées plus haut s'appliquent, c'est pourquoi un critère géographique qui confère une préférence aux entreprises locales est discriminatoire et ne peut donc être retenu. En outre, il violerait les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. De même, ce critère en instaurant une préférence locale, porte atteinte au droit communautaire tant originaire que dérivé[38]. La jurisprudence française considère également comme illégal le recours au critère de préférence locale[39]. Ainsi, dans l'arrêt *Commune de Ventenac-en-Minervois*, le Conseil d'État considère que les motifs du maintien de l'emploi local et de l'acquittement au profit de la commune de la taxe professionnelle ne peuvent justifier le critère de préférence locale, car ils sont sans rapport avec la réglementation des marchés publics.

Toutefois, la prise en compte de la localisation géographique des soumissionnaires est admise si et seulement si leur proximité est une condition fondamentale de la bonne exécution de la prestation objet du marché qui nécessite de la part de l'attributaire une capacité d'intervention rapide[40]. Elle devient alors un élément de choix objectif en rapport avec l'objet du marché. C'est en particulier le cas des marchés publics d'entretien et de maintenance ou encore des marchés de transports routiers de voyageurs[41]. Mais dans ces hypothèses, l'appréciation de l'offre fondée sur la proximité géographique des candidats apparaîtra dans les documents de la consultation non pas comme un critère à part entière, mais comme une précision ou un sous-critère du critère du délai d'exécution ou encore de celui de la qualité des offres.

392. Au total, et concernant l'appréciation du choix des critères d'attribution, il faut réaffirmer que la détermination de ces critères implique une analyse

38. En ce sens : CJCE, 3 juin 1992, n° C-360/89, Commission c/ République italienne : RDI 1992, p. 504, obs. F. Llorens et P. Terneyre.
39. Cf. CE, 29 juill. 1994, Commune de Ventenac-en-Minervois : JCP E 1995, p. 129, obs. M. Guibal – CAA Paris, 9 oct. 2001, Département de Seine et Marne : RFDA 2002, p. 418.
40. CAA Nancy, 12 avr. 2001, Société régionale de bâtiment Scanzi et fils, précité.
41. Pour ces derniers : CAA Marseille, 6 avr. 2007, Préfet des Hautes Alpes : Contrats-Marchés publ. 2007, n° 214.

approfondie des besoins auxquels doit répondre le marché et une bonne connaissance de l'état de l'offre dans le secteur économique concerné. Ainsi est-il inopportun de fixer des critères que toutes, ou quasiment toutes, les entreprises satisfont tout comme des critères qu'aucune entreprise ne peut remplir.

§2. La réalisation du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

393. Avertissement – Cette mise en œuvre ne sera étudiée dans les développements suivants que lorsque la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse est réalisée en ayant recours à une pluralité de critères. Quand elle n'est fondée que sur le critère unique du prix ou du coût, cette détermination se borne à une comparaison des prix ou du coût (dans sa dimension globale) des offres présentées par les candidats, l'offre dont le prix ou le coût est le moins élevé emporte le marché.

A. De la pondération ou de la hiérarchisation des critères d'attribution

I – Signification, avantages et inconvénients respectifs de la pondération et de la hiérarchisation des critères d'attribution

a) Signification

394. La hiérarchisation consiste à classer les critères d'attribution par ordre d'importance, plus précisément, par ordre décroissant d'importance comme l'indique l'article 53, II du CMP et désormais l'article 62, IV du décret du 25 mars 2016. Le classement de chaque critère est donc connu, mais son importance relative, son poids précis par rapport aux autres n'est pas fixé et est donc inconnu. L'importance de l'écart entre les critères hiérarchisés n'est pas chiffrée. Dans ce cadre, les offres seront donc jugées successivement à l'aune de chaque critère.

Au contraire la pondération qui elle aussi classe les critères, détermine l'importance relative de chaque critère, son poids précis par rapport aux autres au moyen d'un coefficient ou d'un pourcentage. L'analyse des offres grâce à ce procédé est donc affinée, plus rigoureuse, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse découlant de l'application à chaque offre des critères pondérés au moyen d'une formule de calcul permettant de lui attribuer une note traduisant sa valeur au regard de chaque critère pondéré. L'offre ayant obtenu le meilleur total est alors retenue.

395. Ainsi définies, les différences entre ces deux procédés sont à nuancer quelque peu.

D'abord, il faut souligner que la hiérarchisation implique un classement et donc une différence d'importance entre les critères d'attribution. Or, cette différence n'a de sens dans l'examen des offres que si elle est précisée, sinon

elle risque de demeurer théorique. Comme l'écrit L. Richer, « *on peut pourtant se demander si la hiérarchisation est concevable sans pondération ; comment, en effet, est-il possible de respecter l'ordre des critères et de prouver qu'on l'a respecté si l'on n'attribue pas sous une forme quelconque un poids à chacun des critères ?* »[42] C'est tellement vrai que, dans un système de hiérarchisation, c'est très fréquemment l'offre arrivée en tête au regard du premier critère qui est déclarée économiquement la plus avantageuse. À cet égard, la jurisprudence sur cette question est éloquente, bon nombre de juridictions administratives censurent les décisions n'attribuant pas le marché au candidat dont l'offre est arrivée en tête sur le critère classé premier[43]. Ainsi, la Cour administrative de Bordeaux dans un arrêt du 31 juillet 2003, *Société bourbonnaise de travaux publics de construction c/ Région de la Réunion*, considère que l'offre présentée par le requérant « *était la plus intéressante de toutes les offres en termes de prix des prestations, lequel constituait, selon le règlement de la consultation, le premier des critères à prendre en compte pour le jugement des offres ; qu'ainsi, et même si cette offre était moins bien classée au regard des critères de la valeur technique et du délai d'exécution* », la décision d'attribuer le marché à un autre candidat est irrégulière et oblige le pouvoir adjudicateur à indemniser le requérant de la totalité du manque à gagner que cette décision lui a fait subir.

Ensuite, la démarche de pondération commence dans un premier temps par un classement des critères par ordre d'importance et donc par une hiérarchisation. Ce n'est que dans un second temps que l'importance relative de chaque critère est fixée, si bien que la pondération peut apparaître comme la mise en œuvre chiffrée de la hiérarchie des critères et donc de la hiérarchisation.

En dépit de ces éléments de rapprochement, la hiérarchisation et la pondération présentent des avantages et des inconvénients.

b) Avantages et inconvénients respectifs de la hiérarchisation et de la pondération des critères d'attribution

396. Le principal avantage de la hiérarchisation est sa souplesse – si le premier critère n'est pas le prix –, car elle laisse une marge d'appréciation dans l'analyse des offres aux organes décisionnaires du pouvoir adjudicateur pour réaliser leur choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Ces organes peuvent en conséquence exercer pleinement leur compétence en effectuant un véritable choix.

Mais ses inconvénients sont importants. C'est ainsi qu'une véritable hiérarchisation est difficile à mettre en œuvre et peut conduire, soit à une analyse comparative des offres où les critères deviendraient en pratique équivalents du fait de l'absence de détermination de leur poids relatif, ce qui fait courir

42. L. Richer, « Hiérarchisation et pondération des critères : aperçu documentaire », CP-ACCP déc. 2004, n° 39, p. 49.

43. TA Lyon, ord., 11 juill. 2002, Société Avenance enseignement : AJDA 2002, p. 923, note J.-D. Dreyfus – TA Paris, 1er juill. 2003, Société SEDES : AJDA 2004, p. 96 et p. 45, note J.-D. Dreyfus – CAA Bordeaux, 31 juill. 2003, Société bourbonnaise de travaux publics de construction c/ Région de la Réunion, req. n° 98BX02241.

des risques juridiques importants à la procédure, car la hiérarchie des critères n'est alors pas respectée, soit à l'attribution automatique du marché à l'offre arrivée en tête au regard du premier critère, ce qui est contestable puisque cela revient à négliger les autres critères et s'apparente à une procédure d'attribution reposant sur un critère unique, celui placé en premier. Cet inconvénient en entraîne donc un autre, car il confère à la hiérarchisation une réelle insécurité juridique. Enfin, la hiérarchisation souvent ne permet pas de dégager précisément et avec un degré de certitude suffisant l'offre économiquement la plus avantageuse et conduit fréquemment à attribuer le marché au moins-disant plutôt qu'au mieux-disant.

397. Le procédé de la pondération, quant à lui, génère de la transparence dans l'analyse des offres, les candidats connaissant avec précision l'appréciation qui sera réalisée sur chaque composante de leur offre puisqu'ils savent la part que chaque critère occupe dans l'analyse et le jugement de leur offre. Cela va les conduire à calibrer leur offre pour répondre au mieux aux critères ayant une forte pondération ce qui permettra au pouvoir adjudicateur de dégager plus aisément la meilleure offre possible au regard de ses besoins tels que traduits par les critères pondérés qu'il a retenus et donc l'offre économiquement la plus avantageuse. La pondération dans cette détermination est donc plus efficace et rigoureuse. Elle conduit – grâce à l'application à chaque offre des critères pondérés qui donne lieu à l'attribution d'une note au regard de chaque critère – à l'offre économiquement la plus avantageuse, puisque cette dernière est celle ayant le plus fort total en application de tous les critères pondérés. Elle est donc le résultat d'un calcul chiffré, mathématique et « *scientifique* » et apparaît donc plus objective, et ce même si une part de subjectivité peut demeurer dans la note attribuée pour chaque critère, même si ce risque est limité par l'élaboration d'une grille de notation.

Toutefois, cette efficacité est conditionnée par une pondération pertinente, c'est-à-dire en adéquation avec les besoins du pouvoir adjudicateur, car si au terme de l'analyse des offres l'acheteur public constate que l'offre arrivée en tête ne répond pas vraiment aux besoins, il ne peut rien changer et doit la désigner attributaire sauf à déclarer la procédure sans suite. Ici, on perçoit l'inconvénient de la pondération : le caractère trop automatique de l'attribution du marché à l'offre classée en tête à l'issue de l'application à chaque offre des critères pondérés, ce qui limite la marge d'appréciation de l'acheteur public et qui empêche de rectifier une erreur notamment dans l'évaluation de l'importance relative des critères.

Au total, le bilan des avantages et inconvénients respectifs de la hiérarchisation et de la pondération des critères d'attribution est favorable à la pondération, ce qui explique que les textes se soient progressivement prononcés en faveur de cette dernière.

II – Un choix fortement limité

398. Tout d'abord, il est intéressant de retracer brièvement l'évolution de la question. Le Code des marchés publics de 1964 en ses articles 95 et 297

prévoyait le recours à des critères d'attribution, mais n'obligeait ni leur hiérarchisation ni leur pondération. Le code de 2001, quant à lui, imposait la hiérarchisation de ceux-ci. Le code de 2004 est le premier qui fait référence à la pondération des critères d'attribution, mais adopte une rédaction assez ambiguë : « *les critères sont pondérés ou à défaut hiérarchisés* » ce qui pouvait être interprété comme laissant la liberté au pouvoir adjudicateur d'opter soit pour la pondération soit pour la hiérarchisation des critères. Mais cette interprétation fut censurée par le Conseil d'État qui considéra « *qu'il résulte de ces dispositions que c'est seulement si la pondération des critères d'attribution est impossible que la personne publique qui s'apprête à passer un marché peut se borner à procéder à leur hiérarchisation* »[44]. En outre, l'absence illégale de pondération constitue un vice de nature à justifier la nullité du marché au motif qu'elle méconnaît le principe d'égalité des candidats[45]. Dès lors, quand le pouvoir adjudicateur recourt à la hiérarchisation, il doit démontrer que la pondération est impossible pour le marché qu'il passe[46].

399. L'article 53, II du Code des marchés publics de 2006 pour sa part est très clair sur la question : la pondération est le principe, la hiérarchisation l'exception. En effet, en son alinéa premier, il impose au pouvoir adjudicateur quand celui-ci recourt à une procédure formalisée autre que le concours[47] de pondérer les critères d'attribution qu'il a choisis. Ce n'est que lorsqu'il estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible qu'il pourra, conformément à l'alinéa 3 de cet article, recourir à la hiérarchisation des critères[48] et, dans ce cas, il devra indiquer les critères par ordre décroissant d'importance. Le décret du 25 mars 2016 conserve cette solution en son article 62, IV, qui dispose que « *pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, les critères d'attribution font l'objet d'une pondération ou, lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, sont indiqués par ordre décroissant d'importance* » ; toutefois, il n'exonère plus l'acheteur de l'obligation de pondération en procédure de concours. Mais il faut souligner que les hypothèses où la pondération est impossible sont rarissimes et la démonstration de cette impossibilité sera en tout état de cause très difficile à établir et, en conséquence, très aléatoire, et ce d'autant plus que la justification tirée de la complexité du

44. CE, 29 juin 2005, Commune de La Seyne-sur-Mer : JurisData n° 2005-068668 ; Contrats-Marchés publ. 2005, n° 243, note F. Olivier ; voir aussi, confirmant cette solution : CE, 7 oct. 2005, Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole : Contrats-Marchés publ. 2005, n° 298, note F. Olivier – CE, 26 janv. 2006, Département de la Seine-Saint-Denis : Contrats-Marchés publ. 2006, n° 71, note W. Zimmer.
45. CAA Marseille, 16 oct. 2008, Communauté d'agglomération de Montpellier : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 29, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteau.
46. CE, 4 nov. 2005, Commune de Bourges : JurisData n° 2005-069166 ; Contrats-Marchés publ. 2006, n° 4, note F. Olivier.
47. Pour une application de la dispense de pondération pour la procédure du concours sous l'empire du CMP : CE, 27 févr. 2013, Commune de Nîmes : Contrats-Marchés publ. 2013, n° 5, comm. 138, obs. M. Ubaud-Bergeron.
48. Pour un exemple d'application de cette règle : CAA Bordeaux, 27 oct. 2011, SARL Arts et Bâtiments : Contrats-Marchés publ. 2012, n° 14, obs. M. Ubaud-Bergeron.

marché qui était mentionnée à l'article 53, II du CMP ne convainc pas, car elle a plutôt pour effet de rendre encore plus nécessaire la pondération des critères. Si plusieurs critères d'attribution ont été fixés, on ne voit pas pourquoi il serait matériellement impossible de les pondérer. Dès lors, cette exception à l'obligation de pondérer est en pratique très difficile, voire impossible, à mettre en œuvre sans encourir la censure du juge en cas de contentieux. Par conséquent, en procédure formalisée la seule exception véritable à l'obligation de pondérer les critères d'attribution concernait le concours puisque pour cette procédure la pondération n'était pas obligatoire.

400. En revanche, le recours à la hiérarchisation est plus envisageable en procédure adaptée. En effet, l'article 53, II et désormais l'article 62, IV du décret du 25 mars 2016 exonèrent le pouvoir adjudicateur qui passe un marché en procédure adaptée de l'obligation de procéder à la pondération des critères. Mais l'importance de ce tempérament est également à nuancer.

Ainsi, même pour ceux-ci, les principes fondamentaux de la commande publique et la règle de l'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse s'appliquent, la pondération des critères étant un moyen de respecter ces principes et cette règle, elle est donc indiquée aussi ici à défaut d'être obligatoire.

III – Pondération des critères d'attribution et publicité des critères pondérés

a) Pondération des critères d'attribution

401. Le pouvoir adjudicateur se voit reconnaître la liberté dans la pondération des critères d'attribution[49]. Mais cette liberté est conditionnée au respect des principes et des règles encadrant le choix des critères d'attribution. C'est ainsi en particulier que la pondération dégagée ne doit pas porter atteinte à l'égalité des candidats[50] et doit permettre d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse grâce à « *une évaluation synthétique des critères retenus* »[51]. La pondération élaborée doit aussi respecter le principe de transparence des procédures, c'est pourquoi quand l'acheteur public attribue à un critère une importance essentielle, il est tenu de détailler ses attentes au sujet de ce critère[52].

Pour mettre en œuvre les critères d'attribution pondérés, il est souvent nécessaire de les préciser notamment quand ces critères sont généraux, comme la valeur technique de l'offre. Le pouvoir adjudicateur peut alors avoir recours à des sous-critères qui permettent d'affiner l'analyse. Mais dans ce cas, on peut légitimement se demander si ses sous-critères doivent également être pondérés,

49. CJCE, 27 oct. 2005, n° C-234/03, Contse SA, Vivisol SARL, Oxygen Salud SA, précité.
50. Cf. CE, 10 mai 2006, Société Schiocchet : Contrats-Marchés publ. 2006, n° 205, note J.-P. Piétri.
51. CJCE, 4 déc. 2003, n° C-448/01, EVN AG et Wienstrom Gmbh c/ République d'Autriche, précité.
52. Cf. CE, 28 avr. 2006, Commune de Toulouse, précité.

c'est-à-dire si le pouvoir adjudicateur doit juridiquement établir une pondération à l'intérieur des critères pondérés, autrement dit une sous-pondération. En première analyse, on peut observer que ni les textes ni la jurisprudence n'imposent expressément de pondérer les sous-critères utilisés. À l'heure où nous écrivons, le Conseil d'État ne s'est pas prononcé expressément et totalement clairement sur la question et on peut donc estimer qu'un doute subsiste.

Heureusement, des arrêts désormais nombreux fournissent des éléments de réponse. D'abord, la Cour administrative d'appel de Bordeaux considère que les dispositions de l'article 53, II du CMP « *ne visent expressément que les critères d'attribution des marchés publics, et non les sous-critères utilisés le cas échéant pour en faciliter l'application* » et ajoutent « *si rien ne s'oppose à ce que la personne publique s'abstienne dès lors de pondérer à l'avance ces sous-critères, c'est sous réserve que ces derniers ne revêtent pas eux-mêmes, en fait, le caractère de véritables critères* ». Ainsi, tant que les sous-critères se bornent à constituer « *une aide complémentaire et marginale à la décision* », ils peuvent ne pas être pondérés ; en revanche, s'ils sont de véritables éléments d'appréciation qui par leur importance influent sur le jugement des offres, ils s'apparentent à de véritables critères d'attribution et en conséquence ils doivent donner lieu à une pondération[53]. Ensuite, le caractère facultatif de la pondération des sous-critères est confirmé, mais de manière implicite par le Conseil d'État. Ce dernier dans son arrêt *Commune de Saint-Pal-de-Mons*[54] s'exprime ainsi : « *si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés…* » On peut donc estimer que, par ces termes, la haute juridiction sous-entend qu'une telle pondération relève d'une décision discrétionnaire de l'acheteur public. Dans cet arrêt, il relève que si, pour les motifs analogues à ceux relevés par la Cour administrative d'appel de Bordeaux dans l'arrêt susévoqué, ses sous-critères doivent être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection, le pouvoir adjudicateur doit porter à la connaissance des candidats leur pondération ou leur hiérarchisation. Autrement dit, il tire de cette assimilation des sous-critères à des critères, non pas que ceux-ci soient obligatoirement pondérés, mais que s'ils le sont, la pondération doit être publiée dans les documents de la consultation[55]. Cette solution, à moins que cela soit seulement la rédaction de l'arrêt, est ambiguë, car si les sous-critères sont pour les motifs susévoqués en réalité des critères, ils doivent être traités comme tels et ils doivent faire l'objet d'une pondération qui doit faire l'objet d'une publicité. Il nous semble que c'est cette interprétation qu'il faut retenir. Dès lors, si les sous-critères sont de

53. CAA Bordeaux, ord., 12 oct. 2007, Région Réunion c/ Préfet de la Réunion : Contrats-Marchés publ. 2007, n° 291, note W. Zimmer.
54. CE, 18 juin 2010, Commune de Saint-Pal-de-Mons : JurisData n° 2010-009438 ; Contrats-Marchés publ. 2010, n° 271, note P. Rees.
55. Pour des applications de cette solution : CAA Versailles, 30 juin 2011, Société STEM Propreté : Contrats-Marchés publ. 2011, n° 291, obs. F. Llorens – CAA Bordeaux, 27 oct. 2011, SARL Arts et Bâtiment, précité – CE, 4 juill. 2012, Ministre de la Défense et des anciens Combattants : Contrats-Marchés publ. 2012, n° 10, comm. 271, note J.-P. Pietri.

simples précisions ou éléments d'appréciation, l'acheteur peut les faire connaître aux candidats sans les assortir d'une pondération ou hiérarchisation elles-mêmes communiquée aux candidats[56], soit ces sous-critères, du fait qu'ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection, sont assimilables à des critères de sélection des offres, ils doivent alors être traités comme tels et donc faire l'objet d'une pondération qui est publiée dans les documents de la consultation. Par ailleurs et pour en terminer avec les sous-critères, il faut signaler que ces derniers comme les critères d'attribution doivent être justifiés par l'objet du marché[57].

402. En outre, la jurisprudence vient préciser les conditions de légalité de la pondération des sous-critères. La Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt *Viaggi di Maio*[58] affirme ainsi que « *le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une commission d'adjudication accorde un poids spécifique aux sous-éléments d'un critère d'attribution établis d'avance* (...) *à condition qu'une telle décision :*

- *ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché ;*
- *ne contiennent pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation ;*
- *n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires* ».

De plus, la CJCE précise que le pouvoir adjudicateur ne peut légalement fixer ultérieurement (après la présentation des offres et après le décachetage des demandes de manifestation d'intérêt) la pondération des critères et dégager des sous-critères[59]. Ces derniers doivent donc être déterminés dans les documents de la consultation ; en revanche, la pondération de ces sous-critères peut être fixée après l'élaboration de ces documents, mais avant l'ouverture des plis, si les conditions susévoquées sont remplies.

Le Conseil d'État, quant à lui, a considéré à son tour que les sous-critères utilisés par le pouvoir adjudicateur doivent figurer dans le document de

56. CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse : Contrats et Marchés publ. 2010, n° 5, comm. 165, note W. Zimmer – CAA Nantes, 20 juill. 2012, Société Axiroute : Contrats-Marchés publ. 2012, n° 11, comm. 311, obs. M. Ubaud-Bergeron – CAA Nancy, 23 juill. 2015, Société Bancel : Contrats-Marchés publ. 2015, n° 10, comm. 237, obs. H. Hoepffner.
57. CE, 18 déc. 2012, UGAP : Contrats-Marchés publ. 2013, n° 2, comm. 32, obs. M. Ubaud-Bergeron.
58. CJCE, 24 nov. 2005, n° C-331/04, ATI EAC e Viaggi di Maio : JCP A 2005, n° 1389, p. 1886, note F. Linditch ; CP-ACCP 2006, n° 53, p. 60, note M. Jacob.
59. CJCE, 24 janv. 2008, n° C-532/06, Emm. G. Lianakis AE e. a. c/ Dimos Alexandroupolis e. a. : Contrats-Marchés publ. 2008, n° 54, note W. Zimmer ; BJCP 2009, p. 299 ; CP-ACCP 2008, n° 75, p. 12.

consultation[60], tandis que la cour administrative d'appel de Bordeaux fait application des conditions de légalité posées par la Cour de justice des Communautés européennes relatives à la pondération de sous-critères intervenue après l'élaboration des documents de consultation[61]. En l'espèce, la cour administrative d'appel de Bordeaux dans son arrêt 14 mai 2009, *Communauté d'agglomération du territoire de la côte Ouest* estime que la détermination de sous-critères et leur pondération intervenues après cette élaboration étaient de nature à influencer la préparation de leur offre et, qu'en conséquence, elle entachait d'irrégularité la procédure de passation du marché.

Au total, il faut conseiller aux pouvoirs adjudicateurs, quand ils utilisent des critères généraux comme la valeur technique, les caractères esthétiques et fonctionnels ou encore les performances en matière de protection de l'environnement, de les préciser au moyen de sous-critères. Ces derniers doivent alors obligatoirement être mentionnés dans les documents de la consultation et s'ils influent sur le jugement des offres – ce qui est normalement le cas – ils doivent être pondérés. Cette pondération doit obligatoirement précéder la présentation des offres et il est fortement conseillé de la faire apparaître dans les documents de la consultation, tant il est vrai que cette pondération très souvent va influer sur la préparation par les candidats de leur offre.

403. Modalités de la pondération – L'établissement de la pondération débute par la hiérarchisation des critères d'attribution. Toutefois, certains critères peuvent se voir accorder une importance égale et occuper le même rang dans la hiérarchie des critères. Une fois ce classement réalisé, le pouvoir adjudicateur affuble chaque critère d'attribution d'un poids au moyen notamment d'un pourcentage, d'un coefficient, d'un nombre de points, d'une « *fourchette dont l'écart maximal doit être approprié* » selon l'article 53 de la directive 2004/18 et 53, II, 2e alinéa du CMP et désormais l'article 67.5 de la directive 2014/24/UE et l'article 62, IV du décret du 25 mars 2016 ou de tout autre procédé mathématique. Cette pondération doit correspondre le plus possible au besoin du pouvoir adjudicateur et aux résultats du marché qu'il attend en termes de réponse à ce besoin. Elle nécessite donc une définition préalable des besoins très pointue. Eu égard à ces derniers et à la situation de l'offre du secteur économique concerné, le pouvoir adjudicateur devra trouver un bon équilibre ou proportion entre les critères relatifs à la qualité des offres et ceux concernant leur coût.

60. CE, 1er avr. 2009, Ministre d'État, ministre de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de l'Aménagement du Territoire : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 171, note J.-P. Piétri ; JCP A 2009, n° 2170, note F. Linditch – CE, 6 avr. 2016, Commune de Bohalle : Contrats-Marchés publ. 2016, n° 6, comm. 147, note M. Ubaud-Bergeron.

61. CAA Bordeaux, 14 mai 2009, Communauté d'agglomération du territoire de la côte Ouest : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 275, obs. F. Llorens ; CP-ACCP 2009, n° 90, p. 18, obs. L. Vidal.

Cette pondération doit présenter de la pertinence, en particulier au regard de l'objet du marché, le juge administratif exerçant un contrôle de celle-ci[62], mais il ne censure un tel défaut de pertinence que s'il est de nature à léser le requérant[63]. Par exemple, dans son ordonnance du 30 octobre 2008, *Groupement d'information et de soutien des immigrés*, le tribunal administratif de Paris annule la procédure de passation d'un marché public par le ministère de l'Immigration portant sur l'information des étrangers retenus en centre de rétention sur leurs droits, au motif que le critère d'attribution relatif à la qualification juridique se voit accorder une pondération inférieure à 15 %. En outre, le Conseil d'État précise que le juge des référés précontractuels n'est tenu de censurer un manquement aux obligations de mise en concurrence provenant du système d'évaluation des offres déterminé par le pouvoir adjudicateur, que si ce manquement résulte d'une erreur manifeste de celui-ci dans le choix des critères et de leurs modalités de mise en œuvre[64].

404. Ensuite, le pouvoir adjudicateur doit réfléchir à la méthode de notation des offres, c'est-à-dire définir comment les offres seront évaluées au regard des critères et donc ***élaborer une grille ou une échelle de notation***.

b) Publicité des critères et de leur importance relative

405. Le principe de transparence des procédures oblige à communiquer le plus tôt possible, c'est-à-dire dès l'engagement de la procédure, les critères d'attribution du marché et leurs conditions de mise en œuvre. Dans un récent et important arrêt, le Conseil d'État[65] souligne ainsi que « *pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné* ». L'information des candidats sur les conditions de mise en œuvre impose de publier également la pondération des critères d'attribution, l'absence d'une telle publication vicie

62. TA Paris, ord., 30 oct. 2008, Groupement d'information et de soutien des immigrés : Dr. adm. 2008, n° 164, note L. Hugon et N. Gardères.
63. CE, 8 juill. 2009, Ministre de la Justice : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 294, obs. F. Llorens.
64. CE, 20 févr. 2013, Société American Express voyages : Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 117, note J.-P. Pietri.
65. CE, 30 mars 2009, Agence nationale pour l'emploi : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 121, note W. Zimmer ; AJDA 2009, p. 602, note J.-D. Dreyfus.

la procédure de passation du marché[66]. Cette publicité des critères et de leur pondération s'opère au moyen de leur mention dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Le Conseil d'État a en outre indiqué à propos d'un marché passé en procédure adaptée que les critères de sélection des offres, qu'ils soient pondérés ou hiérarchisés, et de leur condition de mise en œuvre devaient faire l'objet d'une information des candidats dépourvue d'ambiguïté[67].

De même, les sous-critères doivent faire l'objet d'une telle publicité[68]. La pondération de ces sous-critères peut ne pas faire l'objet d'une publicité si les conditions susmentionnées de l'arrêt *Viaggi di Maio* rendu par la Cour de justice des Communautés européennes[69] sont réunies. En revanche, le pouvoir adjudicateur doit informer les candidats potentiels de la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères si cette pondération ou cette hiérarchisation sont par leur nature et par leur importance susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres et leur sélection[70].

En revanche, la publicité des conditions de mise en œuvre des critères d'attribution n'impose pas de porter à la connaissance des candidats, la méthode de notation des offres. En effet, le Conseil d'État[71] indique que si le respect des principes fondamentaux de la commande publique oblige d'indiquer dans les documents de consultation d'un marché les critères d'attribution du marché et leurs conditions de mise en œuvre, il n'oblige pas d'informer les candidats de la méthode de notation des offres.

66. CJCE, 24 janv. 2008, n° C-532/06, Emm. G. Lianakis AE e. a. c/ Dimos Alexandroúpolis e. a, précité – CE, 9 août 2006, Société Hairis SAS : Contrats-Marchés publ. 2006, n° 258 ; BJCP 2006, p. 478.
67. CE, 26 sept. 2012, GIE « Groupement des poursuites extérieures », Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 303, note P. Dewilers.
68. CJCE, 24 janv. 2008, n° C-532/06, Emm. G. Lianakis AE e. a. c/ Dimos Alexandroúpolis e. a, précité – CE, 1er avr. 2009, Ministre d'État, ministre de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de l'Aménagement du Territoire, précité – CE, 18 juin 2010, Commune de Saint-Pal-de-Mons, précité.
69. CJCE, 24 nov. 2005, n° C-331/04, Viaggi di Maio, précité.
70. CE, 18 juin 2010, Commune de Saint-Pal-de-Mons, précité – CAA Versailles, 30 juin 2011, Société STEM propreté : AJDA 2010, p. 1483, note S. Davesne – CAA Lyon, 17 févr. 2011, n° 09LY01511, Société Crystal – CE, 4 juill. 2012, Ministre de la Défense et des anciens Combattants : Contrats-Marchés publ. 2012, n° 10, comm. 271, note J.-P. Pietri.
71. CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 240, note P. Dewilers – CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 239, note P. Dewilers – CE, 18 déc. 2012, Département de Guadeloupe : Contrats-Marchés publ. 2013, n° 2, comm. 28, note W. Zimmer ; solution appliquée à propos de la notation des sous-critères, notamment CAA Marseille, 10 juin 2015, Société coopérative de peinture et d'aménagement : Contrats-Marchés publ. 2015, n° 8-9, comm. 20, note M. Ubaud-Bergeron.

Ces règles de publicité des critères, sous-critères et de leur pondération s'appliquent aussi bien pour les marchés passés en procédure adaptée que ceux conclus en procédure formalisée[72].

Au total, pèse sur le pouvoir adjudicateur une obligation de dispenser aux candidats potentiels une information suffisante concernant les critères d'attribution et leurs conditions de mise en œuvre. L'absence ou l'insuffisance de publicité des critères d'attribution vicie la procédure[73].

B. Analyse des offres et détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse

I – Analyse des offres

406. Les offres sont examinées minutieusement au regard des critères d'attribution qui ont été dégagés. Sont d'abord écartées et donc éliminées les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables. Sont inappropriées les offres qui apportent une réponse sans rapport avec les besoins et les exigences exprimés par le pouvoir adjudicateur, elles sont donc non conformes à l'objet du marché. Ces offres non conformes doivent obligatoirement être éliminées[74]. Sont irrégulières, les offres incomplètes ou qui ne respectent pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation ou qui méconnaissent la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale. Ces offres incomplètes et donc irrégulières doivent obligatoirement être éliminées par le pouvoir adjudicateur qui ne peut demander au candidat concerné de compléter son offre[75]. Sont inacceptables les offres qui ne peuvent être financées, car elles sont sans commune mesure avec les crédits budgétaires alloués à l'opération objet du marché tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure.

Conformément à l'article 53, III du CMP, « *les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables sont éliminées* ». Ici comme ailleurs en droit positif, l'emploi du mode indicatif vaut impératif, par conséquent le pouvoir adjudicateur doit obligatoirement éliminer ces offres. Enfin, l'attribution du marché à un candidat ayant présenté une offre non conforme est une cause de nullité du marché[76]. Le décret du 25 mars 2015 atténue la rigueur de la règle qui était

72. CE, 30 mars 2009, Agence nationale pour l'emploi, précité – CE, 24 févr. 2010, Communauté de communes Enclave des Papes : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 131, note W. Zimmer.
73. CJCE, 20 sept. 1988, n° C-31/87, Beentjes, précité – CE, 30 janv. 2009, ANPE, précité – CAA Bordeaux, 14 oct. 2014, n° 13BX01585, Commune de Roquefort-sur-Soulzon : Contrats-Marchés publ. 2015, n° 12, comm. 334, obs. M. Ubaud-Bergeron.
74. En ce sens, notamment CAA Paris, 31 déc. 2009, Communauté d'agglomération de la Plaine centrale du Val de Marne : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 137, obs. F. Llorens.
75. En ce sens : CE, 4 mars 2011, Région Réunion : Contrats-Marchés publ. 2011, n° 132, note W. Zimmer ; AJDA 2011, p. 478, obs. R. Grand.
76. CE, 10 déc. 2003, Institut de recherche pour le développement : Contrats-Marchés publ. 2004, n° 31, note J.-P. Piétri ; AJDA 2004, p. 394, note J.-D. Dreyfus.

ainsi posée par l'article 53, III du CMP. En effet, l'article 59, II, III et IV prévoit que dans les procédures d'appel d'offres et les procédures adaptées sans négociation, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. Dans les autres procédures, les offres inappropriées sont éliminées. Les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables à l'issue de la négociation ou du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. Lorsque la négociation ou le dialogue a pris fin, les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles des offres.

Dans le cadre du jugement des offres, la personne ou l'organe compétent du pouvoir ou de l'entité adjudicateur examinent avec attention les offres reçues. Ils réalisent une étude comparative de ces offres qui doit consister en leur comparaison effective[77]. Cet examen doit être sérieux, objectif et non discriminatoire. Il repose donc sur une étude complète des offres et leur fait application des critères d'attribution dégagés et pondérés ou exceptionnellement hiérarchisés.

II – Détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse : une liberté de choix limitée

407. Si la liberté de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse existe, elle est néanmoins limitée. En effet, la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse résulte de l'application rigoureuse des critères d'attribution et de leur pondération et doit pouvoir être justifiée. Au demeurant, elle peut donner lieu à un contrôle juridictionnel. Enfin, un droit de préférence est accordé aux offres présentées par certains candidats.

a) Application stricte des critères d'attribution et de leur pondération

408. La phase de jugement des offres en cas de pluralité de critères consiste en l'application rigoureuse à chaque offre des critères pondérés. Cet examen doit prendre en compte tous les critères d'attribution préalablement fixés, en en omettant aucun[78] et respecter leur pondération ou leur hiérarchisation. C'est pourquoi ni ces critères ni leur pondération ne peuvent être modifiés durant le

77. CE, 1er avr. 1994, SA Établissements J. Rihard-Ducros : RDI 1994, p. 445, obs. F. Llorens et P. Terneyre.

78. CE, 1er avr. 2009, Société des autoroutes du Sud de la France : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 209, note J.-P. Piétri.

déroulement de la procédure et notamment lors de l'examen des offres[79]. Il n'est donc pas possible d'ajouter et d'utiliser d'autres critères que ceux qui ont été prédéterminés et portés à la connaissance des candidats[80].

409. L'évaluation de chaque offre au regard des critères d'attribution pondérés conduit le pouvoir adjudicateur à appliquer la méthode de notation qu'il a mise au point. Grâce à cette application, l'offre économiquement la plus avantageuse sera l'offre qui aura obtenu le total des notes le plus élevé. Elle se dégage donc d'un processus mathématique qui limite la liberté de choix de l'acheteur public. Toutefois, la méthode de notation et la grille ou l'échelle de notation retenues laissent dans l'exercice de notation une marge d'appréciation variable : plus cette méthode et cette grille sont simples plus cette marge est grande, plus elles sont détaillées et font appel à des modes de calcul des notes aboutis (et souvent complexes), moins cette marge est grande. Mais en tout état de cause, la méthode de notation choisie ne doit pas fausser la pondération des critères en étant de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération[81].

410. Toutefois, que le critère du prix soit l'unique critère de jugement des offres ou un critère parmi d'autres, si le prix d'une offre lui paraît anormalement bas, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter conformément à l'article 55 du CMP. Mais il ne peut prendre une telle décision qu'après avoir demandé à l'auteur de cette offre des précisions sur la teneur et la composition de son offre et après avoir analysé et vérifié les explications fournies par ce dernier. Si le candidat auteur de l'offre ne répond pas à la demande d'explications formulée par le pouvoir adjudicateur, ce dernier peut légitimement rejeter son offre au motif qu'elle est anormalement basse[82].

Mais une telle décision sous l'empire du CMP n'est qu'une possibilité, le pouvoir adjudicateur n'est jamais tenu d'écarter une offre anormalement basse, il dispose donc en la matière d'un pouvoir discrétionnaire. Il peut la déclarer attributaire si le prix est le seul critère d'attribution ou si elle arrive en tête au terme de l'application des critères pondérés ou hiérarchisés. Mais une telle décision s'avère très risquée. En effet, ce type d'offre cache souvent l'omission par son auteur de l'évaluation d'une partie de la prestation qui laisse augurer des problèmes très sérieux lors de l'exécution du marché ou les

79. CE, 28 juill. 2000, Commune de Villefranche sur Rouergue : Contrats-Marchés publ. 2000, n° 9, note F. Llorens – CE, 1er avr. 2009, Ministre d'État, ministre de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de l'Aménagement du Territoire, précité.

80. CAA Bordeaux, 8 déc. 2011, CCI Pointe-à-Pitre : Contrats-Marchés publ. 2012, n° 48, obs. M. Ubaud-Bergeron.

81. CE, 3 nov. 2014, Commune de Belleville-sur-Loire : Contrats-Marchés publ. 2015, n° 2, comm. 39, note P. Devillers – CE, 1er juill. 2015, Société nouvelle d'entreprise générale du Sud-Ouest : Contrats-Marchés publ. 2015, n° 10, comm. 233, note J.-P. Pietri – CAA Paris, 8 févr. 2016, Société RJ45 Technologies : Contrats-Marchés publ. 2016, n° 4, comm. 99, obs. H. Hoepffner.

82. CAA Bordeaux, 17 nov. 2009, Syndicat intercommunal de collecte et de traitement des ordures ménagères Nord : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 70, obs. F. Llorens.

difficultés graves auxquelles se trouve confronté celui-ci et qui le conduisent à rogner excessivement sur sa marge ce qui risque, au contraire, d'accentuer ces difficultés et obère la bonne exécution du marché. En conséquence, l'offre anormalement basse n'est pas économiquement la plus avantageuse, ses risques, et en particulier celui de défaillance de l'attributaire auteur d'une telle offre, engendrent la nécessité fort probable pour le pouvoir adjudicateur de consentir d'onéreux avenants destinés à permettre l'exécution de la prestation objet du marché. C'est pourquoi le décret du 25 mars 2016 est beaucoup plus précis et contraignant concernant le traitement de l'offre anormalement basse et laisse une marge de manœuvre à l'acheteur beaucoup plus réduite. En effet, en son article 60 ce décret indique que lorsqu'une offre lui semble anormalement basse, l'acheteur doit exiger que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre. Il ajoute que l'acheteur peut prendre en considération des justifications relatives notamment :

- au mode de fabrication des produits, aux modalités de la prestation des services, au procédé de construction ;
- aux solutions techniques adoptées ou aux conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux ;
- à l'originalité de l'offre ;
- à la réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations ;
- à l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

De plus, cet article indique que l'acheteur doit rejeter l'offre :

- lorsque les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés ;
- lorsqu'il établit que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations applicables dans les domaines du droit de l'environnement, social et du travail établies par le droit français, le droit de l'Union européenne, la ou les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit de l'environnement, social et du travail figurant sur une liste publiée au *Journal officiel de la République française*.

En revanche si l'acheteur constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire, il ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par l'acheteur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Enfin, l'acheteur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission européenne. Il est à souligner que concernant la détection des offres anormalement basses, la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique introduit dans l'article 53 de l'ordonnance du 23 juillet 2016

l'obligation pour l'acheteur de mettre en œuvre tous moyens pour détecter les offres anormalement basses lui permettant de les écarter.

b) Justification du choix de l'attributaire opéré

411. Les juridictions administratives exerçant un contrôle du choix de l'attributaire, le pouvoir adjudicateur doit pouvoir justifier ce choix et donc démontrer que l'offre retenue est bien économiquement la plus avantageuse. Par ailleurs, le Code des marchés publics et, désormais, le décret du 25 mars 2016 imposent dans certaines hypothèses au pouvoir adjudicateur la motivation des choix qu'il a réalisés. Ainsi, l'article 79 de ce code le contraignait à cette motivation pour les procédures formalisées dans le rapport de présentation. Cette obligation est reprise à l'article 105 du décret du 25 mars 2016 qui impose au pouvoir adjudicateur d'indiquer dans ce rapport de présentation à la fois le nom des soumissionnaires dont l'offre a été rejetée et les motifs de ce rejet et le nom du titulaire et les motifs du choix de son offre. Cette motivation doit être suffisamment précise et fouillée et se fonder sur l'analyse des offres au regard des critères d'attribution pondérés ou hiérarchisés prédéterminés. De même, l'article 80 du Code des marchés publics obligeait le pouvoir adjudicateur toujours en procédure formalisée, une fois qu'il a fait son choix pour une offre, à notifier aux candidats ayant remis une offre le rejet de leur offre en leur exposant les motifs de ce rejet. Désormais, cette obligation est posée à l'article 99, II du décret du 25 mars 2016 qui précise que pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, l'acheteur, dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre, notifie à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou de son offre en lui indiquant les motifs de ce rejet. Il ajoute que lorsque cette notification intervient après l'attribution du marché, cette notification doit indiquer le nom de l'attributaire et préciser les motifs du choix en faveur de son offre. Le pouvoir adjudicateur devra donc justifier ce choix en exposant les avantages de l'offre retenue au regard des critères d'attribution et en quoi elle est économiquement la plus avantageuse. Enfin, l'article 83 obligeait le pouvoir adjudicateur à communiquer à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue à l'article 80 du CMP susévoquée, les motifs du rejet de son offre dans les quinze jours de la réception d'une demande écrite à cette fin. Si le candidat a vu son offre écartée alors qu'elle n'était, aux termes de l'article 35 du CMP, ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, le pouvoir adjudicateur devait lui communiquer les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché. L'article 99, II du décret du 25 mars 2016 prévoit une obligation d'information très proche. Ainsi indique-t-il qu'« *à la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre qui n'a pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, l'acheteur communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande (...) lorsque le marché public a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue* ».

c) Avantages accordés à certains candidats

412. Le Code des marchés publics accordait un droit de préférence à certains candidats. Dans l'exercice du choix de l'attributaire du marché, le pouvoir adjudicateur devait ainsi tenir compte du droit de préférence accordé par le Code des marchés publics à l'offre présentée par certains candidats. En effet, un droit de préférence était accordé par l'article 53, IV, 1° à égalité de prix ou à équivalence des offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par une entreprise adaptée, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes. Du reste, quand le marché concernait, en tout ou en partie, des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans, des sociétés coopératives ouvrières de production, des entreprises adaptées, le pouvoir adjudicateur devait, avant toute mise en concurrence, déterminer les prestations qui, dans la limite du quart de leur montant, à équivalence d'offres, seraient attribuées par préférence à ceux-ci. De même, quand le marché avait pour objet, en tout ou en partie, des travaux à caractère artistique, le droit de préférence sus-signalé au profit des sociétés coopératives d'artistes ou des artisans d'art s'exerçait jusqu'à concurrence de la moitié du montant de ces travaux.

413. L'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret du 25 mars 2016 abandonnent ce droit de préférence au profit du dispositif des marchés réservés, consacrant l'existence d'une commande publique sociale. Les articles 36 et 37 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 offrent ainsi aux acheteurs la possibilité de réserver des marchés publics respectivement aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés et aux entreprises de l'économie sociale et solidaire.

L'article 36, I prévoit en effet que des marchés publics ou des lots d'un marché public peuvent être réservés à des entreprises adaptées visées à l'article L. 5213-13 du Code du travail, à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés à l'article L. 344-2 du Code de l'action sociale et des familles ainsi qu'à des structures équivalentes, lorsqu'ils emploient une proportion minimale, fixée par voie réglementaire, de travailleurs handicapés qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales. De même, l'article 36, II autorise les acheteurs à réserver des marchés publics ou des lots d'un marché public autres que ceux de défense ou de sécurité à des structures d'insertion par l'activité économique mentionnées à l'article L. 5132-4 du Code du travail et à des structures équivalentes, lorsqu'elles emploient une proportion minimale, fixée par voie réglementaire, de travailleurs défavorisés. L'article 13 du décret du 25 mars 2016 fixe la proportion minimale de travailleurs handicapés ou de travailleurs défavorisés à 50 %. Il est à souligner que conformément à l'article 36, III de l'ordonnance, l'acheteur ne peut réserver un marché public ou un lot d'un marché public à la fois aux organismes employant des travailleurs défavorisés et à ceux employant des travailleurs handicapés, il doit donc faire un choix entre ces deux catégories de travailleurs aidés.

De même, l'article 37 prévoit que des marchés publics ou des lots d'un marché public autres que ceux de défense ou de sécurité, portant exclusivement sur des services de santé, sociaux ou culturels dont la liste est publiée au *Journal officiel de la République française*, peuvent être réservés par un acheteur aux entreprises de l'économie sociale et solidaire définies à l'article 1er de la loi du 31 juillet 2014 et à des structures équivalentes, lorsqu'elles ont pour objectif d'assumer une mission de service public liée à la prestation de services mentionnés sur cette liste. Cette liste énumérant les services concernés figure dans un avis publié au *JO* n° 0074 du 27 mars 2016. Elle comprend les services sanitaires, sociaux et connexes, les services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et soins de santé, et enfin les autres services communautaires, sociaux et personnels, y compris services fournis par les syndicats, les organisations politiques, les associations de jeunes et autres services des organisations associatives. Enfin, la durée du marché public réservé en vertu de l'article 37 ne peut être supérieure à trois ans.

Bibliographie

BERBARI (M.), « Les modalités de la publicité », CP-ACCP mars 2004, n° 31, p. 44.

BODIN (L.), « La dématérialisation des procédures dans le Code des marchés publics 2006 », AJDA 2 oct. 2006, p. 1777.

BRACONNIER (S.), « Choix des procédures et calcul des seuils », Contrats-Marchés publ. 2004, n° 2, p. 33.

BREVILLE (A.), « La détermination et la mise en œuvre des critères en droit communautaire », CP-ACCP déc. 2004, n° 39, p. 39.

CABANES (C.) et NEVEU (B.), « L'acheteur public face à l'obligation de garantir une véritable mise en concurrence », CP-ACCP mars 2004, n° 31, p. 73.

CHAREL (N.), « L'obligation de pondérer les critères de jugement des offres », CP-ACCP déc. 2004, n° 39, p. 55.

COSSALTER (P.), « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 6, dossier 10.

CRAHÉS (M.), « Vade-mecum du Code des marchés publics 2006 », JCP A 4 sept. 2006, n° 36, p. 1123.

CRAHÉS (M.) et BRACONNIER (S.) (dir.), « Pondération des critères de jugement des offres du Code des marchés publics 2006 », Contrats-Marchés publ. 2005, n° 6, Pratique professionnelle 5, p. 46.

DELAFON (L.), « Hiérarchiser n'est pas pondérer », CP-ACCP déc. 2004, n° 39, p. 44.

EMERY (C.), « Définir les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse », CP-ACCP déc. 2004, n° 39, p. 32.

ÉMERY (C.), « Les seuils et la publicité dans le code rénové », AJDA 2004, p. 368 ;

JEANJEAN (N.), « Les nouvelles modalités d'appréciation des seuils de mise en concurrence », CP-ACCP mars 2004, numéro spécial n° 31, p. 29.

KOEBEL (B.), « La procédure adaptée entre liberté, encadrement réglementaire et incertitude », Contrats-Marchés publ. 2007, n° 11, p. 7.

KOEBEL (B.), « Les collectivités territoriales face à la publicité et à la mise en concurrence des marchés passés selon la procédure adaptée », Contrats-Marchés publ. 2004, n° 10, p. 5.

LAJOYE (C.), « Offre économiquement la plus avantageuse », JCl. Contrats et Marchés publics, Fasc. 61-15.

LINDITCH (F.), « Le décret 4 000 euros : du nouveau pour les "très petits achats" ? », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 2, alerte 6, Focus.

LINDITCH (F.), « L'achat public durable, Guide pratique (Association des acheteurs publics) », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 2, alerte 6, Focus.

LINDITCH (F.), « Les nouvelles règles de publicité », Contrats-Marchés publ. 2004, n° 2, p. 37.

LLORENS (F.), « Régime des procédures de passation », Contrats-Marchés publ. 2004, n° 2, p. 42.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Critères, sous critères, pondération, méthode de notation... : où en est-on ? », Contrats-Marchés publ. 2010, n° 8-9, repère 8, p. 1.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Obligation de mise en concurrence : un retour de balancier est-il possible ? », Contrats-Marchés publ. 2007, n° 12, repère 11, p. 1.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), *Code des marchés publics annoté et commenté*, Litec-LexisNexis, 2010.

MENEMENIS (A.), « Code des marchés publics 2006 : quelques points forts de la réforme », AJDA 2006, p. 1754.

MENEMENIS (A.), « Nouveau Code des marchés publics : l'avenir d'une ambition », Dr. adm. avr. 2004, chron. n° 7.

MENEMENIS (A.), « Passer un marché public : sur quelques innovations du code », AJDA 2004, p. 382.

MICHON (J.), « Connaître et respecter les nouveaux seuils de concurrence et de procédure », Mon. TP 30 janv. 2004, p. 70.

MICHON (J.), « Les marchés soumis à l'obligation de publicité », Mon. TP 5 mars 2004, fiche pratique 5, p. 93.

OLIVIER (F.), « L'appel d'offres rénové », Contrats-Marchés publ. 2001, n° 7.

OLIVIER (F.), « La place de la négociation dans le Code des marchés publics », Contrats-Marchés publ. 2004, n° 11, p. 32.

OLIVIER (F.), « Pondération des critères dans les marchés publics », Contrats-Marchés publ. 2004, n° 12, p. 4

OLIVIER (F.), « Sélection des candidatures et analyse des offres », Contrats-Marchés publ. 2004, n° 2, p. 40.

RICHER (L.), « Hiérarchisation et pondération des critères : aperçu documentaire », CP-ACCP déc. 2004, n° 39, p. 49.

RUELLAN (A.), « Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et le Code des marchés publics », CP-ACCP déc. 2004, n° 39, p. 36.

TAILLEFAIT (A.), « Le nouveau droit des marchés publics ; les aspects financiers et comptables », Dr. adm. 2001, chron. n° 15.

Chapitre

2

Les procédures prévues par le droit des marchés publics

Plan du chapitre

Section 1 **Les diverses procédures et leurs cas de recours**

§1. Les marchés publics passés selon une procédure allégée ou non formalisée

§2. Les marchés passés selon une procédure formalisée

§3. Les marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables

Section 2 **Le déroulement des procédures**

§1. Le déroulement des procédures d'appel d'offres

§2. Le déroulement de la procédure de dialogue compétitif

§3. Le déroulement des procédures de marché négocié

§4. Le déroulement des autres procédures ou techniques d'achats ou marchés particuliers

Section 3 **Les particularités de la passation des marchés de partenariat**

§1. Les particularités relatives aux conditions préalables au lancement de la procédure de passation

§2. Procédures de passation

RÉSUMÉ

Le droit des marchés publics prévoit une assez grande diversité de procédure de passation et en fixe les cas de recours. Celles-ci peuvent être classées en deux grandes catégories : les marchés passés selon une procédure non formalisée, dont la principale est la procédure adaptée et au contraire les marchés passés selon une procédure formalisée, dont les plus emblématiques sont les procédures d'appel d'offres. En outre, mises à part les procédures non formalisées, le droit des marchés publics fixe avec précision le déroulement de ces procédures. Enfin, la passation des marchés de partenariat fait l'objet de spécificités par rapport à celle des marchés publics traditionnels.

Section 1 Les diverses procédures et leurs cas de recours

414. Évolution des procédures – Tout d'abord, il faut souligner que les réformes du droit des marchés publics ont provoqué une évolution de ces procédures. La procédure d'adjudication a été supprimée par le code du 7 mars 2001. Cette procédure, qui était pratiquement tombée en désuétude, organisait une mise en concurrence entre les candidats fondée uniquement sur le prix de la prestation. En effet, elle opérait, à la suite de l'ouverture d'une concurrence entre les entreprises candidates, l'attribution automatique du marché au candidat le moins-disant – c'est-à-dire le moins cher – dont le prix ne pouvait être supérieur au prix maximal fixé par avance par la personne responsable du marché. Cette procédure, exclusivement axée sur la recherche du prix le plus bas et qui liait l'acheteur public, ne permettait plus aux personnes publiques de répondre de façon satisfaisante à leurs besoins. C'est pourquoi elle a été abandonnée par les auteurs du code de 2001, abandon confirmé par les codes de 2004 et de 2006, et également par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et par son décret d'application.

De même, la nouvelle procédure de mise en concurrence simplifiée instaurée par le code de 2001 a été supprimée par le code du 7 janvier 2004, et n'a pas été réinstaurée par le code de 2006 ni par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application. Elle associait, dans une même procédure de passation, mise en concurrence et procédure négociée. De plus, le code de 2004 a supprimé la procédure d'appel d'offres sur performances pour lui substituer la nouvelle procédure de dialogue compétitif ; celle-ci est toujours présente dans le code de 2006 et a été conservée par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application. Le code de 2006 comme l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application n'ont pas conservé la procédure négociée sans publicité préalable mais avec mise en concurrence, qui était une procédure qui tentait l'impossible : organiser une mise en concurrence sans prévoir une publicité préalable. De même, les dispositions du code relatives à la procédure des marchés de définition ont été abrogées par le décret n° 2010-406 du

26 avril 2010, car elles n'étaient pas conformes aux prescriptions de la directive 2004-18[1] ; elles n'ont pas été reprises par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application.

415. En revanche, ont été conservées dans le code de 2006 et dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application, bien qu'un peu remaniées, les procédures d'appel d'offres, les autres procédures de marché négocié, du concours, la procédure spécifique aux marchés de conception-réalisation et celle du dialogue compétitif. Ont été ajoutées dans le code de 2006 et maintenues dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application la procédure du système d'acquisition dynamique et la passation des marchés sur la base d'un accord-cadre. De même, le décret du 26 septembre 2014 a introduit dans le code de 2006 la procédure du partenariat d'innovation, procédure conservée dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application. En outre, l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application instaurent une procédure ou un marché particuliers : le marché public global de performance.

Par ailleurs, certains marchés publics peuvent être passés selon une procédure allégée, non formalisée par opposition aux autres qui doivent obligatoirement faire l'objet d'une des procédures formalisées ci-dessus énumérées.

Toutes les procédures ci-dessus énumérées concernent les marchés ou accords-cadres passés par les pouvoirs adjudicateurs. Les entités adjudicatrices, quant à elles, peuvent recourir aux procédures d'appel d'offres, aux procédures de marché négocié, à la procédure de dialogue compétitif qui n'est plus réservée, comme sous l'empire du CMP de 2006, aux pouvoirs adjudicateurs, aux procédures du concours, à la procédure du système d'acquisition dynamique et à la passation des marchés sur la base d'un accord-cadre. Elles peuvent aussi utiliser la procédure spécifique aux marchés de conception-réalisation aux marchés publics globaux de performance. De même, les entités adjudicatrices peuvent recourir aux procédures allégées et non formalisées que sont les procédures adaptées.

§1. Les marchés publics passés selon une procédure allégée ou non formalisée

416. Il s'agit des marchés passés selon une procédure adaptée et des marchés de services spécifiques.

A. Les marchés passés selon une procédure adaptée

417. Ces marchés se substituent dans le code de 2004 aux marchés publics passés sans formalités préalables du code de 2001 qui étaient dénommés sous l'empire du code de 1964 travaux sur mémoires et achats sur factures qui constituaient ce qu'il était convenu d'appeler la commande hors marché.

---

1. En ce sens : CJCE 10 déc. 2009, Commission c/ France : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 16, note W. Zimmer.

Il s'agissait essentiellement en vertu de l'article 28 du Code des marchés publics de 2001 des marchés dont le montant est inférieur ou égal au seuil de 90 000 € HT. Ce seuil en deçà duquel les personnes soumises au Code des marchés publics étaient dispensées de toute formalité préalable avait été très sensiblement relevé par rapport au code de 1964 puisque ce dernier fixait un seuil de 300 000 F TTC.

L'objectif suivi par le gouvernement par le rehaussement de ce seuil était de ne plus enfermer dans des contraintes procédurales qui étaient disproportionnées, les marchés d'un montant limité de façon à faciliter la gestion de leurs achats publics par les petites communes.

Il faut toutefois souligner que ces commandes d'un montant inférieur ou égal à 90 000 € HT étaient expressément qualifiées par l'article 28 du code de 2001 de marchés publics et, dès lors, étaient assujetties à l'ensemble de ses règles. Simplement, du fait de leur montant, ils étaient dispensés de toute obligation de publicité et de mise en concurrence formalisée préalables et leur règlement pouvait donner lieu à la simple « *présentation de mémoires ou factures* ». Cette disposition fut contestée par la Commission européenne dans sa lettre de mise en demeure et son avis motivé sus-signalés qui bien que les directives marchés publics n'assujettissent pas les marchés d'un tel montant à des mesures de publicité, considère que ces textes imposent aux États membres de les soumettre à un « *degré de publicité adéquat* ». Cette position s'appuie sur l'arrêt de la CJCE du 7 décembre 2000, *Telaustria Telefonadress*[2] et explique la suppression par le code de 2004 de ces marchés passés sans formalités préalables et leur remplacement par les marchés passés selon une procédure adaptée. Cette dernière procédure a été conservée par le code de 2006 et par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application du 25 mars 2016.

I – La notion de procédure adaptée

418. Pour les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs, elle était prévue à l'article 26, II du CMP et définie à son article 28. Pour les marchés passés par les entités adjudicatrices, elle était prévue à l'article 144, III et définie à l'article 146 du Code. Désormais, aussi bien pour les marchés des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices, elle est prévue à l'article 42, 2° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et précisée à l'article 27 de son décret d'application.

Elle est constituée des modalités de publicité et de mise en concurrence librement déterminées par le pouvoir adjudicateur ou par l'entité adjudicatrice et donc par la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché, en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché. L'article 27 du décret précise, comme le faisaient les articles 28 et 146 du Code, que ces modalités sont fixées « *en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire,*

2. Affaire n° C-324/98 précitée.

du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat ».

Cette notion de procédure adaptée s'oppose à celle de procédure formalisée dont les modalités sont fixées avec précision par les textes du droit des marchés publics et se distingue fortement de sa devancière de marché passé sans formalité préalable, car justement, contrairement à cette dernière, elle n'est pas dispensée de toute formalité préalable puisqu'elle doit organiser une publicité et une mise en concurrence adaptée au marché en cause. Seulement, ces dernières sont « *allégées* » par rapport à celles prévues dans la plupart des procédures formalisées. De plus, les marchés passés selon la procédure adaptée, sont de véritables marchés publics, et donc, contrairement à ce qui prévalait sous l'empire du code de 2004, sont assujettis à toutes les dispositions du droit des marchés publics, à l'exception bien sûr des dispositions spécifiques aux procédures formalisées, c'est-à-dire aux dispositions procédurales applicables à ces dernières. En outre, ces marchés prennent obligatoirement la forme écrite dès lors qu'ils portent sur un montant égal ou supérieur à 25 000 € HT, conformément à l'article 11, alinéa 1er du code et, désormais, à l'article 15 du décret du 25 mars 2016. En revanche, en vertu de la loi *MURCEF*, ils n'étaient pas assujettis à l'obligation de transmission au préfet en vue du contrôle de légalité. Désormais, en vertu de l'article D. 2131-5-1 du CGCT, seuls les marchés et les accords-cadres d'un montant inférieur à 209 000 € HT sont dispensés de l'obligation de transmission au préfet. Ce seuil correspond aux seuils des procédures formalisées des marchés publics de fournitures et de services pour les collectivités territoriales. Dès lors, si tous les marchés à procédure adaptée (MAPA) de fournitures et de services sont dispensés de l'obligation de transmission, il n'en est pas de même pour les marchés de travaux, car pour ceux-ci le seuil des procédures formalisées est de 5 225 000 € HT. Dès lors, les MAPA de travaux des collectivités territoriales atteignant ou dépassant les 209 000 € HT devront faire l'objet d'une transmission au préfet en vue du contrôle de légalité. Cette modification réalise un progrès salutaire du contrôle de légalité pour les MAPA de travaux, tant le seuil de la procédure formalisée est élevé pour les travaux.

419. Une liberté encadrée – Enfin, il faut souligner qu'une grande liberté est laissée à la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché dans la détermination des modalités de publicité et de mise en concurrence, mais celle-ci n'est pas absolue et fait l'objet d'un encadrement.

II – La publicité et la mise en concurrence dans la procédure adaptée

420. Le nécessaire respect des principes fondamentaux de la commande publique – Les modalités de publicité et de mise en concurrence mises au point par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice dans la procédure adaptée, et c'est très important, doivent respecter les principes fondamentaux de la commande publique posés par l'article 1er du code et, désormais, par l'ordonnance du 23 juillet 2015, qui s'appliquent à tous les marchés publics

Il s'agissait essentiellement en vertu de l'article 28 du Code des marchés publics de 2001 des marchés dont le montant est inférieur ou égal au seuil de 90 000 € HT. Ce seuil en deçà duquel les personnes soumises au Code des marchés publics étaient dispensées de toute formalité préalable avait été très sensiblement relevé par rapport au code de 1964 puisque ce dernier fixait un seuil de 300 000 F TTC.

L'objectif suivi par le gouvernement par le rehaussement de ce seuil était de ne plus enfermer dans des contraintes procédurales qui étaient disproportionnées, les marchés d'un montant limité de façon à faciliter la gestion de leurs achats publics par les petites communes.

Il faut toutefois souligner que ces commandes d'un montant inférieur ou égal à 90 000 € HT étaient expressément qualifiées par l'article 28 du code de 2001 de marchés publics et, dès lors, étaient assujetties à l'ensemble de ses règles. Simplement, du fait de leur montant, ils étaient dispensés de toute obligation de publicité et de mise en concurrence formalisée préalables et leur règlement pouvait donner lieu à la simple « *présentation de mémoires ou factures* ». Cette disposition fut contestée par la Commission européenne dans sa lettre de mise en demeure et son avis motivé sus-signalés qui bien que les directives marchés publics n'assujettissent pas les marchés d'un tel montant à des mesures de publicité, considère que ces textes imposent aux États membres de les soumettre à un « *degré de publicité adéquat* ». Cette position s'appuie sur l'arrêt de la CJCE du 7 décembre 2000, *Telaustria Telefonadress*[2] et explique la suppression par le code de 2004 de ces marchés passés sans formalités préalables et leur remplacement par les marchés passés selon une procédure adaptée. Cette dernière procédure a été conservée par le code de 2006 et par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application du 25 mars 2016.

I – La notion de procédure adaptée

418. Pour les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs, elle était prévue à l'article 26, II du CMP et définie à son article 28. Pour les marchés passés par les entités adjudicatrices, elle était prévue à l'article 144, III et définie à l'article 146 du Code. Désormais, aussi bien pour les marchés des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices, elle est prévue à l'article 42, 2° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et précisée à l'article 27 de son décret d'application.

Elle est constituée des modalités de publicité et de mise en concurrence librement déterminées par le pouvoir adjudicateur ou par l'entité adjudicatrice et donc par la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché, en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché. L'article 27 du décret précise, comme le faisaient les articles 28 et 146 du Code, que ces modalités sont fixées « *en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire,*

2. Affaire n° C-324/98 précitée.

du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat ».

Cette notion de procédure adaptée s'oppose à celle de procédure formalisée dont les modalités sont fixées avec précision par les textes du droit des marchés publics et se distingue fortement de sa devancière de marché passé sans formalité préalable, car justement, contrairement à cette dernière, elle n'est pas dispensée de toute formalité préalable puisqu'elle doit organiser une publicité et une mise en concurrence adaptée au marché en cause. Seulement, ces dernières sont « *allégées* » par rapport à celles prévues dans la plupart des procédures formalisées. De plus, les marchés passés selon la procédure adaptée, sont de véritables marchés publics, et donc, contrairement à ce qui prévalait sous l'empire du code de 2004, sont assujettis à toutes les dispositions du droit des marchés publics, à l'exception bien sûr des dispositions spécifiques aux procédures formalisées, c'est-à-dire aux dispositions procédurales applicables à ces dernières. En outre, ces marchés prennent obligatoirement la forme écrite dès lors qu'ils portent sur un montant égal ou supérieur à 25 000 € HT, conformément à l'article 11, alinéa 1er du code et, désormais, à l'article 15 du décret du 25 mars 2016. En revanche, en vertu de la loi *MURCEF*, ils n'étaient pas assujettis à l'obligation de transmission au préfet en vue du contrôle de légalité. Désormais, en vertu de l'article D. 2131-5-1 du CGCT, seuls les marchés et les accords-cadres d'un montant inférieur à 209 000 € HT sont dispensés de l'obligation de transmission au préfet. Ce seuil correspond aux seuils des procédures formalisées des marchés publics de fournitures et de services pour les collectivités territoriales. Dès lors, si tous les marchés à procédure adaptée (MAPA) de fournitures et de services sont dispensés de l'obligation de transmission, il n'en est pas de même pour les marchés de travaux, car pour ceux-ci le seuil des procédures formalisées est de 5 225 000 € HT. Dès lors, les MAPA de travaux des collectivités territoriales atteignant ou dépassant les 209 000 € HT devront faire l'objet d'une transmission au préfet en vue du contrôle de légalité. Cette modification réalise un progrès salutaire du contrôle de légalité pour les MAPA de travaux, tant le seuil de la procédure formalisée est élevé pour les travaux.

419. Une liberté encadrée – Enfin, il faut souligner qu'une grande liberté est laissée à la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché dans la détermination des modalités de publicité et de mise en concurrence, mais celle-ci n'est pas absolue et fait l'objet d'un encadrement.

II – La publicité et la mise en concurrence dans la procédure adaptée

420. Le nécessaire respect des principes fondamentaux de la commande publique – Les modalités de publicité et de mise en concurrence mises au point par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice dans la procédure adaptée, et c'est très important, doivent respecter les principes fondamentaux de la commande publique posés par l'article 1er du code et, désormais, par l'ordonnance du 23 juillet 2015, qui s'appliquent à tous les marchés publics

quel que soit leur montant[3]. La procédure déterminée par la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché devra donc permettre la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et être transparente et ce faisant d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

En conséquence, elle doit proscrire toute discrimination, tout localisme ou tout favoritisme et être rendue publique. Elle repose sur la définition préalable des besoins et conduit au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Au sujet de ce dernier, les critères d'attribution du marché doivent être connus des candidats et pour ce faire être mentionnés dans la publicité réalisée (voir *supra*, n° 187).

421. Concernant plus spécifiquement les modalités de publicité celles-ci doivent être suffisantes pour permettre une réelle mise en concurrence. D'ailleurs, il faut signaler qu'elles sont encadrées par le droit des marchés publics et en particulier, désormais, par l'article 34 du décret du 25 mars 2016.

422. Ainsi, pour les marchés d'un montant inférieur à 90 000 € HT, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché détermine librement, au regard de leur objet et de leurs caractéristiques, la publicité à laquelle ils vont donner lieu. Elle doit faire un choix de supports de publicité pertinents assurant une véritable mise en concurrence. Elle doit donc assurer l'information des candidats potentiels et est, en conséquence, astreinte en la matière à une obligation de résultat. La circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, mise à jour le 13 avril 2016 et aujourd'hui abrogée, précise à cet égard que « *l'achat sera regardé comme effectué dans des conditions satisfaisantes au regard des principes de la commande publique si, dans les faits, les moyens de publicité utilisés permettent aux prestataires potentiels, sans considération de nationalité ou de taille, d'être informés de l'intention d'acheter* et, de la description précise du besoin, *pour obtenir une diversité d'offres suffisantes pour garantir une réelle mise en concurrence* ». Bien qu'abrogée, cette circulaire reste sur ce point pertinente. Le choix des modalités de publicité doit prendre en compte le nécessaire équilibre économique général de l'opération et donc le montant estimé et l'objet du marché. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il jugé que la publicité ne peut se limiter à la publication de l'avis sur le seul profil d'acheteur pour tous les marchés passés par le pouvoir adjudicateur en procédure adaptée[4]. Il va de soi que plus le montant du marché croît plus les mesures de publicité adoptées devront être importantes. Mais le choix des modalités de publicité ne peut pas être réalisé

3. Pour une application de cette solution par le juge : CE, 7 oct. 2005, Région Nord-Pas-de-Calais : Dr. adm. 2005, comm. n° 168, note A. Ménéménis – CE, 30 janv. 2009, Agence nationale pour l'emploi : Contrats-Marchés publ. 2009, comm. n° 121, note W. Zimmer.
4. CE, 4 juill. 2012, Cabinet Froment-Meurice et associés : Contrats-Marchés publ. 2012, comm. n° 278, obs. M. Ubaud-Bergeron.

en ne considérant que le montant prévisionnel du marché, il doit aussi être fondé sur l'ensemble des caractéristiques de ce dernier[5].

423. Le choix de support de publicité s'offrant au pouvoir adjudicateur et à l'entité adjudicatrice – La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché doit choisir entre trois catégories de supports écrits que sont la presse écrite, l'affichage et l'Internet. Concernant la publication d'un avis d'appel à la concurrence dans la presse écrite, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché devra être très vigilante quant au choix de l'organe de presse qu'il effectuera. Sa diffusion doit être suffisante au regard de l'objet du marché et doit toucher les candidats potentiels c'est-à-dire ayant une activité professionnelle liée à cet objet et auquel est destiné en priorité ledit organe. À cet égard, une publication dans une revue spécialisée dans le secteur d'activité concerné par le marché en cause semble particulièrement appropriée.

Concernant la deuxième catégorie, l'avis peut être affiché sur les bâtiments publics de la collectivité acheteuse sur ses panneaux d'information ou encore sur le mobilier municipal pour les communes. Toutefois, ce type de publicité avantage les entreprises locales qui auront accès beaucoup plus facilement à l'information que leurs concurrents. C'est pourquoi il vaut mieux l'utiliser en complément de la publicité réalisée selon un autre moyen.

Au sujet de la troisième catégorie, il est loisible à la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché d'opter pour l'insertion de l'avis sur le site électronique de la personne publique acheteuse – dorénavant qualifié, dans les textes du droit des marchés publics, profil d'acheteur – ou tout autre portail ou site assurant sa large diffusion. Il est vrai que ce mode de publicité a pu et peut peut-être encore handicaper les petites et très petites entreprises non encore ou mal équipées, qui sont et seront cependant de plus en plus rares, ou qui n'ont pas les moyens en personnel pour se procurer toutes les adresses des sites potentiellement intéressantes pour elles et les consulter systématiquement. En outre, l'acheteur doit s'assurer que son profil dispose d'une visibilité suffisante au vu de l'achat projeté ; autrement dit, il doit disposer d'une audience correspondant à l'enjeu et au montant financier du marché. Pour des sites à audience réduite, ce mode de publicité ne doit être utilisé que comme un moyen complémentaire, venant parfaire une publication par voie de presse.

La publicité par affichage et par Internet est particulièrement indiquée pour les marchés de faible ou très faible montant pour lesquels le coût élevé d'une publicité dans la presse écrite est disproportionné avec l'enjeu financier du marché. À leur sujet, l'ancienne circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du Code des marchés publics, comme une partie de la

5. CE, 7 oct. 2005, Région Nord–Pas-de-Calais : Dr. adm. 2005, comm. n° 168, note A. Ménéménis.

doctrine[6], estimait que la consultation de plusieurs fournisseurs (jadis parfois dénommée règle des trois devis) peut constituer une publicité suffisante. Cette position est contestable dans la mesure où ce procédé s'analyse en une mise en concurrence et non en une véritable publicité, car seuls seront informés de la passation du marché les opérateurs économiques consultés et, en conséquence, il ne respecte donc pas l'obligation de publicité posée par le droit des marchés publics en procédure adaptée. En outre, le fort relèvement du seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables rend encore plus critiquable le recours à cette pratique pour les marchés de faible montant, mais non dispensés de telles publicités et mises en concurrence préalables. Il faut réserver cette pratique à la passation des marchés dispensés de publicité et de mise en concurrence préalables (voir *supra*, n° 342).

424. Préconstitution de la preuve du respect des obligations de publicité – Pour conclure sur la publicité dans la procédure adaptée pour les marchés d'un montant inférieur à 90 000 €, la personne publique doit créer et conserver des documents de nature à prouver qu'elle a satisfait à ses obligations de publicité telle les justificatifs d'envoi des publicités, exemplaires des affiches, des demandes de présentation des devis ou encore les justificatifs de mise en ligne[7].

425. Lorsque le montant du marché passé selon la procédure adaptée atteint ou dépasse le montant de 90 000 €, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché doit se conformer aux modalités de publicité prévues par les règles de publicité étudiées plus haut (voir *supra*, n° 351). Il suffit ici de rappeler qu'elle est tenue, en vertu désormais de l'article 34 du décret du 25 mars 2016, de publier un avis d'appel public à la concurrence soit au *BOAMP*, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. L'acheteur apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant des prestations objet du marché en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné ou au *JOUE* est en outre nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché public.

Il est à souligner que les règles de publicité ci-dessus étudiées ne concernent, conformément à l'article 34 du décret du 25 mars 2016, que l'État, ses établissements publics autres que ceux à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements. Les autres acheteurs choisissent librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des prestations en cause.

---

6. J. Michon, « La réglementation applicable aux marchés publics conclus en "procédure adaptée" dès le premier euro », Le Moniteur 6 févr. 2004, p. 70 – S. Braconnier, « Choix des procédures et calcul des seuils », Contrats-Marchés publ. févr. 2004, p. 33.
7. V. à ce sujet G. Pancrazi, « Nouveau Code des marchés publics. Les risques de délit de favoritisme sont renforcés », Le Moniteur 20 févr. 2004, p. 80.

426. Les modalités de mise en concurrence – Elles doivent être mises au point par la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché préalablement à la passation du marché. La conclusion du marché doit donc être précédée d'une procédure créée par cette personne où elle fixe les conditions de forme qu'elle va appliquer. Cette procédure doit donc être prédéfinie et tout candidat potentiel doit pouvoir en prendre connaissance. Cette tâche qui échoit à la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché est délicate, car il lui faut élaborer une mise en concurrence souple, allégée par rapport à celle instaurée par les procédures formalisées, mais qui respecte les principes fondamentaux de la commande publique.

Comme l'écrivent Messieurs Cabannes et Neveu[8], « *dès lors, l'acheteur public est conduit à se poser la question suivante : partant du principe que les procédures formalisées garantissent a priori une vraie concurrence, que peut-on retirer de ces procédures pour les simplifier en dessous des seuils imposant ledit formalisme ?* ». D'ailleurs, comme le soulignaient les articles 28, alinéa 3 et 146, alinéa 2 du CMP, pour la détermination des modalités de mise en concurrence, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché « (...) *peut s'inspirer des procédures formalisées* (...), *sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures* ». Si cette disposition n'est pas reprise dans le décret du 25 mars 2016, cette possibilité demeure. Toutefois, comme l'indique l'article 27 de ce décret, qui reprend sur ce point l'article 28 du CMP, « *lorsque l'acheteur se réfère expressément à l'une des procédures formalisées, il est tenu de l'appliquer dans son intégralité* ».

On peut considérer que c'est la négociation qui sera le plus souvent choisie comme méthode de mise en concurrence entre les entreprises qui se seront manifestées à la suite de la publicité et qui auront été sélectionnées pour participer à la consultation. Mais pour pouvoir recourir à la négociation en MAPA, le pouvoir adjudicateur doit en avoir informé les candidats. Le Conseil d'État précise cette obligation d'information dans un arrêt important[9], en indiquant que « *si le pouvoir adjudicateur a décidé de faire usage de sa faculté de négocier dans le cadre d'une procédure adaptée, il doit en informer les candidats dès le lancement de la procédure et ne peut alors renoncer à négocier en cours de procédure ; qu'il peut aussi se borner à informer les candidats, lors du lancement de la procédure, qu'il se réserve la possibilité de négocier, sans être tenu, s'il décide effectivement de négocier après la remise des offres, d'en informer l'ensemble des candidats* ». En outre, comme l'article 27 du décret du 25 mars 2016 le précise, quand « *l'acheteur a prévu de négocier, il peut attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans les documents de la consultation qu'il se réserve la possibilité de le faire* ». Dans ce cadre, la personne compétente

8. « L'acheteur public face à l'obligation de garantir une "vraie mise" en concurrence », CP-ACCP mars 2004, numéro spécial, p. 73.

9. CE, 18 sept. 2015, Société Axcess : Contrats-Marchés publ. 2015, n° 11, comm. 260, note P. Devillers – V. aussi CAA Lyon, 5 mars 2015, Société SMTP8 : Contrats-Marchés publ. 2015, n° 5, comm. 119, obs. H. Hoepffner.

pour mettre en œuvre et signer le marché peut parfaitement décider de recueillir l'avis de la CAO. Mais on peut aussi imaginer que certains acheteurs publics soient tentés de combiner certaines modalités de l'appel d'offres avec celles des procédures négociées en prenant modèle sur la procédure de mise en concurrence simplifiée créée par le code de 2001 et abandonnée depuis. En toutes circonstances, les négociations doivent se dérouler dans des conditions d'égalité, d'équité et de transparence avec les candidats retenus. À cet égard, la cour administrative d'appel de Lyon affirme que « *le principe d'égalité de traitement ne peut empêcher un maître d'ouvrage, lors des négociations prévues dans la procédure adaptée, de demander à l'un des candidats de modifier, d'améliorer ou d'intégrer un dispositif technique si celui-ci n'est pas protégé par le secret industriel détenu par une autre société candidate* »[10]. En particulier, l'information des entreprises doit être strictement identique pour toutes.

427. Par ailleurs, les délais de réception des candidatures et/ou des offres, même s'ils peuvent être plus courts que dans les procédures formalisées, ne doivent pas être trop brefs et doivent être raisonnables afin de rendre possible une véritable mise en concurrence. Le Conseil d'État a ainsi considéré, dans un arrêt du 5 août 2009, *Région Centre*[11], « *que le délai ouvert entre la date de publication de l'avis d'appel public à concurrence et la date limite de remise de l'offre était insuffisant pour assurer une publicité suffisante auprès des candidats ayant vocation à y répondre (...) compte tenu du montant du marché, de 160 000 euros* » et qu'en conséquence la procédure adaptée en cause était entachée d'illégalité. En outre, les critères de choix des offres doivent être objectifs pour que le marché soit attribué au candidat ayant fait l'offre économiquement la plus avantageuse.

428. L'obligation pesant sur l'acheteur public en procédure adaptée : une obligation de résultat – Au total, l'obligation qui pèse sur la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché dans la détermination d'une procédure adaptée est une obligation de résultat : atteindre les principes et objectifs fixés à l'article 1er du code et, désormais, à l'article 1er de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Dès lors, le juge lorsqu'il sera saisi par un candidat s'estimant injustement évincé devra apprécier si ce résultat a bien été atteint et dans la négative il annulera la procédure. Au-delà de ce risque, c'est celui d'une condamnation pour délit de favoritisme qui menace la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché si sa procédure ne parvient pas à un tel résultat[12]. Face à ces risques, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché devra créer et conserver tous les documents susceptibles de prouver la régularité de la procédure. C'est ainsi qu'il devra garder les courriers

10. CAA Lyon, 27 févr. 2014, SAS Aquatrium c/ Syndicat intercommunal pour l'alimentation en eau potable (SIAEP) de la région de Charny : Contrats-Marchés publ. 2014, n° 7, comm. 190, note W. Zimmer.
11. CE, 5 août 2009, Région Centre : Contrats-Marchés publ. 2009, n° 318, obs. F. Llorens.
12. G. Pancrazi, « Nouveau Code des marchés publics. Les risques de délit de favoritisme sont renforcés », article précité.

et/ou courriels, avis relatifs à la procédure et il lui faut tenir et archiver des registres de retrait de dossiers et de dépôt des candidatures et/ou des offres, rédiger et conserver des procès-verbaux à toutes les étapes de la procédure.

429. Enfin, il faut souligner que la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché n'est pas obligée de mettre au point une procédure adaptée, elle peut préférer recourir à une procédure formalisée et en particulier à celle de l'appel d'offres. En effet, les articles 26, II et III et 144, III du CMP, tout comme désormais l'article 27 du décret du 25 mars 2016, accordent une faculté de passer un marché selon une procédure adaptée dans les cas de recours qu'ils fixent et en aucun cas ils n'obligent à procéder de la sorte.

III – Les cas de recours à la procédure adaptée

430. Ces derniers articles prévoient avec précision les cas de recours à cette procédure.

431. Marchés et accords-cadres passés par les pouvoirs adjudicateurs – Pour ceux-ci, il est possible de l'utiliser dans les cas suivants :

- pour les marchés et accords-cadres de fournitures et de services n'atteignant pas ***les seuils de procédures formalisés qui leur sont applicables : soit le seuil désormais*** de **135 000** € HT pour l'État et ses établissements publics ***autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial*** et de **209 000** € HT pour les collectivités locales ***et leurs*** établissements publics ;
- pour les marchés et accords-cadres de travaux inférieurs à **5 225 000** € HT ;
- pour les marchés et accords-cadres inférieurs à **209 000** € HT portant sur certaines fournitures acquises par des pouvoirs adjudicateurs opérant dans le domaine de la défense ;
- pour les marchés et accords-cadres ***de services sociaux et autres services spécifiques*** (voir *infra*, n^os^ 433-436 et 440-441) ;
- pour certains lots conformément à ***l'article 22 du décret du 25 mars 2016***. En vertu de cet article, lorsqu'il a choisi de diviser en lots la prestation du marché, même si la valeur estimée totale des lots atteint le seuil de la procédure formalisée, les marchés de travaux peuvent donner lieu à une procédure adaptée pour les lots inférieurs à 1 000 000 € HT à la condition expresse que leur montant cumulé n'excède pas 20 % de la totalité des lots. De même, pour les marchés de fournitures ou de services, les lots n'atteignant pas le montant de 80 000 € HT peuvent donner lieu à une procédure adaptée, et ce même si la valeur estimée totale des lots atteint le seuil de la procédure formalisée, ***à la même condition que leur montant cumulé n'excède pas 20 % de la totalité des lots*** (voir *supra*, n° 216) ;
- ***l'article 90 du décret du 25 mars 2016*** prévoit un autre cas de recours à cette procédure. Selon cet article, les marchés de maîtrise d'œuvre peuvent être passés selon une procédure adaptée lorsque leur montant est inférieur ***aux seuils de procédure formalisée*** à 135 000 € HT pour l'État et à 209 000 € HT pour les collectivités territoriales.

432. Marchés et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices – Pour les marchés et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices, les cas de recours sont identiques à ceux applicables aux pouvoirs adjudicateurs. La seule différence résulte des seuils de procédures formalisées qui sont quelque peu différents ; ainsi, quelle que soit l'entité adjudicatrice concernée, les seuils sont identiques : pour les marchés de fournitures et de services il est de 418 000 € HT, pour les marchés de travaux il est de 5 225 000 € HT.

B. Marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques

I – La dichotomie traditionnelle au sein des marchés publics de service

433. Cette dichotomie a pour origine les directives communautaires relatives aux marchés publics. En effet, la directive services du 18 juin 1992, reprise sur ce point par la directive du 31 mars 2004 relative aux marchés publics de travaux, fournitures et services, distingue deux catégories de services : les services prioritaires, assujettis à l'ensemble des règles de la directive, et les services non prioritaires, soumis à des obligations très allégées puisque consistant seulement en des obligations de définition, par référence à des spécifications techniques, et d'envoi d'un avis d'attribution. Le traitement de ces services non prioritaires était transposé à l'article 30 des CMP successifs. Or, ces marchés ont donné lieu depuis 2001 à plusieurs évolutions et à un contentieux importants. Pour bien comprendre la situation actuelle du droit positif, il faut retracer cette évolution et évoquer les décisions auxquelles ils donnèrent lieu.

434. Des règles de passation originairement très allégées – Au vu de ces dispositions, les rédacteurs des Codes de 2001 et de 2004 avaient cru légitimement, dans l'article 30 de ces codes, pouvoir n'assujettir, la passation des marchés publics de services portant sur des services non prioritaires au sens communautaire et donc non énumérés à l'article 29 de ces codes, qu'à des obligations très allégées par rapport à celles ressortant des procédures formalisées. En effet, elle n'était soumise qu'à des obligations de définition des prestations par référence à des normes, si elles existaient, et qu'à l'envoi d'un avis d'attribution lorsque le montant du marché atteignait 230 000 € HT. Dès lors, on pouvait considérer que leur passation n'était assujettie à aucune obligation de mise en concurrence formalisée préalable et la publicité dont ils faisaient l'objet était très sommaire puisqu'elle se limitait, lorsque le seuil susmentionné était atteint, à l'envoi d'un avis d'attribution avec la possibilité pour la personne responsable du marché, comme le précisait l'article 80, de décider de ne pas le publier. Simplement, lorsqu'il existait des normes en la matière, la personne responsable du marché devait décrire la prestation par référence à celles-ci, cette description impliquant la rédaction d'un contrat écrit.

Toutefois, ces marchés, en vertu de l'article 30, alinéa 2 du code de 2004, étaient soumis aux dispositions du titre I, des chapitres 1 et 2 du titre II,

évidemment de l'article 30 et des titres IV, V et VI ; ces trois derniers titres ne s'appliquant pas « *aux contrats ayant pour objet la représentation d'une personne publique en vue du règlement d'un litige* ». En conséquence, ces marchés devant respecter les principes fondamentaux de la commande publique, cela impliquait une mise en concurrence même sommaire[13].

435. L'intervention de la Commission européenne et du Conseil d'État – Ces solutions allaient toutefois être remises en cause par l'intervention de la Commission européenne et surtout par la jurisprudence du Conseil d'État. Cet article 30 était contesté par la Commission européenne au motif que la directive services, les principes fondamentaux contenus dans le traité CE et la jurisprudence de la CJCE[14] imposent aux marchés de services quel que soit leur montant « *un degré de publicité suffisant* ».

En réponse à ces reproches déjà formulés par la Commission à l'encontre du code de 2001, la France soulignait à juste titre et essentiellement que l'article 1er du Code des marchés publics qui fait de la liberté d'accès à la commande publique, de l'égalité de traitement des candidats et de la transparence des procédures des principes fondamentaux de la commande publique, s'applique à tous les marchés publics et donc à ceux visés à l'article 30 du Code des marchés publics. Dès lors, soulignait le gouvernement français, dans le cadre de la passation de ceux-ci, les personnes publiques procèdent à une mise en concurrence non formalisée en consultant plusieurs entreprises.

Mais le Conseil d'État allait être amené à se prononcer sur l'article 30 puisqu'il fut saisi d'un recours en annulation contre cet article. Or, dans son arrêt du 23 février 2005[15], il annulait le premier alinéa de l'article 30 du Code des marchés publics et – par voie de conséquence, le I de l'article 40 qui y fait référence – au motif qu'ils sont contraires aux principes de la commande publique dans la mesure où ils dispensent « *de façon générale la passation de tous ces contrats d'une procédure adéquate de publicité et de mise en concurrence* ». Le gouvernement dut donc modifier ce premier alinéa de l'article 30 afin d'assujettir les marchés de services de l'article 30 à une procédure même sommaire de publicité et de mise en concurrence.

436. La modification de l'article 30 – Ainsi, le décret du 24 août 2005 modifia le premier alinéa de l'article 30 en soumettant désormais ces marchés à une procédure adaptée librement définie dans les conditions qu'il détermine. Cette nouvelle disposition – qui fut contestée devant le Conseil d'État qui rejeta la requête[16] – inspira les rédacteurs du code de 2006 qui assujettissent

13. P. Cossalter, « Nouveau Code : les marchés à procédure allégée », La lettre du cadre territorial 2004, n° 271, p. 61.
14. CJCE, 3 déc. 2001, n° C-59/00, Bent Moutsen Vestergaard.
15. CE, 23 févr. 2005, req. nos 264712, 265248, 265281 et 265343, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics : AJDA 2005, p. 668, note J.-D. Dreyfus.
16. CE, 9 août 2006, Association des avocats conseils d'entreprises – SELARL Cabinet Philippe Petit et associés et a. : AJDA 2006, p. 1532.

ces marchés, quel que soit leur montant, à une procédure adaptée dans les conditions de l'article 28.

En outre, l'article 30, II, 1° précise que les règles formelles de publicité de l'article 40, III applicables aux marchés supérieurs aux divers seuils de publicité que ce dernier prévoit (voir *supra*, n° 349) ne s'appliquent pas aux marchés visés par l'article 30, I. En revanche, lorsque ces marchés portent sur un montant égal ou supérieur à 200 000 € HT les prestations sur lesquelles ils portent sont définies conformément aux dispositions de l'article 6, c'est-à-dire par référence à des spécifications techniques, ils font l'objet d'un avis d'attribution dans les conditions fixées à l'article 85 et ils sont attribués par la CAO pour les marchés des collectivités territoriales.

437. Dès lors, la passation des marchés publics de services est conditionnée par la prestation objet du marché. S'il s'agit d'une prestation incluse dans la liste limitative de l'article 29 qui cite notamment les services d'entretien et de réparation, les services de transport terrestre et aérien y compris le transport de courrier, mais à l'exclusion des services de transports ferroviaires, de communications électroniques, les services financiers, bancaires et d'assurances, les services informatiques, d'architecture, de publication et d'impression, les services de publicité, les services de voirie, d'enlèvement des ordures, d'assainissement de nettoyage des bâtiments, la passation du marché est soumise à l'ensemble des règles du code qui y sont relatives.

En revanche, la passation des marchés de services dont l'objet est une prestation non incluse dans cette liste – comme, notamment, les services de conseils juridiques et de représentation, les services d'établissement d'actes authentiques, de conseils en propriété industrielle, les services hospitaliers, de soins médicaux et dentaires, les services de protection maternelle et infantile, d'aide sociale à l'enfance, les services de spectacles musicaux, de danse, de théâtre, de représentation artistique et de cirque, d'enseignement artistique, les services de conservation et de restauration des collections des musées, les services d'organisation et de promotion des manifestations sportives, de centre de vacances et de centre de loisirs et les services d'enseignement et de formation professionnelle – fait l'objet d'une procédure adaptée dans les conditions de l'article 28.

438. Enfin, l'article 30, III, apporte des précisions sur les marchés de services juridiques. Bien qu'ils relèvent de l'article 30 puisqu'ils ne sont pas mentionnés à l'article 29, ils ne sont pas assujettis au titre IV de la première partie c'est-à-dire aux dispositions relatives à l'exécution des marchés. De même, lorsqu'ils ont pour objet la représentation d'une collectivité territoriale pour le règlement d'un litige, ils ne sont pas transmis au contrôle de légalité.

439. L'article 30 du CMP qui vient d'être étudié ne concernait que les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs. L'article 148 du Code étend ses solutions aux marchés passés par les entités adjudicatrices. La seule différence notable portait sur le seuil à partir duquel les prestations objet du marché sont définies conformément aux dispositions de l'article 6, c'est-à-dire par référence

à des spécifications techniques et à partir duquel les marchés font l'objet d'un avis d'attribution. Il était de 400 000 € HT au lieu de 200 000 € HT.

II – Le traitement par le décret du 25 mars 2016 des marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques et des marchés de services juridiques de représentation

a) Les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques

440. En vertu de l'article 28 du décret du 25 mars 2016, quelle que soit la valeur estimée du besoin, les marchés publics ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, dont la liste est publiée au *Journal officiel de la République française*, peuvent être passés selon une procédure adaptée. Cette liste a fait l'objet d'un avis publié au *JO* du 27 mars 2016 et comprend principalement :

- les services sanitaires, sociaux et connexes ;
- les services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et de soins de santé, les services de sécurité sociale obligatoire, les services d'hôtellerie et de restauration ;
- les services liés à l'administration pénitentiaire, les services de sécurité publique et de secours ;
- les services d'enquête et de sécurité ;
- les services juridiques autres que ceux mentionnés à l'article 29 du décret du 25 mars 2016 ;
- les services postaux.

Les modalités de publicité relatives à la passation de ces marchés sont fixées à l'article 35 de ce décret et sont plus légères que celles applicables « *aux procédures adaptées de droit commun* ». Selon cet article, lorsque la valeur estimée du besoin est inférieure au seuil européen applicable à ces marchés publics publié au *JO*, l'acheteur définit librement les mesures de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des services en cause. En revanche quand ce seuil est atteint, l'acheteur publie au *JOUE* un avis de marché conforme au modèle d'avis de marché fixé par le règlement de la Commission européenne. Mais l'acheteur peut ici aussi utiliser un avis de préinformation (s'il agit en tant que pouvoir adjudicateur) ou un avis périodique indicatif (s'il agit en tant qu'entité adjudicatrice) conforme au modèle européen d'avis de marché pour lancer un appel à la concurrence et le publier au *JOUE*. Dans ce cas, il indique que les marchés publics seront passés sans publication ultérieure et invite les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt par écrit. L'avis de préinformation ou un avis périodique indicatif peut couvrir une période d'une durée supérieure à 12 mois. En outre, l'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal.

Les seuils de publicité applicables à ces marchés spécifiques sont plus élevés que ceux applicables « *aux procédures adaptées de droit commun* » puisqu'ils

sont, en vertu de l'avis susmentionné, de 750 000 € HT pour les pouvoirs adjudicateurs et de 1 000 000 € HT pour les entités adjudicatrices.

Par ailleurs, l'article 28 du décret du 25 mars 2016 souligne que pour l'attribution de ces marchés publics spécifiques, l'acheteur doit tenir compte des spécificités des services en question. À cet effet, il veille notamment à la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et l'exhaustivité des services, aux besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris des catégories défavorisées et vulnérables, à la participation et l'implication des utilisateurs, ainsi qu'à l'innovation. Cette attention se traduit, bien sûr, dans le choix des critères et sous-critères d'attribution, et de leur hiérarchisation ou de leur pondération.

b) Les marchés publics de services juridiques de représentation

441. Ces marchés publics échappent à la plupart des règles du décret du 25 mars 2016. En effet, seuls leur sont applicables les règles expressément mentionnées à l'article 29 de ce décret, c'est-à-dire, pour l'essentiel, les dispositions relatives à l'allotissement, au calcul de la valeur estimée du besoin, à la présentation des candidatures, aux offres anormalement basses et à l'exécution du marché.

Sont visés par l'article 29 du décret :

- les services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, devant les autorités publiques ou les institutions internationales ou dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des conflits ;
- les services de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation de toute procédure visée à l'alinéa précédent, ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités que la question sur laquelle porte la consultation fera l'objet d'une telle procédure.

Une grande liberté est laissée à l'acheteur quant à la passation de ces marchés. En effet, l'article 29 du décret indique que l'acheteur définit librement les modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction du montant et des caractéristiques du marché public. Ceci revient donc pour l'acheteur à mettre au point une procédure adaptée, sauf que sa liberté est ici beaucoup plus grande, puisqu'elle n'est encadrée que par l'obligatoire respect des principes fondamentaux de la commande publique.

C. Les marchés ayant pour objet de satisfaire à l'obligation de décoration des constructions publiques

442. Ces marchés étaient visés par l'article 71 du CMP. Cet article renvoyait à un décret la réglementation des « *marchés ayant pour objet des réalisations exécutées en application de dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'obligation de décoration des constructions publiques* ». Désormais, ni l'ordonnance du

23 juillet 2015 ni son décret d'application du 25 mars 2016 ne font référence dans un article spécifique à ces marchés.

443. Un décret relatif à l'obligation de décoration des constructions publiques et précisant les conditions de passation des marchés ayant pour objet de satisfaire à cette obligation a été pris le 29 avril 2002 (décret n° 2002-677) ; il est toujours en vigueur au jour où nous écrivons et a été modifié par le décret n° 2005-90 du 4 février 2005. Il soumet ces marchés à une procédure de passation très allégée faisant intervenir pour les marchés d'au moins 30 000 € HT, un comité artistique qui élabore le programme de la commande artistique qui fait l'objet d'une publicité adaptée par le maître d'ouvrage. Le comité artistique consulte un ou plusieurs artistes qui lui remettent leurs projets. Le cas échéant, il les entend et propose un ou plusieurs des projets au maître de l'ouvrage. Au vu de l'avis de ce comité, le maître d'ouvrage arrête son choix par une décision motivée et en informe l'ensemble des candidats. Pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa de l'article L. 551-15 du Code de justice administrative relatif au référé contractuel, le maître de l'ouvrage publie au *JOUE* un avis relatif à son intention de conclure la commande. Il doit respecter un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de cet avis et la date de conclusion du contrat.

Lorsque le montant total de la commande est égal ou supérieur à 209 000 € HT, il envoie pour publication au *JOUE*, dans un délai maximum de quarante-huit jours à compter de la notification du marché, un avis d'attribution.

Dans le cas d'une commande d'un montant inférieur à 209 000 € HT, pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa de l'article R. 551-7 du Code de justice administrative relatif au référé contractuel, le maître de l'ouvrage publie au *JOUE* un avis d'attribution.

§2. Les marchés passés selon une procédure formalisée

444. Les principales sont les procédures d'appel d'offres et les procédures négociées. Mais le droit des marchés publics en prévoit d'autres, ce qui permet au pouvoir adjudicateur et à l'entité adjudicatrice de choisir entre une variété intéressante de procédures de passation, et ce même si ce choix est encadré. À cet égard, l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 énumère les procédures formalisées suivantes :

- la procédure d'appel d'offres, ouvert ou restreint ;
- la procédure concurrentielle avec négociation ;
- la procédure négociée avec mise en concurrence préalable ;
- la procédure de dialogue compétitif.

L'article 25, I du décret du 25 mars 2016 précise que les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés publics selon l'une des procédures formalisées suivantes :
- l'appel d'offres ;
- la procédure concurrentielle avec négociation ;
- le dialogue compétitif.

L'article 26 du décret du 25 mars 2016 indique pour sa part que les entités adjudicatrices passent leurs marchés publics selon l'une des procédures formalisées suivantes, qu'elles choisissent librement :
- l'appel d'offres ;
- la procédure négociée avec mise en concurrence préalable ;
- le dialogue compétitif.

A. Les procédures d'appel d'offres

445. Définition de la procédure d'appel d'offres – Elle est définie désormais à l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 – qui reprend presque mot pour mot la définition qu'en donnait l'article 33 du Code des marchés publics – comme la procédure « *par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats* ». Cette définition indique donc qu'en matière d'appel d'offres toute négociation est exclue et prend en compte les exigences d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures en soulignant la nécessité de dégager des critères d'attribution objectifs rendus publics qui empêchent d'opter pour des critères qui auraient un caractère discriminatoire.

446. L'appel d'offres ouvert et l'appel d'offres restreint – L'appel d'offres peut recouvrer deux modalités : il peut être ouvert ou restreint. Il est ouvert quand toute entreprise candidate peut présenter une offre. Les candidats ne sont donc pas présélectionnés avant d'être mis en concurrence. Au contraire, il est restreint quand ne peuvent présenter des offres que les candidats présélectionnés. En vertu de l'article 66 du décret du 25 mars 2016, qui reprend la solution de l'article 33 du CMP, le pouvoir adjudicateur peut choisir librement entre ces deux formules d'appel d'offres.

447. Les cas de recours aux procédures d'appel d'offres – Le recours à la procédure d'appel d'offres pour les marchés et accords-cadres passés par un pouvoir adjudicateur, est prévu par le décret du 25 mars 2016 selon les modalités suivantes similaires à celles précisées par le code de 2006 :
- quand les marchés publics de fournitures et de services atteignent ou dépassent ***les seuils des procédures formalisées*** (***désormais 135 000 € HT*** pour l'État et ***209 000 € HT*** pour les collectivités territoriales), ces marchés sont en principe passés sur appel d'offres, néanmoins si les conditions de recours de ces procédures sont réunies, il est possible de recourir aux procédures négociées ou à la procédure de dialogue compétitif ou enfin à certaines procédures spécifiques telles que par exemple la procédure de conception réalisation ou la procédure du concours ;

- lorsque les marchés de travaux portent sur un montant supérieur ou égal au ***seuil des procédures formalisées (désormais 5 225 000 € HT)***, ils sont passés ***en principe*** selon la procédure de l'appel d'offres, sauf s'ils remplissent les conditions de recours à une autre procédure formalisée ***ou non*** comme les procédures négociées ***(la procédure concurrentielle avec négociation ou « la procédure » négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables)*** ou la procédure de dialogue compétitif ou enfin à certaines procédures spécifiques telles que, par exemple, la procédure de conception-réalisation, la procédure du concours ;
- pour les pouvoirs adjudicateurs, contrairement aux autres procédures formalisées, le recours aux procédures d'appel d'offres n'est pas limité à des cas de recours énumérés dans le décret. Par conséquent, on peut affirmer que les procédures d'appel d'offres sont les procédures formalisées de droit commun pour les pouvoirs adjudicateurs. Il faut dire que cette procédure est celle qui réalise la mise en concurrence la plus complète.

448. Pour les marchés et accords-cadres passés par une entité adjudicatrice, pour les marchés atteignant les seuils de la procédure formalisée, l'article 144 du code de 2006 disposait que celle-ci choisit librement entre les procédures de l'appel d'offres ouvert ou restreint, la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, le concours, le système d'acquisition dynamique. Elle pouvait opter également pour une procédure négociée sans mise en concurrence préalable si les conditions de recours à cette procédure étaient remplies.

Ces solutions sont globalement conservées par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application du 25 mars 2016. Ainsi, en vertu de l'article 26 de ce décret, quand les seuils des procédures formalisées sont atteints ou dépassés (418 000 € HT pour les fournitures et services, 5 225 000 € HT pour les travaux), les entités adjudicatrices passent leurs marchés publics selon l'une des procédures formalisées suivantes, qu'elles choisissent librement : l'appel d'offres, la procédure négociée avec mise en concurrence préalable et le dialogue compétitif. Mais quand les conditions de recours à cette procédure sont remplies, elles peuvent employer « *la procédure* » négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables, ou encore utiliser des techniques particulières d'achat comme le concours ou le système d'acquisition dynamique.

Bien sûr, quand les seuils de la procédure formalisée ne sont pas atteints, les entités adjudicatrices peuvent également recourir à une procédure adaptée (voir *supra*, n^os^ 430-432).

B. Les procédures négociées

I – Définition et typologie

449. Elles étaient définies à l'article 34 du Code des marchés publics qui disposait qu'« *une procédure négociée est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques* ».

Il n'existait plus sous l'empire du code de 2006 que deux grandes modalités de procédure négociée mentionnées à l'article 35 : la procédure négociée avec publicité préalable et mise en concurrence, la procédure négociée sans publicité préalable et sans mise en concurrence. Il a supprimé fort à propos la procédure négociée sans publicité préalable, mais avec mise en concurrence. À ces deux modalités s'en ajoutait une autre, spécifique à la passation des marchés de maîtrise d'œuvre prévue à l'article 74 du CMP pour les marchés passés par un pouvoir adjudicateur et à l'article 186 du CMP pour les marchés passés par une entité adjudicatrice. Désormais, l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application du 25 mars 2016 prévoient une procédure négociée assortie de mise en concurrence pour les pouvoirs adjudicateurs (procédure concurrentielle avec négociation) mais aussi pour les entités adjudicatrices (procédure négociée avec mise en concurrence préalable), qui est classée parmi les procédures formalisées, et la « *procédure* » négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables, qui n'est plus classifiée comme telle. À ces deux modalités, il faut ajouter la procédure négociée spécifique à la passation des marchés de maîtrise d'œuvre prévue à l'article 90 du décret.

L'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 indique que « *la procédure concurrentielle avec négociation* [est la procédure] *par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques* » et que « *la procédure négociée avec mise en concurrence préalable* [est la procédure] *par laquelle une entité adjudicatrice négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques* ». Les articles 71 et 74 du décret du 25 mars 2016 définissent respectivement la procédure concurrentielle avec négociation comme étant « *la procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations* », et la procédure négociée avec mise en concurrence préalable comme étant « *la procédure par laquelle une entité adjudicatrice négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations* ».

450. Le Code distinguait les cas de recours par les pouvoirs adjudicateurs des cas de recours par les entités adjudicatrices. Le décret du 25 mars 2016 reprend cette solution.

II – Cas de recours

a) Les cas de recours par les pouvoirs adjudicateurs

451. Les cas de recours par les pouvoirs adjudicateurs aux procédures négociées étaient limitativement énumérés par l'article 35, ce qui signifiait que les procédures négociées ont un caractère dérogatoire, contrairement à la procédure d'appel d'offres.

452. Les cas de recours à la procédure négociée après publicité préalable et mise en concurrence – Ils étaient énumérés à l'article 35, I du CMP et étaient les suivants :

- les marchés et accords-cadres passés après un appel d'offres ou un dialogue compétitif n'ayant donné lieu qu'à des offres irrégulières ou inacceptables. Une offre irrégulière est une offre qui est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché sont insuffisants pour la financer. Mais les conditions initiales du marché ne doivent pas avoir substantiellement changé. Toutefois, l'organisation d'une publicité préalable n'est pas obligatoire si les négociations ne sont menées qu'avec des candidats qui, lors de la procédure antérieure, avaient présenté une offre dans les délais impartis respectant les modalités formelles de présentation des offres ;
- les marchés et accords-cadres de service, notamment les services financiers et d'assurances et les marchés de prestations intellectuelles, qui ne peuvent être précisément définis pour passer un appel d'offres du fait de la nature de la prestation de services à réaliser. Ce cas de recours s'applique donc à certaines prestations de services spécifiques qui, du fait de leur forte complexité, ne peuvent permettre au moment de l'élaboration des pièces constitutives du marché une définition suffisamment précise. À titre d'exemple, on peut dire que dans les domaines des prestations intellectuelles comme la conception d'ouvrage, des services financiers et d'assurances, de telles difficultés de définition peuvent se rencontrer ;
- les marchés et accords-cadres de travaux qui sont passés exclusivement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point et qui sont dépourvus de toute finalité commerciale immédiate ;
- dans les cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas qui peuvent affecter leur réalisation ne permettent pas une fixation préalable et globale du prix.

453. Les cas de recours à la procédure concurrentielle avec négociation – Le recours à cette procédure par le pouvoir adjudicateur est limité aux cas de recours énumérés à l'article 25, II du décret du 25 mars 2016. Selon ce dernier, les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser la procédure concurrentielle avec négociation dans les cas suivants :

- lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
- lorsque le besoin consiste en une solution innovante (sont ainsi innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés) ;
- lorsque le marché public comporte des prestations de conception ;
- lorsque le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou

au montage juridique et financier, ou en raison des risques qui s'y rattachent ;
- lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique ;
- lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables au sens de l'article 59 ont été présentées, pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres. Au sens de l'article 59, une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable, notamment en matière sociale et environnementale. Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché public tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure.

b) Les cas de recours par les entités adjudicatrices

454. Le recours par les entités adjudicatrices aux procédures négociées était encadré par l'article 144 du CMP.

455. Les cas de recours à la procédure négociée après publicité préalable et mise en concurrence – En vertu de l'article 144, I du CMP, les entités adjudicatrices pouvaient librement recourir à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, qui leur était donc largement ouverte.

456. Le recours à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable – Tout d'abord, l'article 74 du décret du 25 mars 2016 définit cette procédure comme la procédure par laquelle une entité adjudicatrice négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations. Comme sous l'empire du CMP, le recours à cette procédure est entièrement libre en vertu de l'article 26 du décret, qui ne les enferme dans aucun cas de recours.

C. La procédure de dialogue compétitif

457. La procédure de dialogue compétitif succède à la procédure d'appel d'offres sur performances – Instaurée par le code de 2004, elle se substitue à la procédure d'appel d'offres sur performances du code de 2001, même si elle lui ressemble.

L'appel d'offres sur performances était, selon l'article 36 du code de 2001, 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 ».

458. Définition du dialogue compétitif – Le dialogue compétitif, pour sa part, est défini à l'article 75 du décret du 25 mars 2016, qui reprend presque mot pour mot la définition de cette procédure donnée à l'article 36 du CMP. Il s'agit de la procédure dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à y participer, en vue de définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins, et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre.

459. Cas de recours au dialogue compétitif – L'article 36 du CMP soulignait que cette procédure n'est applicable que pour les marchés publics complexes. A cet égard, il prévoyait deux cas de recours à cette procédure :

- lorsque le pouvoir adjudicateur est dans l'incapacité de définir les moyens techniques de nature à satisfaire ses besoins ;
- lorsqu'il n'est pas en mesure d'élaborer le montage juridique ou financier d'un projet.

L'article 25 du décret du 25 mars 2016 élargit le recours à cette procédure, puisqu'il est possible de l'utiliser dans tous les cas d'ouverture de la procédure concurrentielle avec négociation, qui sont au nombre de six (voir *supra*, n° 453). Il reste vrai néanmoins que cette procédure s'adresse essentiellement aux acheteurs qui, face à un besoin, se trouvent dans l'impossibilité objective de déterminer les procédés pour y répondre ou d'évaluer les solutions techniques innovantes ou financières ou juridiques provenant du secteur d'activité concerné. Cette situation n'est pas rare, elle peut se produire par exemple, pour la réalisation d'infrastructures de réseaux de transport intégrés ou dans le domaine de l'informatique qui nécessitent une maîtrise des données technologiques qui n'est pas toujours à la portée de tous les acheteurs. Le dialogue compétitif constitue donc une réponse adaptée à la passation des marchés complexes[17]. Pour ce type de projet, l'utilisation de la procédure d'appel d'offres est un obstacle à la connaissance par le pouvoir adjudicateur des solutions potentielles proposées par les entreprises, car dans le cadre de cette procédure, ces dernières vont élaborer des offres calibrées par les cahiers des charges dressés unilatéralement par le pouvoir adjudicateur. Au contraire, le dialogue compétitif autorise un large dialogue entre ce pouvoir et les entreprises candidates au marché.

Enfin, il faut observer que sous l'empire du CMP, la procédure de dialogue compétitif n'était applicable qu'à la passation des marchés publics et accords-cadres conclus par un pouvoir adjudicateur, elle ne s'appliquait pas à la

17. C'est ainsi qu'il a été jugé que la passation d'un marché de prestations d'assurances collectives en matière de prévoyance et de frais de santé présente une complexité suffisante pour justifier l'emploi du dialogue compétitif en raison du contexte spécifique de sa passation : CE, 11 mars 2013, Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie : Contrats-Marchés publ. 2013, comm. n° 130, note W. Zimmer.

passation des marchés publics et accords-cadres conclus par une entité adjudicatrice. Désormais, en vertu de l'article 26 du décret du 25 mars 2016, le recours à la procédure de dialogue compétitif pour les entités adjudicatrices est non seulement possible, mais totalement libre.

D. Les autres procédures ou techniques particulières d'achat et marchés publics particuliers

460. Sous l'empire du CMP, d'autres procédures comme le concours ou le système d'acquisition dynamique étaient prévues et présentées, notamment par l'article 26 de ce code, comme des procédures formalisées. De même, ce code intégrait dans la liste des autres procédures de passation, le marché de conception-réalisation, le partenariat d'innovation, tandis que les dispositions relatives au marché de maîtrise d'œuvre étaient intégrées dans les dispositions spécifiques à certains marchés. Désormais, le décret du 25 mars 2016 les regroupe et les répartit dans deux chapitres différents intitulés, pour le premier, techniques particulières d'achat et, pour le second, marchés publics particuliers. Ces techniques d'achat et de marchés publics particuliers renvoient le plus souvent, pour leur passation, aux grandes procédures formalisées quand les seuils de ces procédures sont atteints ou, dans la négative, à la procédure adaptée.

I – La procédure du partenariat d'innovation

461. Cette procédure d'origine communautaire a été introduite dans le CMP par le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 et est conservée par l'ordonnance et son décret d'application du 25 mars 2016.

Le partenariat d'innovation a pour finalité de faciliter la passation de marchés publics ayant un but d'innovation et de permettre aux acheteurs de faire une meilleure utilisation de leurs marchés pour stimuler l'innovation. En effet, l'acquisition de solutions innovantes contribue à l'amélioration de l'efficacité et de la qualité des services publics tout en permettant de mieux répondre aux enjeux sociétaux.

Le partenariat d'innovation est une nouvelle sorte de marché public. Il vise à remédier aux difficultés structurelles des marchés de recherche et de développement (R&D) qui imposent une remise en concurrence au terme de la phase de R&D pour pouvoir acquérir les produits, services ou travaux innovants qui en sont l'aboutissement. En vertu de l'article 93 de ce décret, le partenariat d'innovation a pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants au sens du 2° du II de l'article 25 ainsi que l'acquisition des produits, services ou travaux en résultant et qui répondent à un besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché. Selon l'article 25, II, 2° du décret du 25 mars 2016, sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode

organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise. Ainsi, les partenariats d'innovation sont des marchés qui ont pour objet la R&D et l'acquisition de la solution innovante en résultant ; cette acquisition pouvant se faire sans remise en concurrence.

Concernant les conditions de recours au partenariat d'innovation, il faut souligner qu'un tel partenariat ne peut donc être conclu qu'à la condition qu'il n'existe aucune solution disponible sur le marché de nature à répondre au besoin du pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. De sorte qu'afin de justifier le recours à ce partenariat, l'acheteur doit s'assurer, par une étude fouillée et méticuleuse, qu'il n'existe sur le marché aucune solution pour répondre à son besoin. À cet égard, il pourra utilement recourir au sourçage, désormais permis par l'article 4 du décret du 25 mars 2016. Enfin, on précisera que sont des solutions innovantes, non seulement les travaux, fournitures ou services totalement nouveaux, mais aussi ces prestations sensiblement améliorées. L'aspect innovant d'une solution peut aussi consister dans les méthodes employées.

II – Le concours

462. Le concours peut être défini au regard de l'article 8 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, qui retient une définition très proche de celle résultant de l'article 38 du CMP. Il s'agit de la procédure de sélection par laquelle l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis du jury de concours, 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. L'objet du concours est donc une prestation de conception.

Le concours doit donner lieu à une mise en concurrence. À cet égard, il existe deux types de concours : le concours ouvert, où tous les candidats recevables peuvent présenter une offre, et le concours restreint, où seuls peuvent présenter une offre les candidats présélectionnés.

III – La passation des accords-cadres

463. On le sait, les acheteurs peuvent conclure des accords-cadres avec un ou plusieurs opérateurs économiques. La passation de l'accord-cadre donne lieu aux mêmes procédures formalisées ou adaptées (selon leur montant) que les marchés publics. Pour les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamiques, la valeur à prendre en compte est la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés à passer ou des bons de commande à émettre pendant la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique.

Lorsque l'accord-cadre ne fixe pas toutes les stipulations contractuelles, il donne lieu à la conclusion de marchés subséquents. Lorsque l'accord-cadre fixe toutes les stipulations contractuelles, il est exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande. Les bons de commande sont des documents écrits adressés aux titulaires de l'accord-cadre qui précisent celles des

prestations, décrites dans l'accord-cadre, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité.

L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités prévues par l'accord-cadre.

La durée des accords-cadres ne peut dépasser 4 ans pour les pouvoirs adjudicateurs et 8 ans pour les entités adjudicatrices, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure.

Les marchés subséquents et les bons de commande sont conclus ou émis entre, d'une part, les acheteurs identifiés à cette fin dans l'avis d'appel à la concurrence, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans un autre document de la consultation et, d'autre part, le ou les opérateurs économiques titulaires de l'accord-cadre.

IV – Le système d'acquisition dynamique

464. Cette procédure d'origine communautaire a été introduite dans le CMP de 2006 et conservée par le décret du 25 mars 2016. C'est une procédure de mise en concurrence totalement dématérialisée.

Elle est définie désormais à l'article 81 du décret du 25 mars 2016, qui retient une définition très proche de celle du Code des marchés publics comme « *un processus entièrement électronique de passation de marché public, pour des achats d'usage courant, par lequel l'acheteur attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés spécifiques à l'un des opérateurs économiques préalablement sélectionnés* ».

Ce système s'apparente à une sorte de prolongement électronique de l'accord-cadre. En effet, par cette procédure, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice offre aux opérateurs économiques intéressés la possibilité de se préqualifier pour des marchés publics qui seront passés ultérieurement et pendant sa durée d'exécution. En outre, pendant cette durée et à tout moment, des entreprises peuvent présenter leur candidature par la voie électronique afin d'être à leur tour présélectionnées.

V – Les procédures relatives à la passation des marchés de maîtrise d'œuvre

465. Notion de marché de maîtrise d'œuvre – Dans les marchés publics de travaux, le maître d'ouvrage est la personne publique pour le compte de laquelle les travaux sont exécutés. Les fonctions ou attributions inhérentes à la maîtrise d'ouvrage sont donc, en principe, exercées par le maître d'ouvrage public lui-même. Mais ces attributions, fixées et encadrées par la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite loi MOP), étant très nombreuses et complexes, elles sont de plus en plus déléguées à un maître d'œuvre privé.

La maîtrise d'œuvre privée peut être définie conformément à la définition proposée par M. Guibal[18] comme « *l'ensemble des missions pouvant être confiées par un maître public d'ouvrage à un maître d'œuvre privé concernant les aspects architecturaux, techniques et économiques de la conception et du contrôle de la réalisation d'un ouvrage de bâtiment, d'un ouvrage industriel ou d'un ouvrage d'infrastructure* ».

Cette délégation d'attribution ne se fait que dans le cadre d'un marché de maîtrise d'œuvre.

En vertu de l'article 90 du décret du 25 mars 2016 reprenant l'article 74 du Code des marchés publics, ces marchés « *ont pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage, ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou de plusieurs éléments de mission définis par l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 (...)* ».

466. L'article 7 de cette loi dispose « *le maître de l'ouvrage peut confier au maître d'œuvre tout ou partie des éléments de conception et d'assistance suivants :*

1. les études d'esquisse ;

2. les études d'avant-projet ;

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. »

467. Procédures de passation des marchés de maîtrise d'œuvre – En vertu de l'article 90, II du décret du 25 mars 2016, les marchés publics de maîtrise d'œuvre qui répondent à un besoin atteignant ou dépassant les seuils des procédures formalisées sont passés dans les conditions suivantes.

Pour l'État, ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, lorsqu'ils agissent en tant que pouvoir adjudicateur, font l'objet d'une procédure négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables avec le ou les lauréats d'un concours restreint. Le concours restreint est donc pour ces marchés la procédure de droit commun.

18. *Mémento des marchés publics*, Éd. du Moniteur, 3e éd., 2001, p. 180.

Toutefois, ces acheteurs ne sont pas tenus d'organiser un concours, notamment dans les cas suivants :

- pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ou à la réalisation d'un projet urbain ou paysager ;
- pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages d'infrastructures ;
- pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre qui ne confie aucune mission de conception au titulaire ;
- pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation.

Toutefois, quand le montant du marché le permet, c'est-à-dire en dessous des seuils des procédures formalisées, ils peuvent être conclus selon la procédure adaptée.

Pour les autres acheteurs, ils sont passés selon l'une des procédures formalisées ou, si les conditions de cette procédure sont remplies, selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables.

Si ces acheteurs sont soumis à la loi MOP et choisissent d'organiser un concours, celui-ci est restreint.

Quant à la passation des marchés de maîtrise d'œuvre par les entités adjudicatrices, celles-ci, quand les seuils des procédures formalisées sont atteints, ont le libre choix entre les procédures formalisées qui leur sont applicables. En dessous de ces seuils, elles peuvent recourir à une procédure adaptée.

VI – Procédure de passation des marchés publics globaux

468. Comme on l'a vu plus haut, l'ordonnance du 23 juillet 2015 prévoit trois types de marchés publics globaux qu'elle encadre : les marchés publics de conception-réalisation, les marchés publics globaux de performance et les marchés publics globaux sectoriels.

VII – La procédure relative aux marchés de conception-réalisation

469. L'article 33 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 définit les marchés de conception réalisation comme « *des marchés publics de travaux permettant à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux* ».

470. Or, la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage public et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite loi MOP) pose un principe fort à son article 7, alinéa 2 selon lequel « *pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle d'entrepreneur* ». Mais ce principe n'est pas absolu puisque l'article 18, I de cette loi permet au maître d'ouvrage de « (...) *confier par contrat à un groupement de personnes de droit privé ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à une personne de droit privé, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, lorsque des motifs d'ordre technique ou d'engagement contractuel sur un niveau*

d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage ».

C'est pourquoi l'alinéa 2 de l'article 33 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, tient compte de ce principe et de son exception et précise que les acheteurs assujettis à la loi du 12 juillet 1985 « *ne peuvent recourir à un marché public de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage* ». Il s'agit, pour l'essentiel, d'opérations sur des ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure ainsi que d'équipements industriels destinés à leur exploitation. Et l'article 33 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 d'ajouter, en conformité avec l'article 18, I de la loi du 12 juillet 1985, qu'un tel marché public est confié à un groupement d'opérateurs économiques et qu'il peut toutefois être confié à un seul opérateur économique pour les ouvrages d'infrastructures.

Les pouvoirs adjudicateurs assujettis à la loi MOP sont l'une des personnes citées à l'article 1er de la loi. Il s'agit :

- de l'État et de ses établissements publics ;
- des collectivités territoriales, de leurs établissements publics, des établissements publics d'aménagement de ville nouvelle visés à l'article L. 321-1 du Code de l'urbanisme, de leurs groupements ainsi que des syndicats mixtes visés à l'article L. 5721-2 du CGCT ;
- des organismes privés mentionnés à l'article L. 124-4 du Code de la sécurité sociale, ainsi que de leurs unions ou fédérations et des 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 des SEM, pour les logements à usage locatif aidés par l'État et réalisés par ces organismes et sociétés.

471. Les conditions de recours à cette procédure pour les acheteurs assujettis à la loi MOP précisées par l'article 91, I du décret du 25 mars 2015 sont les suivantes :

- des motifs d'ordre technique doivent rendre nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage ; ces motifs doivent résulter soit de la destination de l'ouvrage, soit des techniques de réalisation projetées ;
- des motifs relatifs à la destination de l'ouvrage doivent la justifier ; sont concernés les ouvrages dont l'objet essentiel est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ;
- des motifs relatifs à la technique de réalisation de l'ouvrage doivent la légitimer ; sont concernés les ouvrages dont les caractéristiques – comme des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières – exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des entreprises ;
- enfin, des motifs résultant d'un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique.

Toutefois, conformément à l'article 33, II de l'ordonnance du 23 juillet 2015, ces conditions ne sont pas applicables aux marchés publics de conception-réalisation conclus jusqu'au 31 décembre 2018 par les organismes d'habitations à loyer modéré et les sociétés d'économie mixte de construction et de gestion de logements sociaux soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985, et qui sont relatifs à la réalisation de logements locatifs aidés par l'État, financés avec le concours des aides publiques à l'investissement en faveur du logement locatif, à la construction neuve de logements, à l'acquisition avec amélioration de logements existants et aux opérations de restructuration urbaine.

La passation de ces marchés par les acheteurs mentionnés à l'article 1er de la loi du 12 juillet 1985 donne lieu à l'application de la procédure formalisée lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de ces procédures, sous réserve de dispositions spécifiques relatives à l'intervention d'un jury qui seront abordées ultérieurement.

472. La procédure relative aux marchés globaux de performance. Ces marchés déjà évoqués plus haut associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces marchés publics doivent comporter des engagements de performance mesurables. Conformément à l'article 92 du décret du 25 mars 2016, le marché public global de performance doit faire apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la réalisation et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance doit être liée à l'atteinte des engagements de performances mesurables fixées par le marché public pour toute sa durée.

473. La procédure relative aux marchés globaux sectoriels – Ces marchés, déjà évoqués plus haut, permettent aux acheteurs de confier à un même attributaire une mission globale ayant notamment pour objet la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et/ou la maintenance des ouvrages édifiés dans les secteurs d'activité des pouvoirs et entités adjudicateurs limitativement énumérés (voir *supra*, n° 219).

VIII – Enchère électronique

474. Le procédé de l'enchère électronique n'est pas, à proprement parler, une procédure de passation des marchés publics, mais une procédure de sélection des offres intégrée par le décret du 25 mars 2016 dans les techniques particulières d'achat. Ainsi, en vertu de l'article 84 de ce décret, qui reprend à l'identique la définition de l'article 54 du CMP, une enchère électronique est une procédure de sélection des offres réalisée par voie électronique qui permet aux candidats de réviser leurs prix à la baisse et de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leur offre. Dès lors, l'enchère électronique n'est pas constitutive d'une procédure de passation, mais s'analyse comme une modalité spécifique de sélection des offres qui peut être mise en œuvre dans le cadre d'une procédure formalisée et qui doit en respecter les exigences.

Le recours à cette procédure de sélection des offres est limité. En effet, il n'est possible d'y recourir que pour les marchés de fournitures dont le montant atteint ou dépasse les seuils des procédures formalisées.

L'objet de l'enchère peut varier. En effet, il peut porter soit uniquement sur le prix lorsque le marché public est attribué sur la base de ce seul critère, soit sur le prix ou sur d'autres éléments quantifiables indiqués dans les documents de la consultation, lorsque le marché est attribué sur la base du coût ou d'une pluralité de critères.

475. Le déroulement des enchères électroniques – L'acheteur qui décide de recourir à une enchère électronique en informe les opérateurs économiques par une mention dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans l'invitation à soumissionner. À cet égard, les documents de la consultation comprennent les informations suivantes :

- les éléments des offres sur lesquels porte l'enchère électronique ;
- le cas échéant, les valeurs minimales et maximales qui pourront être présentées ;
- la nature des informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère électronique et le moment où elles le seront ;
- les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère, notamment les conditions dans lesquelles les soumissionnaires pourront enchérir et les écarts minimaux qui, le cas échéant, seront exigés pour enchérir ;
- les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion.

476. L'enchère électronique intervient après une première évaluation complète des offres conformément aux critères d'attribution, permettant que leur classement puisse être effectué sur la base d'un traitement automatisé.

Tous les soumissionnaires qui ont présenté des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables sont invités simultanément, par la voie électronique, à participer à l'enchère électronique en utilisant les connexions, à la date et à l'heure précisées, conformément aux instructions figurant dans l'invitation.

L'invitation adressée à chaque soumissionnaire est accompagnée du résultat de l'évaluation complète de son offre susévoquée.

Elle mentionne également la formule mathématique qui déterminera, lors de l'enchère électronique, les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix ou des nouvelles valeurs présentés. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'enchère électronique peut se dérouler en plusieurs phases. Elle ne peut débuter moins de deux jours ouvrables après la date d'envoi des invitations.

Au cours de chaque phase de l'enchère électronique, l'acheteur indique instantanément à tous les soumissionnaires les informations leur permettant de connaître à tout moment leur classement. Il peut également annoncer le

nombre de participants à la phase de l'enchère et communiquer, si les documents de la consultation le prévoient, les prix ou valeurs présentés par les autres soumissionnaires. Cependant, il lui est interdit de dévoiler l'identité des soumissionnaires.

Puis vient la phase de clôture de l'enchère. L'acheteur clôt l'enchère électronique selon une ou plusieurs des modalités suivantes :

- à la date et à l'heure fixées dans l'invitation à participer à l'enchère ;
- à partir de la réception de la dernière offre avant de clôturer l'enchère électronique quand il ne reçoit plus de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs répondant aux exigences relatives aux écarts minimaux, à condition d'avoir préalablement précisé le délai qu'il respectera ;
- quand toutes les phases de l'enchère prévues dans l'invitation à participer à l'enchère se sont déroulées.

Après la clôture de l'enchère électronique, le marché public est attribué en fonction des résultats de celle-ci et sous réserve du respect des règles relatives aux offres anormalement basses.

IX – Procédure de passation de marchés publics relatifs à l'achat de certains véhicules à moteur

477. L'achat de certains véhicules à moteur est soumis à certaines obligations particulières. En effet, quand cet achat porte sur un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur, en vertu de l'article 96 du décret du 25 mars 2016, doit tenir compte des incidences énergétiques et environnementales de ce véhicule sur toute sa durée de vie. Toutefois, cette obligation ne concerne que l'achat de certains véhicules à moteur, puisque n'est visé que l'achat d'un véhicule à moteur relevant des catégories M et N définies à l'article R. 311-1 du Code de la route. Ces catégories comprennent, pour l'essentiel :

- les véhicules conçus et construits pour le transport de personnes et comportant, outre le siège du conducteur, huit places assises ou plus ;
- les véhicules de transport en commun ;
- les véhicules à moteur conçus et construits pour le transport de marchandises.

Conformément à l'article 96, I, 2e alinéa du décret du 25 mars 2016, sont exemptés de cette obligation :

- les achats de véhicules conçus et construits pour être utilisés principalement sur les chantiers de construction, dans les carrières ou les installations portuaires ou aéroportuaires ;
- les véhicules conçus et construits pour être utilisés par les forces armées, la protection civile, les services de lutte contre l'incendie et les services responsables du maintien de l'ordre ;
- les machines mobiles.

Par ailleurs, si l'achat du véhicule est réalisé pour l'exécution d'un service public de transport de personnes dont l'acheteur s'est vu confier la gestion et

l'exploitation, l'obligation de prise en compte des incidences énergétiques et environnementales de ce véhicule s'applique, indépendamment de la valeur estimée du marché public, dès lors que les produits de la gestion et l'exploitation, sur toute leur durée, sont d'un montant égal ou supérieur au seuil à partir duquel l'autorité responsable du transport doit recourir à une procédure formalisée pour la passation de ses propres marchés publics de fournitures.

Il peut être satisfait à l'obligation de prise en compte des incidences énergétiques et environnementales du véhicule soit par la fixation de spécifications techniques conformes aux articles 6 à 9 du décret du 25 mars 2016 relatives aux performances énergétiques et environnementales du véhicule, soit par l'inclusion des incidences énergétiques et environnementales du véhicule, sur toute sa durée de vie, dans les critères d'attribution du marché.

§3. Les marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables

478. Comme leur nom l'indique, la passation de ces marchés n'est pas précédée d'une publicité et d'une mise en concurrence. Elle donne lieu seulement à une négociation avec un ou plusieurs opérateur(s) économique(s) choisi(s) par l'acheteur. Toutefois, une telle passation – et c'est un paradoxe – n'est pas exemptée du respect des principes fondamentaux de la commande publique. Le recours à de tels marchés est nécessairement limité aux cas autorisés par le droit communautaire des marchés publics. Leurs cas de recours sont désormais répertoriés à l'article 30 du décret du 25 mars 2016 et sont assez proches des cas qui étaient prévus aux articles 35, II et 144, II du CMP. Bien sûr, cette liste des cas de recours est limitative.

L'article 30 du décret du 25 mars 2016 énumère des cas de recours communs aux pouvoirs et aux entités adjudicateurs, un cas de recours propre aux pouvoirs adjudicateurs et des cas de recours spécifiques aux entités adjudicatrices.

A. Les cas de recours communs aux pouvoirs et aux entités adjudicateurs

479. Ces cas, répertoriés à l'article 30 du décret du 25 mars 2016, sont assez nombreux et variés. Ils sont les suivants.

480. Les marchés et accords-cadres devant répondre à une situation d'urgence impérieuse. Cette urgence impérieuse doit résulter de circonstances imprévisibles pour l'acheteur, ne doit pas être de son fait et ne lui permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées. Cette situation doit résulter de circonstances imprévisibles qui s'apprécient de manière restrictive par le juge. En effet, sous l'empire du Code des marchés publics, ces circonstances imprévisibles ont été très rarement décelées par le juge. Ainsi, de telles circonstances n'ont pas été reconnues pour la réalisation de

travaux supplémentaires résultant du passage d'une tempête tropicale[19]. Mais le Code précisait que rentrent dans ce cas de recours, les situations d'urgence impérieuse relevant d'une catastrophe technologique ou naturelle. Le juge administratif a jugé qu'un état de catastrophe naturelle et la nécessité de rétablir de manière urgente les voies et chemins sinistrés et permettre la circulation sur ceux-ci sont constitutifs d'une urgence impérieuse[20]. La CJCE adopte également une interprétation restrictive de la condition d'urgence impérieuse en exigeant que cette condition suppose l'existence d'un événement imprévisible, une situation d'urgence impérieuse, c'est-à-dire incompatible avec les délais s'appliquant dans les autres procédures et un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse qui en résulte[21]. L'article 30 du décret du 25 mars 2016 indique que sont dans une telle situation les marchés publics rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux réalisés par des acheteurs en application des articles L. 1311-4, L. 1331-24, L. 1331-26-1, L. 1331-28, L. 1331-29 et L. 1334-2 du Code de la santé publique et des articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du Code de la construction et de l'habitation ainsi que des marchés publics passés pour faire face à des dangers sanitaires définis aux 1° et 2° de l'article L. 201-1 du Code rural et de la pêche maritime. L'article 30 du décret ajoute que le marché public ainsi passé pour faire face à cette situation doit être limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence.

481. Lorsque dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres lancée par un pouvoir adjudicateur ou d'une procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice ou dans le cadre de la passation d'un marché public répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée ou d'un marché public de services sociaux et autres services spécifiques relevant de l'article 28 et de services juridiques de représentation relevant de l'article 29, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables ou des offres inappropriées ont été présentées, pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées. Une candidature est irrecevable au sens du IV de l'article 55 quand un candidat se trouve dans un cas d'interdiction de soumissionner, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur ou ne peut produire dans le délai imparti les

19. CE, 26 juill. 1991, Commune de Sainte-Marie : RDP 1992, p. 1528, obs. F. Llorens ; RFDA 1991, p. 966, concl. H. Legal.
20. CAA Marseille, 12 mars 2007, Commune de Bollène : Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 141.
21. CJCE, 18 nov. 2004, n° C-126/03, Commission c/ Allemagne : Lebon, p. I-11197 – CJCE, 2 juin 2005, n° C-394/02, Comm. CE c/ Grèce – CJCE, 15 oct. 2009, n° C-275/08, Commission c/ Allemagne : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 17, note W. Zimmer – CJUE, ord., 20 juin 2013, n° C-352/12, Consiglio Nazionale degli Ingegneri c/ Comune di Castelvecchio Subequo et Comune di Barisciano : Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 218, obs. M. Ubaud-Bergeron.

documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur. Une offre inappropriée au sens du I de l'article 59 est une offre sans rapport avec le marché public, parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre aux besoins et aux exigences de l'acheteur formulés dans les documents de la consultation. Lorsque le présent cas de recours est mis en œuvre, soit à la suite d'une procédure d'appel d'offres lancée par un pouvoir adjudicateur, soit d'une procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice, soit à la suite d'une procédure de passation d'un marché public relevant de l'article 28 et répondant à un besoin dont la valeur estimée atteint ou dépasse les seuils européens, un rapport est communiqué à la Commission européenne si elle le demande.

482. Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes :

- le marché public a pour objet la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique ;
- des raisons techniques. Tel est notamment le cas lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire ;
- la protection de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle.

Les deux premières raisons ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public.

483. Pour les marchés publics de fournitures qui ont pour objet :

- des livraisons complémentaires exécutées par le fournisseur initial et qui sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'acheteur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. Lorsqu'un tel marché public est passé par un pouvoir adjudicateur, sa durée ne peut dépasser – sauf cas dûment justifié – trois ans, périodes de reconduction comprises ;
- l'achat de matières premières cotées et achetées en Bourse.

484. Pour les marchés publics de fournitures ou de services passés dans des conditions particulièrement avantageuses soit auprès d'un opérateur économique en cessation définitive d'activité soit, sous réserve du 3° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, auprès d'un opérateur économique soumis à une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de

liquidation judiciaire, ou une procédure de même nature prévue par une législation d'un autre État.

485. Pour les marchés publics de services attribués au lauréat ou à l'un des lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils doivent tous être invités à négocier.

En cas de marché identique, les marchés de services ou de travaux qui ont pour objet la réalisation de prestations similaires à celles d'un premier marché exécuté par le même titulaire peuvent être passés sans publicité et sans mise en concurrence préalables. Mais plusieurs conditions doivent être remplies pour pouvoir passer ce type de marché :

- le premier marché doit avoir été conclu après mise en concurrence ;
- le premier marché doit avoir mentionné la possibilité de recourir à la procédure négociée sans publicité et sans mise en concurrence pour la réalisation de prestations similaires ;
- la mise en concurrence doit avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris les nouvelles prestations ;
- lorsqu'un tel marché public est passé par un pouvoir adjudicateur, la durée durant laquelle les nouveaux marchés peuvent être passés ne peut excéder trois ans à compter de la notification du premier marché.

486. Pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros HT. Mais le décret du 25 mars 2016 précise, comme le faisait le CMP, que pour ces marchés de faible montant, l'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin. Cette précision est logique, car ces marchés ne sont pas exonérés du respect des principes fondamentaux de la commande publique qui incite à l'observation de la « *règle des trois devis* » consistant à demander à au moins trois opérateurs économiques un devis (voir *supra*, n° 342). On observera aussi que ces marchés de faible montant ne sont plus rattachés, comme sous l'empire du CMP, à la procédure adaptée, mais à la procédure négociée sans publicité et mise en concurrence préalable dont ils constituent un cas d'ouverture. Dès lors, les règles applicables à cette procédure, s'appliquent également à ces marchés de faible montant.

487. Pour les marchés publics de fournitures de livres non scolaires passés par l'État, les collectivités territoriales, les établissements d'enseignement, de formation professionnelle ou de recherche, les syndicats représentatifs ou les comités d'entreprise qui sont des acheteurs au sens du droit des marchés publics, les personnes morales gérant des bibliothèques accueillant du public pour leurs besoins propres ou pour l'enrichissement des collections des bibliothèques accueillant du public et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 90 000 euros hors taxe. Ces acheteurs, lorsqu'ils font usage de cette faculté, veillent à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même

opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin et tiennent compte de l'impératif de maintien sur le territoire d'un réseau dense de détaillants qui garantit la diversité de la création éditoriale et l'accès du plus grand nombre à cette création.

488. Pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils des procédures formalisées, lorsque la mise en concurrence est impossible ou manifestement inutile, en raison notamment de l'objet du marché public ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré.

B. Un cas de recours propre aux pouvoirs adjudicateurs

489. L'article 30, II du décret du 25 mars 2016 prévoit un cas de recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables propre aux pouvoirs adjudicateurs : il concerne la passation des marchés publics de fournitures ayant pour objet l'achat de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement.

C. Des cas de recours spécifiques aux entités adjudicatrices

490. L'article 30, III du décret du 25 mars 2016 accorde aux entités adjudicatrices des cas de recours supplémentaires à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables. Il s'agit :

- des marchés publics conclus à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement. La passation d'un tel marché public ne doit pas porter préjudice à la mise en concurrence des marchés publics ultérieurs qui poursuivent ces mêmes objectifs ;
- des marchés publics ayant pour objet l'achat de fournitures qu'il est possible d'acquérir en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui se présente dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché. Il s'agit, notamment, de permettre aux entités adjudicatrice de profiter d'opérations de promotion ou de soldes effectuées par un opérateur économique.

Section 2 Le déroulement des procédures

491. Le déroulement de chaque procédure formalisée ainsi que de la plupart des techniques particulières d'achat et marchés publics particulières sera étudié successivement.

§1. Le déroulement des procédures d'appel d'offres

492. Les marchés passés par appel d'offres, qu'il soit ouvert ou restreint, peuvent faire l'objet d'un avis de préinformation (pour les marchés des pouvoirs adjudicateurs) ou d'un avis périodique indicatif (pour les marchés des entités adjudicatrices) qui est soit adressé pour publication par la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché à l'office des publications officielles de l'Union européenne soit publié sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice dans les conditions prévues à l'article 31 du décret du 25 mars 2016 (pour les marchés des pouvoirs adjudicateurs, voir *supra*, n° 346) et à l'article 32 de ce décret (pour les marchés des entités adjudicatrices, voir *supra*, n° 346). Le pouvoir ou l'entité adjudicateur qui publie cet avis sur son profil d'acheteur envoie au préalable, par voie électronique, à l'Office des publications officielles de l'Union européenne un avis annonçant la publication de cet avis.

Cela dit, une étude précise des procédures d'appel d'offres oblige à distinguer l'appel d'offres ouvert de l'appel d'offres restreint.

A. Le déroulement de l'appel d'offres ouvert

493. Publicité et délai de réception des offres – Cette procédure commence par la publication d'un avis de marché dans les conditions de l'article 33 du décret du 25 mars 2016 – déjà étudiées (voir *supra*, n° 351). Pour rappel, l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements publient un avis de marché dans le *BOAMP* et au *JOUE* ; les autres acheteurs publient un avis de marché au *JOUE*.

Le délai de réception des candidatures et des offres est au moins de 35 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché. En principe, ce délai est un délai minimal qui doit être strictement respecté et ne peut donc être raccourci. Toutefois, trois exceptions à ce principe sont prévues par l'article 67 du décret du 25 mars 2016.

Tout d'abord, il peut être réduit à 15 jours si un avis de préinformation (pour les pouvoirs adjudicateurs) ou un avis périodique indicatif (pour les entités adjudicatrices) a été publié et si deux conditions sont respectées. Il faut que cet avis ait été envoyé à la publication 35 jours au moins à 12 mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché et il doit contenir les mêmes renseignements que ce dernier, si ceux-ci étaient connus lors de son envoi.

Ensuite, le délai minimal de 35 jours peut être abaissé à 30 jours si les candidatures et les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique.

Enfin, quand une situation d'urgence, dûment justifiée, rend le délai minimal de 35 jours impossible à respecter, l'acheteur peut fixer un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

À l'inverse, il est des cas où le délai minimal de réception des offres est augmenté. Il en est ainsi lorsque certains documents de la consultation ne

sont pas publiés sur un profil d'acheteur pour certaines raisons, le délai minimal de réception des offres est alors augmenté de cinq jours, sauf urgence dûment justifiée. Ces raisons sont mentionnées au II de l'article 39. Il s'agit ici des cas suivants :

- lorsque, en raison de la nature particulière du marché public, l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait des outils, des dispositifs ou des formats de fichiers particuliers qui ne sont pas communément disponibles ou pris en charge par des applications communément disponibles ;
- lorsque les applications prenant en charge les formats de fichier adaptés à la description des offres utilisent des formats de fichiers qui ne peuvent être traités par aucune autre application ouverte ou communément disponibles ou sont soumises à un régime de licence propriétaire et ne peuvent être mises à disposition par téléchargement ou à distance par l'acheteur ;
- lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait un équipement de bureau spécialisé dont les acheteurs ne disposent pas communément ;
- lorsque les documents de la consultation exigent la présentation de maquettes, de modèles réduits, de prototypes ou d'échantillons qui ne peuvent être transmis par voie électronique ;
- lorsque l'utilisation d'autres moyens de communication que les moyens électroniques est nécessaire en raison soit d'une violation de la sécurité des moyens de communication électroniques, soit du caractère particulièrement sensible des informations qui exigent un degré de protection extrêmement élevé ne pouvant pas être assuré convenablement par l'utilisation d'outils et de dispositifs électroniques dont disposent communément les opérateurs économiques ou qui peuvent être mis à leur disposition par certains autres moyens d'accès mentionnés au IV de l'article 42 du décret du 25 mars 2016.

Lorsque l'acheteur impose aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité de certaines informations.

De même, quand la formulation des offres nécessite une visite sur les lieux d'exécution du marché ou une consultation sur place de documents complémentaires, le délai de réception des offres doit être suffisant pour permettre à tous les opérateurs économiques de prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour l'élaboration de leurs offres ; dès lors, ce délai est prolongé.

En outre, le délai de réception des offres est prolongé dans les cas suivants :

- lorsqu'un complément d'information, nécessaire à l'élaboration de l'offre, demandé en temps utile par l'opérateur économique, n'est pas fourni dans le délai de six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres ou de quatre jours quand le délai de réception des offres est réduit pour cause d'urgence ;

– lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents de la consultation.

Comme le précise l'article 43, III, 2°, second alinéa, la durée de la prolongation du délai est proportionnée à l'importance des informations demandées ou des modifications apportées.

494. Ensuite, lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur le profil d'acheteur pour une des raisons évoquées plus haut, l'acheteur indique, dans l'avis d'appel à la concurrence, les moyens par lesquels ces documents peuvent être obtenus. Quand certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur parce que l'acheteur impose aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité de certaines informations, celui-ci indique, dans l'avis d'appel à la concurrence, dans les documents de la consultation, les mesures qu'il impose en vue de protéger la confidentialité des informations ainsi que les modalités d'accès aux documents concernés.

En outre, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sont envoyés aux opérateurs économiques six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des candidatures et des offres, pour autant qu'ils en aient fait la demande en temps utile. Lorsque, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, le délai de réception des offres est réduit pour cause d'urgence, ce délai est réduit à quatre jours.

495. Envoi des dossiers de candidature et des offres – Puis les dossiers de candidature et les offres sont envoyés par tout moyen permettant de déterminer de manière certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir leur confidentialité. Le procédé de transmission traditionnel des candidatures et des offres prend la forme de « *documents papier* ». Dans ce cadre, les procédés de l'envoi des candidatures sont fondamentalement la lettre recommandée avec accusé de réception et la remise au service par tout moyen contre récépissé. Mais désormais, la transmission électronique supplante le document papier. En effet, le décret du 25 mars 2016 en ses articles 39 et suivants promeut la dématérialisation des procédures et les communications et échanges d'informations par voie électronique. L'acheteur peut imposer la transmission des candidatures et des offres par voie électronique. En vertu de l'article 40 du décret du 25 mars 2016, l'acheteur ne peut refuser de recevoir les candidatures et les offres transmises par voie électronique pour les marchés publics passés par l'État, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements. En vertu de l'article 41 de ce décret, toutes les communications et tous les échanges d'informations sont effectués par des moyens de communication électronique lorsqu'une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication, à compter du 1er avril 2017 pour les centrales d'achat et du 1er octobre 2018 pour les autres acheteurs. En outre, pour les achats de fournitures de matériels informatiques et de services informatiques d'un montant atteignant ou excédant

90 000 euros HT, les candidatures et les offres doivent être transmises par voie électronique.

Le mode de transmission des candidatures et des offres est indiqué dans l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation. Pour chaque étape de la procédure, les candidats et soumissionnaires appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils transmettent à l'acheteur.

496. Ouverture des plis, examen et analyse des candidatures – Puis survient la séance d'ouverture des plis. Cette séance n'est pas publique. Il est à souligner que seuls les plis parvenus dans les délais (date et heure limites) sont ouverts. La personne compétente ouvre les plis (papiers ou électroniques) contenant les documents relatifs à la candidature et l'offre, mais n'examine que les premiers si elle a décidé d'étudier d'abord les candidatures.

Avant de procéder à l'examen et à l'analyse des candidatures, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché qui constate que manquent des renseignements et pièces réclamées dans l'avis d'appel public à la concurrence peut demander aux candidats concernés de compléter leur dossier dans un délai identique pour chacun. En effet, l'article 55, I du décret du 25 mars 2016 prévoit que « *l'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous* ».

Ainsi, avant et pendant l'examen des candidatures, la personne compétente peut demander aux candidats de compléter le contenu de leur dossier lorsque :

- manque l'attestation sur l'honneur relative aux interdictions de soumissionner ou une information réclamée ;
- manque la signature de la candidature lorsque l'acheteur a exigé sa signature dans les documents de la consultation.

Mais ceci ne constitue bien sûr qu'une simple faculté, dans la mesure où le droit des marchés publics n'oblige pas l'acheteur à demander aux candidats de compléter leur dossier. S'il ne demande pas de régularisation, les candidats dont le dossier est incomplet sont éliminés. S'il utilise cette faculté, l'acheteur adresse une demande de régularisation à tous les candidats concernés afin de respecter le principe d'égalité de traitement des candidats.

Au regard des renseignements relatifs à la candidature, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché, écarte les candidatures irrecevables ou auxquelles il manque des renseignements et pièces prévus à l'article 50 du décret du 25 mars 2016 ou qui ne présentent pas des garanties techniques et financières suffisantes. Est irrecevable au sens de l'article 55 du décret du 25 mars 2016 la candidature présentée par un opérateur économique qui se trouve dans un cas d'interdiction de soumissionner, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur. Toutefois comme le dispose l'article 44, IV,

2e alinéa du décret du 25 mars 2016, « *l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat* » ; elle ne dispense pas, par conséquent, l'acheteur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats. Cette disposition vise à ne pas pénaliser les petites et moyennes entreprises, et surtout les entreprises nouvellement créées. Néanmoins, elle ne dispense pas l'acheteur de procéder à l'étude des capacités de ces entreprises, sur la base des renseignements qu'elles fournissent.

En effet, les entreprises de création récente sont souvent dans l'impossibilité de communiquer certains documents réclamés par l'acheteur pour se prononcer sur la capacité des candidats, comme notamment le chiffre d'affaires réalisé au cours des trois derniers exercices disponibles, ou les bilans ou extraits de bilans concernant les trois dernières années.

Ainsi, l'acheteur ne peut rejeter la candidature d'une entreprise de création récente au seul motif qu'elle n'a pas transmis des pièces demandées dont elle ne dispose pas. Toutefois, le candidat doit, dans cette situation, apporter tous les éléments de nature à justifier de sa capacité à exécuter le marché[22]. Il existe, pour cela, plusieurs solutions :

- il peut, pour justifier de ses capacités financières, demander que soient également prises en compte les capacités techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces opérateurs (sous-traitant, filiale, société mère, entreprise tierce...). Le candidat doit alors justifier des capacités financières de ces opérateurs et apporter la preuve qu'il en disposera pour toute l'exécution du marché ;
- les acheteurs doivent autoriser les candidats qui ne sont pas en mesure de produire les pièces exigées à justifier de leurs capacités techniques et financières par d'autres procédés. Ainsi, l'article 2 de l'arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics, indique que « *si, pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les renseignements et documents demandés par l'acheteur, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre moyen considéré comme approprié par l'acheteur* ».

Par ailleurs, les candidatures émanant de candidats frappés d'une interdiction de soumissionner (voir *supra*, n° 181) sont éliminées.

Les offres des candidats éliminés ne sont pas examinées et leur sont rendues. La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché doit les informer du rejet de leur candidature en leur communiquant les motifs du rejet de leur candidature. L'application de cette règle a donné lieu à une

22. CAA Versailles, 11 juin 2015, n° 13VE02791, Office de coordination des transports pour la santé.

précision intéressante par la jurisprudence du Conseil d'État qui, dans son arrêt du 24 juin 2011, *Commune de Rouen*[23], indique « *que ces dispositions n'interdisent pas au pouvoir adjudicateur, après avoir communiqué les motifs justifiant le rejet d'une candidature ou d'une offre, de procéder ultérieurement à une nouvelle communication pour compléter ou préciser ces motifs, voire pour procéder à une substitution de motifs* ». Toutefois, la vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles des candidats peut être effectuée à tout moment de la procédure, et au plus tard avant l'attribution du marché public. Ainsi, comme l'autorise l'article 68 du décret du 26 mars 2016, l'acheteur peut décider d'examiner les offres avant les candidatures. L'inversion de l'ordre d'examen des candidatures et des offres allège les charges pesant sur les candidats et les acheteurs, car les vérifications de l'aptitude professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles ne s'opéreront alors qu'à l'égard du titulaire pressenti. De même, l'acheteur ne peut exiger qu'à l'égard de celui-ci, il justifie ne pas être dans un cas d'interdiction de soumissionner.

Lorsqu'il fait usage de cette faculté d'inversion de l'ordre d'examen des candidatures et des offres, l'acheteur s'assure que la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection s'effectue de manière impartiale et transparente, afin que le marché public ne soit pas attribué à un soumissionnaire qui aurait dû être exclu ou qui ne remplit pas les critères de sélection établis par l'acheteur. Il doit donc effectuer cette vérification comme il l'aurait faite s'il l'avait réalisée avant l'examen des offres. Autrement dit, son appréciation ne doit pas être influencée par l'analyse des offres préalablement effectuées.

497. Examen et analyse des offres – La personne compétente prend connaissance des offres contenues dans le pli papier ou dématérialisé et les analyse. Elle élimine les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables. Sont donc écartées :

- les offres non conformes à l'objet du marché, car elles ne sont manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre aux besoins et aux exigences de l'acheteur ;
- les offres incomplètes, c'est-à-dire dont certaines pièces exigées dans les documents de consultation manquent, ou les offres qui enfreignent une disposition des documents de consultation ou celles qui s'écartent des exigences du cahier des charges ;
- les offres qui méconnaissent la législation en vigueur ;
- les offres sans commune mesure avec les crédits alloués par le budget du pouvoir ou de l'entité adjudicateur pour financer la prestation objet du marché.

23. CE, 24 juin 2011, Commune de Rouen : Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 247, note J.-P. Pietri.

Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. Lors de l'examen des offres comme à tout autre stade de la procédure d'appel d'offres, il ne peut y avoir de négociation avec les candidats, comme le rappelle l'article 67, IV du décret du 26 mars 2016. Néanmoins, tout contact entre la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché et les candidats n'est pas prohibé. Mais ces contacts doivent se limiter à des demandes de précisions et de compléments. Celles-ci ne permettent pas, sauf hypothèse d'autorisation de régularisation des offres irrégulières, une mise en conformité de l'offre, ni des modifications apportées à l'offre initiale, car cette dernière est irrévocable ni enfin, bien sûr, une négociation de l'offre.

498. Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse – Après avoir minutieusement examiné et comparé les offres, les avoir classées, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché pour les marchés de l'État, de ses établissements publics, des établissements publics sociaux ou médico-sociaux ou la CAO pour les marchés des collectivités territoriales et de leurs établissements publics – à l'exclusion des établissements publics sociaux ou médico-sociaux – choisit l'offre économiquement la plus avantageuse au regard du critère unique du prix ou du coût ou des critères de choix pondérés ou, au cas où cette pondération ne serait pas possible pour des raisons objectives, hiérarchisés et mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Comme le précise l'article 62, II du décret du 26 mars 2016, ces critères varient avec l'objet du marché et doivent être justifiés par cet objet ou par ses conditions d'exécution et, bien sûr, ne peuvent avoir un caractère discriminatoire. En outre, tous les critères d'attribution choisis, y compris celui du prix, doivent obligatoirement être justifiés par l'objet du marché[24] (voir *supra*, n° 374) ou, désormais, par ses conditions d'exécution. Mais le décret du 26 mars 2016 accorde un traitement particulier aux critères du prix ou du coût. En effet, ceux-ci sont les deux seuls critères qui peuvent être utilisés comme critère unique quand l'acheteur décide d'opérer son choix sur le fondement d'une unique donnée. Quand il effectue sa sélection sur une pluralité de critères, le critère du prix ou celui du coût doivent obligatoirement être utilisés. Dès lors, ces derniers bénéficient d'une présomption irréfragable de lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution. Contrairement aux autres critères, en cas de contentieux sur le choix des critères, le recours au prix ou au coût ne pourra être contesté, sauf à invoquer que le choix en faveur de l'un plutôt que de l'autre est inopportun au regard de l'objet du marché public ou de ses conditions d'exécution.

24. CE, 6 avr. 2006, Département de l'Isère : Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 171, note J.-P. Pietri.

Ainsi, l'article 62, II du décret indique désormais que pour attribuer le marché public au soumissionnaire – ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse –, l'acheteur se fonde :

- soit sur un critère unique, qui peut être :
  - un critère de prix, à condition que le marché public ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité n'est pas susceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre,
  - un critère de coût, déterminé selon une approche globale pouvant être fondée sur le coût du cycle de vie ;
- soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût, ainsi qu'un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux.

Ainsi, en vertu de cet article 62, II, le choix de l'attributaire sur le fondement d'un critère unique ne repose plus, comme sous l'empire du CMP, uniquement sur le prix – qui était donc le seul critère unique possible. Dorénavant, l'acheteur a le choix entre deux critères uniques : le prix ou le coût. Mais si le prix a un caractère véritablement objectif, il ne suffit souvent pas à l'analyse – même strictement économique – de l'offre ; de ce point de vue, le coût constitue donc une donnée plus complète.

Le recours au critère unique du prix n'est juridiquement possible que s'il est justifié par l'objet du marché. En outre, la formulation de l'objet justifiant le recours au critère unique du prix retenue par l'article 62, II permet d'affirmer qu'un tel recours est exclu pour les marchés publics de travaux. Pour ceux-ci, si l'acheteur décide de recourir à un critère unique, il s'agira forcément du critère du coût.

On peut donc considérer que le recours au critère unique du prix est limité aux marchés ayant un objet simple et que, en conséquence, il représente l'exception, tandis que le recours au critère unique du coût ou à une pluralité de critères est la règle de principe. À bien des égards, l'examen des offres sous le seul angle du prix – et même, dans une moindre mesure, sous l'angle unique du coût – est fréquemment trop réducteur. En effet, il est clair que la valeur technique, le coût d'utilisation les délais d'exécution ou de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, notamment, sont des éléments d'appréciation fort importants pour dégager l'offre la plus avantageuse.

Ainsi, on observe que la liberté du choix du cocontractant est réelle même si elle est encadrée, puisque le choix de ce dernier doit être réalisé sur la base d'un ou plusieurs critères légitimes et prédéterminés. Mais, sous l'empire du CMP, aucun critère n'est en lui-même obligatoire. On peut donc soutenir que cette liberté de choix des critères d'attribution, bien que conservée, est atténuée par l'article 62, II du décret du 25 mars 2016. En effet, comme indiqué plus haut, cet article oblige l'acheteur, parmi les critères d'attribution qu'il retient, de recourir au critère du prix ou du coût. Autrement dit, il doit obligatoirement utiliser soit le critère du prix, soit celui du coût, et peut librement lui agréger un

ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux qui doivent être dépourvus de caractère discriminatoire et être liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. En outre, les dispositions du droit des marchés publics, en diversifiant les critères de sélection des offres, tentent de permettre l'octroi du marché au mieux-disant plutôt qu'au moins-disant. Il faut en effet privilégier l'offre qui correspond au meilleur rapport qualité-prix ou qualité/coût.

De plus, les critères de choix doivent être pondérés dans les documents ; autrement dit, le poids précis de chaque critère doit être indiqué. Toutefois, si la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible dans le marché en cause il pourra recourir à la hiérarchisation. En effet l'article 62, II du décret du 25 mars 2016 dispose que « (...) *Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, les critères d'attribution font l'objet d'une pondération ou, lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, sont indiqués par ordre décroissant d'importance.* (...) »

Par ailleurs, les offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue. Mais ce choix n'est que provisoire, il sera confirmé lorsque l'attributaire aura démontré le caractère régulier de sa situation sociale et fiscale en fournissant les certificats et attestations délivrés par les administrations et organismes compétents. Quand le candidat choisi ne peut produire ces certificats dans le délai déterminé par la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché, son offre est rejetée et le candidat est éliminé. En conséquence, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché présentera la même demande au candidat dont l'offre a été classée deuxième et ainsi de suite si nécessaire. Il faut souligner qu'un droit de préférence était accordé par l'article 53, IV, 1° du CMP à égalité de prix ou à équivalence des offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par une entreprise adaptée, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes. Du reste, quand le marché concernait, en tout ou en partie, des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans, des sociétés coopératives ouvrières de production, des entreprises adaptées, le pouvoir adjudicateur devait, avant toute mise en concurrence, déterminer les prestations qui, dans la limite du quart de leur montant, à équivalence d'offres, seraient attribuées par préférence à ceux-ci. De même, quand le marché avait pour objet, en tout ou en partie, des travaux à caractère artistique, le droit de préférence sus-signalé au profit des sociétés coopératives d'artistes ou des artisans d'art s'exerçait jusqu'à concurrence de la moitié du montant de ces travaux.

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016 abandonnent ce droit de préférence au profit du dispositif des marchés réservés consacrant l'existence d'une commande publique sociale. Les articles 36 et 37 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 offrent ainsi aux acheteurs la possibilité de réserver des marchés publics

respectivement aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés et aux entreprises de l'économie sociale et solidaire (voir *supra*, n° 413).

499. Rejet des offres anormalement basses – Par ailleurs, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché écarte les offres anormalement basses. Ce rejet intervient par décision motivée qui ne peut être prise qu'après avoir demandé par écrit à leurs auteurs des précisions qu'elles jugent utiles et vérifié les justifications apportées (voir *supra*, n° 410).

500. Déclaration le cas échéant du caractère infructueux ou sans suite de l'appel d'offres – Il arrive aussi qu'aucune offre ne paraisse acceptable, régulière ou appropriée à la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché pour l'État, ses établissements publics à caractère administratif, les établissements publics de santé, les établissements publics sociaux ou médico-sociaux ou à la CAO pour les collectivités locales et leurs établissements publics. Dans ce cas, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché pour les marchés de l'État, de ses établissements publics à caractère administratif, des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, des établissements publics de santé ou la CAO pour les marchés des collectivités locales et de leurs établissements publics, peut déclarer l'appel d'offres infructueux. Tous les candidats sont alors informés dans les plus brefs délais de cette décision et de ses motifs. Quand l'appel d'offres est déclaré infructueux, il peut alors être lancé un nouvel appel d'offres ou si les conditions initiales du marché n'ont pas substantiellement changé, un marché négocié sans publicité et mise en concurrence préalables en cas d'offres inappropriées, une procédure concurrentielle avec négociation (pour les marchés des pouvoirs adjudicateurs) ou une procédure de dialogue compétitif, au cas où seules des offres inacceptables ou irrégulières ont été présentées.

De même, conformément à l'article 98 du décret du 25 mars 2016, la procédure d'appel d'offres peut à tout moment être déclarée sans suite. Toutefois, cet article ne précise plus – comme le faisait l'article 59, IV du CMP – que la déclaration sans suite se fonde sur des motifs d'intérêt général. Il reste que ce sont ces motifs qui justifient la déclaration sans suite, car ils la distinguent de la déclaration du caractère infructueux de l'appel d'offres. Cette décision relève du pouvoir discrétionnaire, du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice et fait donc l'objet d'un contrôle restreint limité à l'erreur manifeste d'appréciation de la part du juge. Peuvent notamment être invoqués, les motifs suivants : la disparition du besoin du pouvoir (ou de l'entité) adjudicateur, une insuffisance de la concurrence, une irrégularité commise dans le déroulement de la procédure. Tous les candidats sont alors informés de cette décision. Conformément à l'article 98 du décret, l'acheteur communique aux opérateurs économiques ayant participé à la procédure, dans les plus brefs délais, les raisons pour lesquelles il a décidé de ne pas attribuer le marché public ou de recommencer la procédure.

501. Information des candidats du rejet de leur offre – Mais l'hypothèse de loin la plus fréquente est celle où le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice attribue le marché. Dès qu'il a fait son choix sur les offres, il informe tous les candidats non retenus du rejet de leur offre et de ses motifs. Cette notification doit indiquer le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre. Elle ne doit pas intervenir moins de 16 jours avant la signature du marché lorsque cette notification n'a pas été transmise par voie électronique. Ce délai est réduit à au moins 11 jours en cas de transmission électronique de cette notification. De même, il fait savoir à tout soumissionnaire ayant fait une offre écartée, dans les meilleurs délais et au plus tard dans les 15 jours de la réception d'une demande écrite à cette fin et, si son offre était conforme à l'objet du marché et n'était ni irrégulière, ni inacceptable, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue. Toutefois, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché ne doit pas communiquer certaines informations. Ainsi, les renseignements dont la divulgation serait contraire à la loi, à l'intérêt et à l'ordre publics ou porterait atteinte aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises comme le secret industriel et commercial ou à une concurrence loyale entre entreprises ne seront pas fournis.

502. Élaboration du rapport de présentation – Puis le projet de marché donne lieu à un rapport de présentation établi par la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché dont le contenu est déterminé à l'article 105 du décret du 25 mars 2016. C'est ainsi, notamment, que ce rapport :

- décrit l'objet du marché et son montant prévu ;
- mentionne le nom des candidats exclus et celui des candidats retenus et les motifs de leur sélection ou de leur exclusion ;
- mentionne le nom des soumissionnaires dont l'offre a été rejetée et les motifs de ce rejet, le cas échéant les motifs du rejet des offres anormalement basses ;
- justifie le choix opéré de la procédure de passation ;
- le nom du titulaire et motive le choix de son offre et indique, si elle est connue, la part du marché qui sera sous-traitée et le nom des sous-traitants.

503. Notification du marché – Ensuite, lorsque le marché est passé par une collectivité territoriale, les pièces accompagnées du rapport de présentation sont adressées au représentant de l'État pour lui permettre d'exercer son contrôle de légalité. Cette transmission est un préalable à la notification du marché au titulaire par la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché. Pour les marchés des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, la notification au titulaire ne peut intervenir avant la réception de ces pièces par le représentant de l'État. Cette notification conditionne tout commencement d'exécution de la prestation.

504. Envoi d'un avis d'attribution – Enfin, en vertu de l'article 104 du décret du 25 mars 2016, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché, dans les 30 jours suivant la signature du marché, envoie pour publication un avis d'attribution. Cette publication est un élément supplémentaire de transparence qui favorise l'introduction de recours de la part des soumissionnaires s'estimant injustement évincés. Les avis d'attribution sont publiés dans le même organe que celui qui a publié l'avis d'appel public à la concurrence et selon les mêmes modalités de transmission. Dès lors, en vertu de l'article 104, I du décret du 25 mars 2016, pour l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, l'avis est publié dans le *BOAMP* et au *JOUE* ; pour les autres acheteurs, l'avis est publié au *JOUE*. L'avis est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis en matière de marchés publics.

B. Le déroulement de l'appel d'offres restreint

505. L'appel d'offres restreint permet au pouvoir adjudicateur de réduire le nombre de candidats admis à présenter une offre. Les candidats font donc l'objet d'une présélection et seuls ceux qui sont présélectionnés sont admis à présenter une offre. L'appel d'offres restreint s'organise donc autour de deux phases : la sélection des candidats et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Dès lors, dans la procédure d'appel d'offres restreint, la remise des candidatures constitue une étape distincte de la remise des offres.

506. Publicité et délai de réception des candidatures – La procédure commence par la publication d'un avis d'appel public à la concurrence dans les conditions décrites à l'article 33 du décret du 25 mars 2016. Cette publicité a ici pour objectif de proposer aux entreprises intéressées par le marché de présenter leur candidature.

L'avis peut fixer un nombre minimum et un nombre maximum de candidats admis à présenter une offre. Dans ce cas, comme le précise l'article 33 du décret du 25 mars 2016 – reprenant la solution de l'article 60, I du Code des marchés publics – *« ce nombre minimum ne peut être inférieur à cinq »*.

Mais, en vertu de l'article 31 de ce décret, les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser un avis de préinformation pour lancer un appel à la concurrence, tout comme les entités adjudicatrices ont, en vertu de l'article 32, la faculté d'employer un avis périodique indicatif avec le même objet. Pour être ainsi utilisés, ces avis doivent contenir obligatoirement certaines informations et remplir une condition de délai :

- ils doivent faire référence spécifiquement aux travaux, aux fournitures ou aux services qui feront l'objet du marché public à passer ;
- ils doivent mentionner que ce marché sera passé selon une procédure d'appel d'offres restreint sans publication ultérieure d'un avis d'appel à la

concurrence et inviter les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt ;
- ils doivent avoir été envoyés pour publication entre 35 jours et 12 mois avant la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Quand de tels avis de préinformation sont ainsi employés, conformément à l'article 37 du décret, l'acheteur invite simultanément et par écrit tous les opérateurs économiques qui ont manifesté leur intérêt à confirmer celui-ci sur la base des informations détaillées relatives au marché public en question.

L'invitation comprend au minimum les renseignements suivants :
- la nature et la quantité des prestations demandées, y compris celles qui relèvent d'éventuels marchés publics complémentaires et, si possible, une estimation du délai dans lequel l'acheteur décidera de recourir à ces marchés publics complémentaires. Dans le cas de marchés publics renouvelables, elle indique la nature, la quantité et, si possible, une estimation du délai dans lequel l'acheteur procédera à la publication des avis d'appel à la concurrence ultérieurs pour le renouvellement des marchés publics ;
- la procédure utilisée ;
- le cas échéant, la date de commencement ou d'achèvement de l'exécution du marché public ;
- l'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont mis à disposition des candidats. Lorsque les documents de la consultation ne sont pas mis à disposition sur un profil d'acheteur ni par d'autres moyens, ils sont joints à l'invitation ;
- l'identification et l'adresse du service qui passe le marché public ;
- les informations relatives aux capacités professionnelles, techniques et financières exigées des candidats ;
- la forme du marché public faisant l'objet de l'invitation à confirmer l'intérêt : achat, crédit-bail, location ou location-vente, ou plusieurs de ces formes ;
- les critères d'attribution ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis de préinformation.

L'article 69, II du décret fixe les délais suivants de réception des candidatures :
- pour les pouvoirs adjudicateurs, de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt. Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée et ne provenant pas du fait de l'acheteur, rend ce délai minimal impossible à respecter, le pouvoir adjudicateur peut fixer un délai de réception des candidatures qui ne peut être inférieur à 15 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de l'invitation à confirmer l'intérêt ;
- pour les entités adjudicatrices, de 15 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de l'invitation à confirmer l'intérêt.

507. Envoi des dossiers de candidatures – Ces candidatures sont transmises selon les mêmes moyens que ceux de l'appel d'offres ouvert.

508. Ouverture des plis et examen des candidatures – Puis, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché ouvre les plis contenant les candidatures lors d'une séance non publique. Seuls peuvent être ouverts les plis parvenus dans les délais mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt.

Avant de procéder à l'examen et à l'analyse des candidatures, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché qui constate que manquent des renseignements et pièces réclamées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, peut demander aux candidats concernés de compléter leur dossier dans un délai identique pour chacun.

Les candidatures sont examinées et, au vu de cet examen, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché établit la liste des candidats admis à présenter une offre. La rédaction de cette liste se fait conformément aux dispositions de l'article 55 du décret du 25 mars 2016. Sont donc écartées les candidatures irrecevables ou auxquelles il manque des renseignements et pièces requis par l'acheteur (voir *supra*, n° 496) ou qui ne présentent pas des garanties techniques et financières suffisantes. Toutefois, comme le prévoit l'article 44, IV, 2e alinéa du décret du 25 mars 2016, l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense l'acheteur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats. En outre, s'il a été fixé un nombre maximum de candidats admis à présenter une offre, les candidatures sont sélectionnées en prenant en compte des critères non discriminatoires liés à l'objet du marché et relatifs aux capacités techniques, financières ainsi que professionnelles des candidats. D'ailleurs, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché doit indiquer ces critères dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt.

La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché doit informer tous les candidats non retenus du rejet de leur candidature en leur communiquant les motifs de ce rejet.

509. Envoi d'une lettre de consultation ou invitation à soumissionner à tous les candidats admis à présenter une offre et envoi des offres – Ensuite, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché adresse, simultanément et par écrit, à tous les candidats admis à présenter une offre une lettre de consultation pour leur demander de faire une offre.

Cette invitation à soumissionner doit contenir :

- la référence de l'avis d'appel à la concurrence publié ;
- la date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle les offres doivent être transmises et la ou les langues autorisées pour leur présentation ;
- la liste des documents à fournir ;
- la pondération ou la hiérarchisation des critères d'attribution du marché public si ces renseignements ne figurent pas dans les documents de la consultation ;

concurrence et inviter les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt ;
- ils doivent avoir été envoyés pour publication entre 35 jours et 12 mois avant la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Quand de tels avis de préinformation sont ainsi employés, conformément à l'article 37 du décret, l'acheteur invite simultanément et par écrit tous les opérateurs économiques qui ont manifesté leur intérêt à confirmer celui-ci sur la base des informations détaillées relatives au marché public en question.

L'invitation comprend au minimum les renseignements suivants :
- la nature et la quantité des prestations demandées, y compris celles qui relèvent d'éventuels marchés publics complémentaires et, si possible, une estimation du délai dans lequel l'acheteur décidera de recourir à ces marchés publics complémentaires. Dans le cas de marchés publics renouvelables, elle indique la nature, la quantité et, si possible, une estimation du délai dans lequel l'acheteur procédera à la publication des avis d'appel à la concurrence ultérieurs pour le renouvellement des marchés publics ;
- la procédure utilisée ;
- le cas échéant, la date de commencement ou d'achèvement de l'exécution du marché public ;
- l'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont mis à disposition des candidats. Lorsque les documents de la consultation ne sont pas mis à disposition sur un profil d'acheteur ni par d'autres moyens, ils sont joints à l'invitation ;
- l'identification et l'adresse du service qui passe le marché public ;
- les informations relatives aux capacités professionnelles, techniques et financières exigées des candidats ;
- la forme du marché public faisant l'objet de l'invitation à confirmer l'intérêt : achat, crédit-bail, location ou location-vente, ou plusieurs de ces formes ;
- les critères d'attribution ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis de préinformation.

L'article 69, II du décret fixe les délais suivants de réception des candidatures :
- pour les pouvoirs adjudicateurs, de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt. Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée et ne provenant pas du fait de l'acheteur, rend ce délai minimal impossible à respecter, le pouvoir adjudicateur peut fixer un délai de réception des candidatures qui ne peut être inférieur à 15 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de l'invitation à confirmer l'intérêt ;
- pour les entités adjudicatrices, de 15 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de l'invitation à confirmer l'intérêt.

507. Envoi des dossiers de candidatures – Ces candidatures sont transmises selon les mêmes moyens que ceux de l'appel d'offres ouvert.

508. Ouverture des plis et examen des candidatures – Puis, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché ouvre les plis contenant les candidatures lors d'une séance non publique. Seuls peuvent être ouverts les plis parvenus dans les délais mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt.

Avant de procéder à l'examen et à l'analyse des candidatures, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché qui constate que manquent des renseignements et pièces réclamées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, peut demander aux candidats concernés de compléter leur dossier dans un délai identique pour chacun.

Les candidatures sont examinées et, au vu de cet examen, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché établit la liste des candidats admis à présenter une offre. La rédaction de cette liste se fait conformément aux dispositions de l'article 55 du décret du 25 mars 2016. Sont donc écartées les candidatures irrecevables ou auxquelles il manque des renseignements et pièces requis par l'acheteur (voir *supra*, n° 496) ou qui ne présentent pas des garanties techniques et financières suffisantes. Toutefois, comme le prévoit l'article 44, IV, 2e alinéa du décret du 25 mars 2016, l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense l'acheteur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats. En outre, s'il a été fixé un nombre maximum de candidats admis à présenter une offre, les candidatures sont sélectionnées en prenant en compte des critères non discriminatoires liés à l'objet du marché et relatifs aux capacités techniques, financières ainsi que professionnelles des candidats. D'ailleurs, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché doit indiquer ces critères dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt.

La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché doit informer tous les candidats non retenus du rejet de leur candidature en leur communiquant les motifs de ce rejet.

509. Envoi d'une lettre de consultation ou invitation à soumissionner à tous les candidats admis à présenter une offre et envoi des offres – Ensuite, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché adresse, simultanément et par écrit, à tous les candidats admis à présenter une offre une lettre de consultation pour leur demander de faire une offre.

Cette invitation à soumissionner doit contenir :

- la référence de l'avis d'appel à la concurrence publié ;
- la date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle les offres doivent être transmises et la ou les langues autorisées pour leur présentation ;
- la liste des documents à fournir ;
- la pondération ou la hiérarchisation des critères d'attribution du marché public si ces renseignements ne figurent pas dans les documents de la consultation ;

– l'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont mis à disposition des candidats. Lorsque les documents de la consultation ne sont pas mis à disposition sur un profil d'acheteur ni par d'autres moyens, ils sont joints à l'invitation.

Suite à cet envoi, les candidats admis à présenter une offre adressent dans le délai de réception des offres, leur offre par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité.

Le délai de réception des offres doit être au minimum de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner. Toutefois, si le pouvoir adjudicateur a publié un avis de préinformation qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence, ce délai minimal peut être ramené à 10 jours, s'il a été envoyé pour publication 35 jours au moins à 12 mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché et s'il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché – pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication.

Le pouvoir adjudicateur peut ramener le délai minimal de 30 jours à 25 jours si les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique.

Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend le délai minimal de 30 jours impossible à respecter, le pouvoir adjudicateur peut fixer un délai de réception des offres qui ne peut être inférieur à 10 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner. Ces délais peuvent être réduits de 5 jours quand le pouvoir adjudicateur offre par voie électronique, et à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence, un accès libre, direct et complet aux documents de la consultation en indiquant dans l'avis l'adresse Internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

Lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur, le délai minimal de réception des offres est augmenté de 5 jours, sauf urgence dûment justifiée.

510. Suite et fin de la procédure – La suite de la procédure est identique à celle de l'appel d'offres ouvert : elle se poursuit par l'ouverture et l'examen des offres et par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et par le classement par ordre décroissant des offres. En outre, les règles – relatives aux offres anormalement basses, à la fourniture par l'attributaire des certificats et attestations délivrées par les administrations et organismes compétents prouvant qu'il a satisfait à ses obligations sociales et fiscales, au caractère infructueux de la procédure, à l'abandon de la procédure pour motif d'intérêt général, à l'information des candidats dont l'offre n'a pas été retenue, au rapport de présentation, à la transmission des pièces du marché d'une collectivité territoriale au préfet, à la notification, à l'envoi d'un avis d'attribution – évoquées à propos de l'appel d'offres ouvert s'appliquent aussi à l'appel d'offres restreint.

§2. Le déroulement de la procédure de dialogue compétitif

511. La procédure de dialogue compétitif renforce la possibilité laissée à l'acheteur de discuter avec les candidats qu'elle a retenus, ce qui est de nature à accentuer la qualité et le caractère innovant des propositions que ces derniers vont lui soumettre. Au surplus, ce dialogue lui permettra d'identifier et de définir les solutions propres à répondre au mieux à ses besoins.

Cette procédure repose sur l'élaboration préalable par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice d'un programme fonctionnel, c'est-à-dire un document dans lequel il définit ses besoins, ses attentes et les résultats qu'il veut atteindre avec le marché. Son déroulement se décompose en trois étapes :

- la première consiste à susciter des candidatures et à les traiter ;
- la deuxième consiste en l'organisation et la conduite d'un dialogue avec les candidats sélectionnés ;
- la troisième réside dans le traitement des offres.

512. Première étape – La procédure commence par la publication d'un avis de marché conformément à l'article 33 du décret du 25 mars 2016 (voir *supra*, n° 351). En sus, le pouvoir adjudicateur définit dans cet avis ses besoins et exigences, qui peuvent être décrits dans un projet partiellement établi ou dans un programme fonctionnel. En outre, cet avis précise les modalités du dialogue, les critères d'attribution et un calendrier indicatif, à moins que ces informations ne soient contenues dans un autre document de la consultation. L'avis peut fixer un nombre minimum et un nombre maximum de candidats admis à présenter une offre. Dans ce cas, comme le précise l'article 47 du décret du 25 mars 2016, ce nombre minimum ne peut être inférieur à trois.

Le délai minimal de réception des candidatures est de 30 jours à compter de l'envoi de l'avis à la publication.

Ensuite, les entreprises font parvenir leur candidature par tout moyen propre à établir de manière certaine la date et l'heure de leur réception et à assurer leur confidentialité.

Puis la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché ouvre les plis contenant les candidatures lors d'une séance non publique. Seuls peuvent être ouverts les plis parvenus dans les délais mentionnés dans l'avis de marché. Avant de procéder à l'examen et à l'analyse des candidatures, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché qui constate que des renseignements ou des pièces réclamées dans l'avis de marché sont manquants peut demander aux candidats concernés de compléter leur dossier dans un délai identique pour chacun.

Après avoir écarté les candidatures irrecevables, incomplètes ou qui ne présentent pas les garanties techniques et financières suffisantes, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché sélectionne les candidats admis à présenter une proposition et à dialoguer au regard des critères de sélection qu'elle a mentionné dans l'avis de marché. Elle adresse ensuite, simultanément

et par écrit, à tous les candidats admis à présenter une offre une lettre d'invitation à participer au dialogue. Cette lettre doit contenir :

- l'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont mis à disposition des candidats. Quand ces documents ne sont pas mis à disposition sur un profil d'acheteur, ou par d'autres moyens, ils sont joints à l'invitation ;
- la liste des documents à fournir, la date et l'adresse du déroulement du dialogue, et l'indication de la langue ou des langues utilisées ;
- les références de l'avis d'appel public à la concurrence, la pondération ou la hiérarchisation des critères d'attribution du marché public si ces renseignements ne figurent pas dans les documents de la consultation.

513. Deuxième étape – Sur la base du programme fonctionnel et, éventuellement, du projet partiellement défini, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché engage un dialogue avec chaque candidat retenu en observant une stricte égalité entre eux. Elle ne peut ainsi communiquer à certains candidats des informations de nature à les avantager vis-à-vis des autres. De plus, elle ne peut divulguer aux autres candidats des solutions proposées par un candidat ou des informations transmises par celui-ci dans le cadre de ce dialogue, à moins qu'elle ait obtenu son accord. Cette dernière interdiction provient de l'obligation pesant sur la personne publique de respecter le secret des affaires et les dispositions législatives du Code de la propriété intellectuelle.

L'objet du dialogue est la détermination et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux les besoins du pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. Le champ de la discussion est fort large, car celle-ci peut porter sur tous les éléments du marché ; elle ne se limite donc pas aux seules solutions techniques, mais peut aussi concerner leur prix. Pendant cette étape de la procédure, les candidats ne présentent que des propositions, et non à proprement parler des offres. Les discussions peuvent se dérouler en plusieurs phases, au terme desquelles sont éliminés les candidats répondant le moins bien aux critères mentionnés dans l'avis de marché ou dans le règlement de la consultation. Toutefois, le recours à cette possibilité doit avoir été mentionné dans l'un de ces deux documents, qui doit en indiquer les conditions de mise en œuvre.

Les discussions se poursuivent tant que la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché le juge utile, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'elles lui permettent de dégager la ou les solutions de nature à satisfaire à ses besoins. Lorsque c'est le cas, elle clôt ce dialogue et en informe tous les candidats et participants restant en lice.

514. Troisième étape – Elle débute donc par l'invitation faite par la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché aux entreprises candidates ayant participé au dialogue à lui transmettre leur offre finale. Cette invitation doit préciser la date et l'heure limites de réception des offres finales. C'est sur la base de la ou des solution(s) présentées et proposées par les entreprises lors du dialogue que ces dernières concevront leurs offres ; celles-ci

doivent contenir tous les éléments nécessaires à la réalisation du marché. Une fois que ces offres lui sont parvenues, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché peut demander à leurs auteurs des précisions ou des clarifications sans que celles-ci puissent avoir pour effet de changer les éléments essentiels de ces offres ou du marché.

Enfin, après avoir éliminé les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables et procédé au classement par ordre décroissant des offres finales, pour les marchés de l'État, des établissements publics à caractère administratif, des établissements publics de santé et des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché attribue le marché au candidat ayant formulé l'offre économiquement la plus avantageuse ; pour les marchés des collectivités locales, cette attribution est de la compétence de la CAO. Toutefois, le marché n'est pas attribué si aucune offre n'est jugée régulière ou acceptable, et dans ce cas les candidats doivent en être avisés.

En outre, les règles – relatives à la fourniture par l'attributaire des certificats et attestations délivrées par les administrations et organismes compétents prouvant qu'il a satisfait à ses obligations sociales et fiscales, aux offres anormalement basses, à l'information des candidats dont l'offre n'a pas été retenue, au rapport de présentation, à la transmission des pièces du marché d'une collectivité locale au préfet, à la notification, à l'envoi d'un avis d'attribution – évoquées à propos de l'appel d'offres ouvert s'appliquent aussi à la procédure de dialogue compétitif.

Pour finir, il faut observer que le règlement de consultation peut prévoir l'allocation d'une prime au profit des participants au dialogue. Fort logiquement, la rémunération de l'entreprise attributaire tient compte de la prime qui lui a été payée.

Sous l'empire du CMP, cette procédure n'était pas ouverte aux marchés passés par les entités adjudicatrices ; elle leur est désormais librement ouverte en vertu de l'article 26 du décret du 25 mars 2016.

§3. Le déroulement des procédures de marché négocié

515. Le Code des marchés publics de 2006 ne prévoyait plus que trois types de marchés négociés puisque, comme cela a déjà été souligné, les marchés négociés sans publicité préalable, mais après mise en concurrence furent supprimés par la réforme de 2006 :

- les marchés négociés après publicité et mise en concurrence préalable ;
- les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalable ;
- les marchés négociés spécifiques aux marchés de maîtrise d'œuvre.

L'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application du 25 mars 2016 adoptent une typologie très proche de la précédente. Ils prévoient en effet une procédure négociée assortie de mise en concurrence préalable pour les

pouvoirs adjudicateurs (procédure concurrentielle avec négociation) mais aussi pour les entités adjudicatrices (procédure négociée avec mise en concurrence préalable), qui est classée parmi les procédures formalisées, et « *la procédure* » négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables, qui n'est plus classifiée comme telle (voir *supra*, n° 449). À ces deux modalités, il faut ajouter la procédure négociée spécifique à la passation des marchés de maîtrise d'œuvre prévue à l'article 90 du décret, qui sera étudiée lors de la description de la procédure de passation de ces marchés (voir *infra*, n° 543).

A. Le déroulement des procédures négociées assorties de mise en concurrence préalable

I – Le déroulement de la procédure concurrentielle avec négociation

516. La procédure concurrentielle avec négociation peut faire l'objet d'un avis de préinformation, qui est soit adressé pour publication par la personne compétente à l'Office des publications officielles de l'Union européenne, soit publié sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur.

517. Publicité et délai de réception des candidatures – La procédure proprement dite commence par la publication d'un avis d'appel public à la concurrence dans les conditions décrites à l'article 33 du décret du 25 mars 2016. Cette publicité a ici pour objectif de proposer aux opérateurs économiques intéressés par le marché de présenter leur candidature.

L'avis peut fixer un nombre minimum et un nombre maximum de candidats admis à présenter une offre. Dans ce cas, comme le précise l'article 33 du décret du 25 mars 2016, ce nombre minimum ne peut être inférieur à trois.

Mais en vertu de l'article 31 du décret, les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser un avis de préinformation pour lancer un appel à la concurrence. Dans ce cas, et en vertu de l'article 37 du décret, l'acheteur invite simultanément et par écrit tous les opérateurs économiques qui ont manifesté leur intérêt à confirmer celui-ci sur la base des informations détaillées relatives au marché public en question. L'invitation comprend au minimum les mêmes renseignements que ceux évoqués pour la procédure d'appel d'offres restreint.

L'article 72 du décret prévoit que le délai minimal de réception des candidatures est de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, quand l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt. Toutefois, lorsqu'une situation d'urgence ne provenant pas du fait du pouvoir adjudicateur et dûment justifiée rend ce délai minimal impossible à respecter, le pouvoir adjudicateur peut le réduire à 15 jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence ou de l'invitation à confirmer l'intérêt.

518. Envoi des dossiers de candidatures – Les candidatures sont envoyées par tout moyen permettant d'en connaître de manière certaine la date et l'heure de réception et d'en assurer la confidentialité.

519. Ouverture des plis et examen des candidatures – Puis la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché ouvre les plis contenant les candidatures lors d'une séance non publique. Seuls peuvent être ouverts les plis parvenus dans les délais mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt.

Avant de procéder à l'examen et à l'analyse des candidatures, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché qui constate que manquent des renseignements et pièces réclamées dans l'avis d'appel public à la concurrence peut demander aux candidats concernés de compléter leur dossier dans un délai identique pour chacun et qui ne peut excéder 10 jours.

Les candidatures sont examinées et, au vu de cet examen, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché établit la liste des candidats admis à négocier. La rédaction de cette liste se fait conformément aux dispositions de l'article 55 du décret du 25 mars 2016. Sont donc écartées les candidatures irrecevables ou auxquelles il manque des renseignements et pièces prévus à l'article 50 et 51 de ce décret ou qui ne présentent pas des garanties techniques et financières suffisantes. Toutefois, comme le souligne l'article 44, IV, 2e alinéa du décret du 25 mars 2016, l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats. En outre, s'il a été fixé un nombre maximum de candidats admis à présenter une offre, les candidatures sont sélectionnées en prenant en compte des critères non discriminatoires liés à l'objet du marché et relatifs aux capacités techniques, financières ainsi que professionnelles des candidats. D'ailleurs, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché doit indiquer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ces critères.

La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché doit informer tous les candidats non retenus du rejet de leur candidature en leur en communiquant les motifs.

520. Envoi d'une lettre de consultation à tous les candidats admis à négocier – Ensuite, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché adresse, simultanément et par écrit, à tous les candidats admis à présenter une offre une lettre de consultation ou invitation à soumissionner pour leur demander de faire une offre initiale. Cette invitation à soumissionner doit contenir les mêmes informations que celles évoquées pour l'appel d'offres restreint.

521. Transmission des offres – Le délai de transmission des offres initiales est de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner. Toutefois, si le pouvoir adjudicateur a publié un avis de préinformation qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence, ce délai minimal peut être ramené à 10 jours, lorsque l'avis de préinformation remplit les mêmes conditions que celles évoquées pour l'appel d'offres restreint. Le pouvoir adjudicateur peut ramener le délai minimal de trente jours à 25 jours si les offres

sont ou peuvent être transmises par voie électronique. Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée et ne résultant pas du pouvoir adjudicateur, rend ce délai minimal impossible à respecter, le pouvoir adjudicateur peut fixer un délai de réception des offres qui ne peut être inférieur à 10 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner. En outre, quand le pouvoir adjudicateur n'est pas une des autorités publiques centrales dont la liste est publiée au *Journal officiel de la République française*, il peut fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous. Un avis paru au JO du 27 mars 2016 dresse la liste suivante des autorités publiques centrales :

- l'État ;
- les établissements publics de l'État autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, à l'exception des établissements publics de santé ;
- les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité juridique ;
- la Caisse des dépôts et consignations ;
- l'Ordre national de la Légion d'honneur ;
- l'Union des groupements d'achats publics (UGAP) ;
- la Fondation Carnegie ;
- la Fondation Singer-Polignac.

En l'absence d'accord sur la date limite de réception des offres, le pouvoir adjudicateur fixe un délai qui ne peut être inférieur à 10 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Ensuite, les candidats transmettent leurs offres par tout moyen permettant d'en assurer la confidentialité et d'en déterminer de manière certaine la date et l'heure.

522. Examen et analyse des offres – La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché ouvre les offres – seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus dans le délai imparti – et les étudie, et engage et conduit les négociations.

523. Négociation et attribution du marché – La personne compétente négocie avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures, à l'exception des offres finales. Le pouvoir adjudicateur peut toutefois attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué, dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, qu'il se réserve la possibilité de le faire. La négociation ne peut porter sur l'objet du marché ni modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché. Elle doit respecter les principes d'égalité de traitement des candidats et d'égalité d'accès à la commande publique. Les informations données aux candidats ne peuvent ainsi être de nature à avantager certains d'entre eux.

La procédure concurrentielle avec négociation peut se dérouler en plusieurs phases afin de réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution déterminés dans les documents de la consultation. Le pouvoir

adjudicateur indique dans ce cas, dans l'un de ces documents, s'il utilise ou non cette possibilité.

Dans la phase finale de négociation, le nombre d'offres restant à négocier doit être suffisant pour assurer une concurrence véritable, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant d'offres remplissant les conditions requises. On le comprend bien, à l'issue de chaque phase de négociation, certains soumissionnaires sont éliminés alors que d'autres restent en lice. Ces derniers établissent de nouvelles offres. La personne compétente informe par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de la consultation, à l'exception de ceux qui définissent les exigences minimales qui sont intangibles. À la suite de ces changements, la personne compétente accorde aux soumissionnaires un délai suffisant et commun pour leur permettre de modifier leurs offres et, le cas échéant, de les présenter à nouveau. Il est à noter que durant ces différentes phases, la négociation doit toujours respecter strictement les principes d'égalité de traitement des candidats et d'égalité d'accès à la commande publique.

Quand le pouvoir adjudicateur décide de conclure les négociations, il en informe les soumissionnaires restant en lice et détermine une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées.

Une fois les offres finales parvenues et étudiées, la personne compétente – pour les marchés de l'État – la CAO – pour les marchés des collectivités locales – [imprécis, réécrire] attribue le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse sur le fondement des critères d'attribution pondérés et classe les offres.

Toutefois, la personne compétente peut à tout instant décider de mettre un terme à la procédure pour des motifs d'intérêt général.

524. Enfin, les règles – relatives à la fourniture par l'attributaire des certificats et attestations délivrées par les administrations et organismes compétents prouvant qu'il a satisfait à ses obligations sociales et fiscales, aux offres anormalement basses, au caractère infructueux de la procédure, à l'information des candidats dont l'offre n'a pas été retenue, au rapport de présentation, à la transmission des pièces du marché d'une collectivité locale au préfet, à la notification, à l'envoi d'un avis d'attribution – évoquées à propos de l'appel d'offres ouvert s'appliquent aussi à la procédure concurrentielle avec négociation.

II – Le déroulement de la procédure négociée avec mise en concurrence préalable

525. Les entités adjudicatrices peuvent aussi recourir à une procédure négociée assortie de mise en concurrence préalable dénommée procédure négociée avec mise en concurrence préalable, selon des modalités très proches de celles applicables aux pouvoirs adjudicateurs pour la procédure concurrentielle avec négociation. Les différences notoires sont les suivantes :

– quand l'entité décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, elle n'est pas obligée de fixer ce nombre au minimum à trois ;

- le délai minimal de réception des candidatures en réponse à un avis de marché est de 15 jours à compter de la date d'envoi de l'avis ou de l'invitation à confirmer l'intérêt lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis périodique indicatif ;
- la possibilité de fixer d'un commun accord avec les candidats sélectionnés la date limite de réception des offres est ouverte à tous les acheteurs passant un marché en tant qu'entités adjudicatrices, y compris les autorités publiques centrales ;
- au terme de la procédure, l'entité adjudicatrice n'établit pas un rapport de présentation, mais doit conserver la justification des décisions relatives à la qualification et la sélection des opérateurs économiques, et à l'attribution des marchés publics.

B. Le déroulement de la passation des marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalable

526. Ces marchés donnent lieu pour la quasi-totalité d'entre eux à une négociation entre la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché et une entreprise déterminée. Le seul cas où il peut y avoir négociation avec plusieurs candidats est celui des marchés de services qui doivent être attribués à l'un des lauréats d'un concours. S'il y a plusieurs lauréats, ils doivent tous être invités à négocier.

527. Négociation et attribution du marché – À la fin des négociations, après classement des offres en cas de pluralité des candidats, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché pour les marchés de l'État, de ses établissements publics à caractère administratif, des établissements publics de santé et des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, la CAO, pour les marchés des collectivités territoriales, attribue le marché. Toutefois, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché peut à tout instant décider de mettre un terme à la procédure pour des motifs d'intérêt général.

528. Enfin, les règles – relatives à la fourniture par l'attributaire des certificats et attestations délivrées par les administrations et organismes compétents prouvant qu'il a satisfait à ses obligations sociales et fiscales, aux offres anormalement basses, au caractère infructueux de la procédure, au rapport de présentation, à la transmission des pièces du marché d'une collectivité locale au préfet, à la notification, à l'envoi d'un avis d'attribution – évoquées à propos de l'appel d'offres ouvert s'appliquent aussi à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable.

Les entités adjudicatrices mettent en œuvre selon les mêmes modalités les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalable.

§4. Le déroulement des autres procédures ou techniques d'achats ou marchés particuliers

529. Il convient d'étudier successivement le déroulement des principales autres procédures ou techniques d'achats ou marchés particuliers.

A. Le déroulement de la procédure du partenariat d'innovation

530. L'acheteur peut décider de mettre en place un partenariat d'innovation avec un ou plusieurs opérateurs économiques qui exécutent les prestations de manière séparée dans le cadre de contrats individuels. Cette décision est indiquée dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation.

En vertu de l'article 94, I du décret du 25 mars 2016, le partenariat d'innovation comprend une ou plusieurs phases qui suivent le déroulement du processus de recherche et de développement, et une ou plusieurs phases d'acquisition des produits, services ou travaux qui en sont le résultat. En vertu de l'article 94, II de ce décret, le partenariat d'innovation définit les objectifs de chaque phase que le partenaire doit atteindre ainsi que la rémunération associée à chaque phase. À l'issue de chaque phase, sur la base des résultats obtenus, l'acheteur décide :

- soit de poursuivre l'exécution du partenariat d'innovation, éventuellement après avoir précisé ou modifié, avec l'accord du partenaire, les objectifs de la phase suivante et les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre. Les conditions initiales du partenariat d'innovation ne peuvent être substantiellement modifiées à cette occasion ;
- soit de mettre un terme au partenariat d'innovation ou, lorsqu'il existe plusieurs partenaires, de réduire leur nombre en mettant un terme à leurs contrats. Le partenariat d'innovation prévoit cette prérogative de l'acheteur et définit ses conditions de mise en œuvre, notamment ses conséquences financières et les modalités de sélection des partenaires avec lesquelles il est décidé de poursuivre l'exécution du partenariat. L'exécution de chaque phase est soumise à une décision de l'acheteur notifiée au partenaire dans les conditions fixées dans le partenariat d'innovation.

531. En vertu de l'article 95 du décret du 25 mars 2016, les partenariats d'innovation d'un montant atteignant ou dépassant les seuils de procédure formalisée sont passés selon la procédure concurrentielle avec négociation (pour les marchés des pouvoirs adjudicateurs) ou la procédure négociée avec mise en concurrence préalable (pour les marchés des entités adjudicatrices), sous réserve de quelques particularités. Ainsi, l'avis de préinformation ou l'avis périodique indicatif ne peut être utilisé comme avis de marché. De même, dans les documents de la consultation, l'acheteur définit le besoin relatif aux produits, services ou travaux innovants. Il indique les éléments de cette définition qui déterminent les exigences minimales que doivent respecter toutes les offres. Les informations fournies sont suffisamment précises pour

permettre aux opérateurs économiques de percevoir la nature et la portée de la solution requise et de décider de se porter candidats ou non à la procédure. Les documents de la consultation doivent en particulier préciser les éléments de définition du besoin qui constitueront les exigences minimales que devront respecter toutes les offres. Le délai minimum de réception des candidatures de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ne peut être réduit.

Concernant la sélection des candidats, celle-ci doit tenir compte notamment de la capacité des candidats dans le domaine de la recherche et du développement, ainsi que dans le domaine de la mise au point et de la mise en œuvre de solutions innovantes. Le délai minimal de réception des offres initiales est librement fixé par l'acheteur en tenant compte de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux soumissionnaires pour préparer leur offre. Les offres lui sont envoyées ; la personne compétente ouvre celles qui lui sont parvenues dans les délais, les étudie et procède à la négociation. L'acheteur ne peut attribuer le marché de partenariat sur la base des offres initiales sans négociation. Il négocie les offres initiales et toutes les offres ultérieures afin d'en améliorer le contenu. La négociation peut ainsi porter, par exemple, sur le prix, sur les éléments techniques de l'offre ou sur le sujet de la répartition des droits de propriété intellectuelle. En revanche, fort logiquement, les offres finales ne sont pas négociées. De même, les critères d'attribution et les exigences minimales ne peuvent donner lieu à négociation. Concernant ces critères, conformément à l'article 62, III du décret du 25 mars 2016, le jugement des offres ne peut être réalisé sur le fondement du critère unique du prix ou du coût global. Durant la négociation, l'acheteur doit veiller à respecter strictement l'égalité de traitement des candidats et fournir les mêmes renseignements et informations à tous les soumissionnaires ; il est assujetti à l'obligation de confidentialité posée à l'article 44 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Il ne peut ainsi divulguer aux autres candidats les solutions et informations avancées par un candidat qu'avec l'accord exprès de ce dernier.

532. Par ailleurs, la négociation peut se dérouler en plusieurs phases, au terme desquelles certains soumissionnaires sont éliminés par application des critères d'attribution déterminés dans les documents de la consultation. L'acheteur indique, dans l'un de ces documents, s'il utilise cette possibilité. Il informe, à l'issue de chaque phase, tous les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été éliminée des changements apportés aux documents de la consultation et leur fixe un délai suffisant pour leur permettre de modifier leur offre et, le cas échéant, de la présenter à nouveau. Lorsque la négociation est suffisamment aboutie, l'acheteur demande aux opérateurs économiques restés en lice de présenter leur offre finale. Une fois celles-ci parvenues dans les délais fixés, la personne compétente pour les marchés de l'État – la CAO pour les marchés des collectivités territoriales – sur le fondement des critères d'attribution pondérés ou à défaut hiérarchisés, attribue le marché.

B. Le déroulement du concours

533. Il faut rappeler tout d'abord que le concours est la procédure permettant à l'acheteur de choisir une prestation intellectuelle. Mais le concours a un double objet :

- choisir un plan ou un projet ;
- aboutir à la passation d'un marché avec l'un des lauréats pour l'exécution de ce projet ou de ce plan.

Dès lors, les offres des candidats répondent à cet objet dual. Elles comprennent le plan ou le projet qui donne lieu au concours proprement dit, et l'offre relative à la réalisation du plan ou du projet objet du marché qui sera conclu ultérieurement.

534. La procédure commence par un avis de concours dans les conditions prévues aux articles 33, 34 et 36 du décret du 25 mars 2016. Pour déterminer le régime de publicité applicable en la matière, il faut ajouter au montant total des primes versées, le montant du marché estimé conformément aux articles 20 et 21 de ce décret, si le concours aboutit à la conclusion d'un tel marché. L'acheteur détermine les modalités du concours dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique. Le concours peut être ouvert ou restreint.

I – La procédure de concours ouvert

535. Publicité et réception des candidatures – Elle commence par un avis de concours. Le délai de réception des candidatures et des offres est fixé conformément à l'article 43 du décret. Les candidatures et les offres sont envoyées par les candidats par tout moyen permettant d'assurer la confidentialité de l'envoi et de déterminer une date et une heure de réception certaines.

536. Examen et sélection des candidatures – Ensuite, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché ouvre les enveloppes contenant les candidatures, en enregistre le contenu et les transmet au jury qui procède à leur examen. Seuls peuvent être ouverts les plis parvenus dans les délais mentionnés dans l'avis de concours. Avant que le jury ne procède à l'examen et à l'analyse des candidatures, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché qui constate que des renseignements et pièces réclamées dans l'avis de concours sont manquants peut demander aux candidats concernés de compléter leur dossier dans un délai identique pour chacun.

537. Le jury, après examen des candidatures, élabore un procès-verbal et formule un avis motivé sur celles-ci. Puis la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché fixe la liste des candidats admis à concourir en écartant les candidatures irrecevables ou auxquelles il manque des renseignements et pièces demandées, ou qui ne présentent pas des garanties techniques et financières suffisantes. Elle doit informer tous les candidats non retenus du rejet de leur candidature en leur en communiquant les motifs.

538. Examen des prestations des candidats – Ensuite, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché prend connaissance des plans et projets présentés par les participants au concours, en enregistre le contenu et les transmet au jury. Le jury les examine ; cet examen est anonyme, et cet anonymat est respecté jusqu'à l'avis du jury. Ce dernier réalise son examen en se fondant exclusivement sur les critères d'évaluation des projets déterminés dans l'avis de concours.

Le jury évalue les prestations des candidats et en contrôle la conformité avec le règlement du concours. Il propose un classement fondé sur les critères mentionnés dans l'avis public à la concurrence. Il dresse un procès-verbal de cet examen qui doit être signé par tous ses membres et émet un avis motivé. À ce stade, l'anonymat des candidats peut être levé.

Le cas échéant, les candidats peuvent être invités par le jury à répondre aux questions qu'il a mentionné dans le procès-verbal d'examen des prestations en vue de clarifier tel ou tel aspect du projet. Dans ce cas, ce dialogue est consigné dans un nouveau procès-verbal transmis à la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché.

539. Choix du lauréat, négociation et attribution du marché – Au vu de l'avis et du classement contenus dans le procès-verbal d'examen des prestations et, le cas échéant, du procès-verbal du dialogue, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché désigne lauréat le candidat auteur du projet qu'elle estime le mieux correspondre à ses besoins. Lorsque l'acheteur entend attribuer un marché public au lauréat du concours, il négocie avec ce lauréat. Plusieurs candidats peuvent être déclarés lauréats ; dans cette hypothèse, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché devra négocier avec tous les lauréats ; le marché sera alors attribué à l'issue de ces négociations. Pour les marchés de l'État, de ses établissements publics à caractère administratif, des établissements publics de santé et des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le marché est attribué par la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché. Pour les marchés des collectivités locales et de leurs établissements publics, le titulaire du marché est choisi par la CAO si le montant du marché atteint ou dépasse les seuils des procédures formalisées.

II – La procédure du concours restreint

540. Publicité et réception des candidatures – La procédure commence par la publication d'un avis de concours. L'acheteur établit des critères de sélection clairs et non discriminatoires des participants au concours. Le nombre de candidats invités à y participer est suffisant pour garantir une concurrence réelle. Les candidatures sont envoyées par les candidats par tout moyen permettant d'assurer la confidentialité de l'envoi et de déterminer une date et une heure de réception certaines. Le délai de réception des candidatures est fixé par l'acheteur en tenant compte de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature.

Les candidats intéressés font parvenir les renseignements relatifs à leur candidature. Cet envoi est effectué par tout moyen permettant d'en assurer la confidentialité et de déterminer une date et une heure de réception certaines. La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché en prend connaissance, en enregistre le contenu et transmet les renseignements au jury qui procède à leur examen. Seuls peuvent être ouverts les plis parvenus dans les délais mentionnés dans l'avis de concours. Avant que le jury ne procède à l'examen et à l'analyse des candidatures, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché qui constate que manquent des renseignements et pièces réclamées dans l'avis de concours peut demander aux candidats concernés de compléter leur dossier dans un délai identique pour chacun.

541. Examen et sélection des candidatures – Ensuite, le jury se réunit, examine les candidatures et dresse un procès-verbal motivé sur les candidatures. Au vu de ce procès-verbal, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché arrête la liste des candidats admis à concourir. La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché doit informer tous les candidats non retenus du rejet de leur candidature en leur en communiquant les motifs. Les candidats admis à concourir sont alors invités à remettre leurs prestations. Une date limite de réception est fixée en tenant compte de la complexité de l'objet du concours et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur offre.

542. Examen des prestations des candidats – La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché ouvre les plis contenant les prestations (plans et projets), en enregistre le contenu et les transmet au jury. Le jury évalue les prestations des candidats, en contrôle la conformité avec le règlement du concours et propose un classement fondé sur les critères mentionnés dans l'avis de concours. Le jury dresse un procès-verbal de cet examen qui doit être signé par tous ses membres et émet un avis motivé.

Les règles relatives à l'anonymat de cet examen signalées à propos du concours ouvert s'appliquent aussi au concours restreint.

Le cas échéant, les candidats peuvent être invités par le jury à répondre aux questions qu'il a mentionné dans le procès-verbal d'examen des prestations en vue de clarifier tel ou tel aspect du projet. Dans ce cas, ce dialogue est consigné dans un nouveau procès-verbal transmis à la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché.

543. Choix du lauréat, négociation et attribution du marché – Au vu de l'avis et du classement contenus dans le procès-verbal d'examen des prestations et, le cas échéant, du procès-verbal du dialogue, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché désigne comme lauréat le candidat auteur du projet qu'elle estime le mieux correspondre à ses besoins et négocie avec lui. Comme pour le concours ouvert, plusieurs candidats peuvent être déclarés lauréats ; dans cette hypothèse, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché devra négocier avec tous les lauréats ; le marché sera alors attribué à l'issue de ces négociations. Pour les marchés de l'État, de

ses établissements publics à caractère administratif, des établissements publics de santé et des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le marché est attribué par la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché. Pour les marchés des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, le titulaire du marché est choisi par la CAO si le montant du marché atteint ou dépasse les seuils des procédures formalisées.

Pour finir, le concours, qu'il soit ouvert ou restreint, donne lieu à l'allocation par la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché de primes aux candidats conformément aux propositions du jury. Lorsqu'il aboutit à la conclusion d'un marché, la rémunération de l'attributaire tient compte de la prime reçue.

En outre, les règles – relatives à la fourniture par l'attributaire des certificats et attestations délivrées par les administrations et organismes compétents prouvant qu'il a satisfait à ses obligations sociales et fiscales, aux offres anormalement basses, à l'information des candidats dont l'offre n'a pas été retenue, au rapport de présentation, à la transmission des pièces du marché d'une collectivité locale au préfet, à la notification, à l'envoi d'un avis d'attribution – évoquées à propos de l'appel d'offres ouvert s'appliquent aussi à la procédure du concours, qu'il soit ouvert ou restreint.

C. Le déroulement de la passation des accords-cadres et des marchés conclus sur leur fondement

544. L'accord-cadre, on le sait, consiste en un acte d'achat public divisé en deux étapes : la passation de l'accord-cadre et la conclusion de marchés sur son fondement ou marchés subséquents (quand il ne fixe pas toutes les stipulations contractuelles) ou, désormais, l'émission de bons de commande (quand il fixe toutes les stipulations contractuelles).

I – La passation des accords-cadres

545. Leur régime juridique est déterminé à l'article 78 du décret du 25 mars 2016, qui est très laconique sur leur procédure de passation.

546. Il est néanmoins possible d'affirmer que leur passation est soumise, comme sous l'empire du CMP de 2006, aux procédures applicables aux marchés publics, y compris à la procédure adaptée. Les seuils de procédures relatifs à la passation des marchés publics s'appliquent aussi à la passation des accords-cadres. Le calcul des seuils relatifs aux accords-cadres est comparable à celui applicable aux marchés publics.

À cet égard, la valeur à prendre en compte conformément à l'article 21, III du décret du 25 mars 2016 est la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés à passer ou des bons de commande à émettre pendant la durée totale de l'accord-cadre. Cette durée est de 4 ans maximum pour les pouvoirs adjudicateurs et de 8 ans pour les entités adjudicatrices, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés. Ces cas exceptionnels peuvent résulter, notamment, de l'objet de l'accord-cadre ou de son exécution rendant indispensable des

investissements amortissables sur une durée supérieure. Cette durée est donc longue, ce qui rend l'estimation de cette valeur fort délicate, d'autant plus que la réalisation des marchés envisagés est incertaine au moment où elle est opérée. Pour cette raison, on peut conseiller aux pouvoirs et entités adjudicateurs, pour pallier les risques d'erreurs importants en la matière, de recourir à la procédure de l'appel d'offres pour conclure un accord-cadre quand le volume financier potentiel de l'accord-cadre est élevé et que l'on n'est pas sûr qu'il n'atteindra pas les seuils des marchés formalisés.

547. Les règles de publicité, de délais, d'admission et de sélection des candidatures et d'attribution s'appliquant aux marchés publics s'appliquent aussi aux accords-cadres. Le choix du ou des attributaire(s) s'effectue ainsi selon les critères d'attribution pondérés permettant de dégager les offres économiquement les plus avantageuses, conformément aux articles 62 et 63 du décret du 25 mars 2016.

548. Contenu de l'accord-cadre – Les clauses de l'accord-cadre ne déterminent que les bases essentielles de la passation des marchés ultérieurs conclus sur son fondement, les modalités restantes étant fixées par ceux-ci quand ils font l'objet d'une remise en concurrence des opérateurs économiques sélectionnés lors de la passation de l'accord-cadre. Quand il porte sur l'exécution de bons de commande, l'accord-cadre détermine les règles relatives aux bons de commande à émettre. Il décrit ainsi les prestations qui feront l'objet de bons de commande et les modalités de leurs émissions. De plus, il précise la durée de sa période de validité.

549. L'accord-cadre peut être conclu avec un ou plusieurs cocontractant(s). La conclusion de l'accord-cadre avec plusieurs cocontractants n'est plus la règle de principe, le décret envisageant les deux solutions sans en privilégier une.

II – La passation des marchés conclus sur le fondement d'un accord-cadre ou marchés subséquents

550. Ces marchés, qui sont obligatoirement écrits, précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations qui constituent leur objet et qui n'ont pas été déterminés dans l'accord-cadre. Ainsi, les termes de l'accord pourront être précisés ou affinés lors de la remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre. Toutefois, ces marchés ne peuvent apporter des modifications substantielles à cet accord. Ils sont conclus soit lorsque survient le besoin, soit selon une périodicité stipulée dans l'accord-cadre.

551. Quand l'accord-cadre est attribué à une seule entreprise, les marchés sont conclus avec cette dernière dans les limites qu'il détermine. Toutefois, en vertu de l'article 79, II, du décret du 25 mars 2016 le pouvoir adjudicateur peut demander à l'attributaire de l'accord, préalablement à la passation du marché, de compléter par écrit son offre sans que ces compléments puissent la modifier substantiellement.

552. La remise en concurrence – En revanche, quand l'accord-cadre est attribué à plusieurs entreprises, la passation des marchés conclus sur son

fondement donne lieu à une nouvelle mise en concurrence entre ces entreprises sélectionnées.

Cette remise en concurrence commence par une consultation écrite des cocontractants de l'accord-cadre. Plus précisément, conformément à l'article 79, II, 1°, « *pour chacun des marchés subséquents, le pouvoir adjudicateur consulte par écrit les titulaires de l'accord-cadre ou, lorsque l'accord-cadre a été divisé en lots, les titulaires du lot correspondant à l'objet du marché subséquent* ». Le pouvoir adjudicateur doit fixer un délai suffisant pour permettre aux attributaires concernés par la mise en concurrence de présenter leur offre. Pour ce faire, il doit tenir compte en particulier de la complexité des prestations objets du marché ou du temps nécessaire à la transmission des offres. Ensuite, dans ce délai, les titulaires de l'accord-cadre doivent envoyer leur offre, qui doit être conforme aux caractéristiques déterminées par l'accord-cadre et par les documents de consultation spécifiques au marché concerné. Cet envoi est effectué par tout moyen permettant d'en assurer la confidentialité et de déterminer une date et une heure de réception certaines.

Enfin, au regard des critères d'attribution déterminés dans l'accord-cadre, le pouvoir adjudicateur attribue le marché au(x) candidat(s) ayant présenté l'offre (ou les offres) économiquement la (ou les) plus avantageuse(s).

553. Les accords-cadres et les marchés subséquents des entités adjudicatrices – Les entités adjudicatrices peuvent aussi conclure des accords-cadres. L'article 79, III du décret du 25 mars 2016 se contente de prévoir des règles minimales qu'elles doivent respecter lors de la passation des marchés subséquents. Ces règles minimales sont les suivantes : les marchés subséquents sont passés sur la base de règles ou de critères objectifs et non discriminatoires définis dans l'accord-cadre, qui peuvent inclure la remise en concurrence des titulaires. Quand une remise en concurrence est prévue, l'entité adjudicatrice fixe un délai suffisant pour permettre la présentation des offres. Le marché subséquent est attribué à celui ou à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base des critères d'attribution déterminés dans l'accord-cadre.

554. Accords-cadres portant sur des bons de commande – D'abord, on rappellera ici que, en vertu de l'article 80 du décret du 25 mars 2016, les bons de commande sont des documents écrits adressés aux titulaires de l'accord-cadre qui précisent celles des prestations, décrites dans l'accord-cadre, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité. L'alinéa 2 de cet article indique ensuite simplement que l'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités prévues par l'accord-cadre. Ces modalités doivent donc être définies et décrites avec précision par ce dernier.

555. Par ailleurs, deux précisions importantes doivent être faites :

– la première indique que les marchés subséquents ou les bons de commande doivent être passés ou émis pendant la durée de validité de l'accord-cadre. Quant à leur durée d'exécution, en vertu de l'article 78, IV du décret du

25 mars 2016, elle peut dépasser la durée de validité de l'accord-cadre si elle est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution de ce type de prestation, et à condition qu'elle ne se prolonge pas « *au-delà de la date limite de validité de l'accord dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique* » des opérateurs économiques ;

– la seconde autorise à titre exceptionnel, en vertu de l'article 79, II, 4° du décret du 25 mars 2016, le pouvoir adjudicateur dans son accord-cadre à « *prévoir que l'attribution de certains marchés subséquents ne donnera pas lieu à remise en concurrence lorsqu'il apparaît que, pour des raisons techniques, ces marchés ne peuvent plus être confiés qu'à un opérateur économique déterminé* ». Tel est en particulier le cas lorsqu'aucun produit, matériel ou service ne peut être substitué au produit, matériel ou service à acquérir et qu'un seul des titulaires de l'accord-cadre est en capacité de le fournir.

D. La passation des systèmes d'acquisition dynamique et des marchés conclus sur leur fondement

556. Cette procédure d'achat public se décompose en deux étapes : la constitution du système d'acquisition dynamique lui-même et la conclusion des marchés conclus sur leur fondement dits, en vertu de l'article 81, I, marchés spécifiques.

I – La procédure de mise en place du système d'acquisition dynamique (SAD)

557. La mise en place d'un SAD donne lieu à l'application d'une procédure de publicité et de mise en concurrence préalables inspirée de l'appel d'offres ouvert puisque, pour conduire celle-ci, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice suit les phases décrites à l'article 82 du décret du 25 mars 2016 qui sont identiques à celles de l'appel d'offres ouvert.

558. Publicité – La procédure commence donc par la publication d'un avis d'appel public à la concurrence. Celui-ci doit, bien sûr, préciser qu'il concerne un SAD, la période de validité du système d'acquisition dynamique, évidemment l'adresse électronique à laquelle les documents de la consultation peuvent être consultés, et mentionner également les critères de sélection des candidats admis dans le SAD et les critères d'attribution des marchés spécifiques. L'appel à la concurrence peut être effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif. En outre, les documents de la consultation indiquent la nature des achats envisagés et leur quantité estimée, ainsi que toutes les informations nécessaires relatives au système d'acquisition dynamique, y compris son éventuelle subdivision en catégories de produits, de services ou de travaux et les caractéristiques de ces catégories, les modalités de fonctionnement du système, l'équipement électronique utilisé et les modalités techniques de connexion. Ces documents doivent être d'accès « *libre, direct et complet* » par la voie électronique pendant toute la durée de validité du SAD.

559. Envoi et délai de réception des candidatures – Pour pouvoir être présélectionnés dans le cadre du SAD, les opérateurs économiques doivent envoyer par la voie électronique un dossier de candidature. Conformément à l'article 82, III, « *Le délai minimal de réception des candidatures est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt. Aucun délai supplémentaire de réception des candidatures n'est applicable après l'envoi de l'invitation à soumissionner pour le premier marché spécifique dans le cadre du système d'acquisition dynamique.* »

En vertu de l'article 81, I, « *le système est ouvert pendant toute sa durée de validité à tout opérateur économique satisfaisant aux critères de sélection* ». L'acheteur accorde, pendant toute la durée de validité du SAD, la possibilité à tout opérateur économique de demander à y participer. Il est donc permis aux opérateurs économiques d'intégrer les SAD qui fonctionnent déjà.

560. Examen et analyse des dossiers de candidatures – La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché procède à l'examen et l'évaluation des dossiers de candidatures dans un délai de 10 jours à compter de leur réception. Celui-ci peut toutefois être prolongé à 15 jours, à condition que cela soit justifié, notamment parce qu'il est nécessaire d'examiner des documents complémentaires ou de vérifier d'une autre manière si les critères de sélection sont remplis. Tant que l'invitation à soumissionner pour le premier marché spécifique n'a pas été adressée, l'acheteur peut prolonger la période d'évaluation des candidatures, à condition qu'aucune invitation à soumissionner ne soit envoyée durant cette prolongation. Il indique, dans les documents de la consultation, la durée de la prolongation qu'il décide d'appliquer.

561. Détermination de la liste des candidats admis dans le SAD – Une fois que cette évaluation est faite, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché arrête la liste des candidats admis dans le SAD et les informe dans les plus brefs délais de cette admission. De même, les opérateurs économiques dont la candidature est écartée en sont avisés dans les plus brefs délais. Enfin, conformément à l'article 82, IV, tous les candidats satisfaisant aux critères de sélection doivent être admis dans le SAD et leur nombre ne peut être limité.

II – La conclusion des marchés spécifiques

562. Envoi d'une invitation à soumissionner – Les marchés passés dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, dits marchés spécifiques, font l'objet d'une procédure de mise en concurrence. Celle-ci débute par l'envoi d'une invitation à soumissionner à tous les candidats admis dans le système à présenter une offre dans les conditions de l'article 56. Si le SAD est subdivisé en catégories de produits, de services ou de travaux, l'acheteur invite tous les candidats admis pour la catégorie correspondant au marché spécifique concerné. Le délai de réception des offres pour les pouvoirs adjudicateurs est de 10 jours minimum à compter de la date d'envoi de l'invitation à

soumissionner. Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités publiques centrales peuvent fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats invités à soumissionner, à condition que cette date soit identique pour tous. En l'absence d'accord, le pouvoir adjudicateur fixe un délai qui ne peut être inférieur à 10 jours. Les entités adjudicatrices peuvent fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats invités à soumissionner, à condition que cette date soit la même pour tous. Si un tel accord n'est pas trouvé, les entités adjudicatrices fixent un délai qui ne peut être inférieur à 10 jours.

563. Examen et analyse des offres et attribution du marché – Une fois reçues, ces offres sont examinées et évaluées ; l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie par l'acheteur par l'application des critères d'attribution mentionnés dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt quand l'appel à la concurrence est effectué par l'avis de préinformation ou par l'avis périodique indicatif.

La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché informe les candidats dont l'offre n'a pas été retenue du rejet de celle-ci. Enfin, elle notifie le marché et publie un avis d'attribution.

E. Le déroulement des procédures de passation des marchés de maîtrise d'œuvre

564. Procédure applicable – La procédure applicable à cette passation varie en fonction de seuils financiers et de l'objet du marché :

- quand le marché n'atteint pas le seuil des procédures formalisées, il peut être passé selon la procédure adaptée (voir *supra*, n^os^ 417 et s.). Il faut souligner que dès lors que l'acheteur est soumis à la loi du 12 juillet 1985 dite MOP, il doit obligatoirement donner lieu à un contrat écrit ;
- quand le montant du marché atteint ou dépasse ce seuil et qu'il est passé par l'État, ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements agissant comme pouvoir adjudicateur, il est passé selon la procédure du concours restreint, qui est la procédure de droit commun en matière de passation des marchés de maîtrise d'œuvre.

Toutefois, ces acheteurs ne sont pas obligés de recourir au concours dans les cas limitativement énumérés à l'article 90, II, 1° du décret du 25 mars 2016. C'est le cas pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre :

- relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ou à la réalisation d'un projet urbain ou paysager ;
- relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ;
- qui ne confie aucune mission de conception au titulaire ;
- relatif à des ouvrages d'infrastructures.

Dans ces hypothèses, si le pouvoir adjudicateur ne choisit pas la procédure du concours, il peut opter pour l'appel d'offres, la procédure concurrentielle avec

négociation ou le dialogue compétitif et éventuellement la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables si le marché rentre dans l'un des cas de recours énumérés à l'article 30 du décret du 25 mars 2016.

Pour les autres acheteurs, les marchés sont passés selon l'une des procédures formalisées ou, si les conditions énumérées à l'article 30 sont remplies, selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables.

565. Déroulement de la procédure – Concernant le déroulement de la procédure du concours restreint, il suffit ici de renvoyer aux développements qui lui sont consacrés (voir *supra*, n^os^ 540 et s.). Simplement, l'article 90, III du décret instaure une spécificité au sujet du concours restreint en matière de passation des marchés de maîtrise d'œuvre. L'octroi d'une prime pour les candidats ayant remis des prestations est ainsi obligatoire. Le montant de la prime, qui doit être mentionné dans l'avis d'appel public à la concurrence quand l'acheteur est soumis à la loi MOP, est égal au prix estimé des études à effectuer par les candidats affectés d'un abattement maximum de 20 %. La prime est allouée aux candidats sur proposition du jury. Lorsque l'acheteur n'est pas soumis à la loi susmentionnée ou quand il n'organise pas de concours, les candidats qui ont remis des prestations conformes aux documents de la consultation doivent bénéficier d'une prime dont le montant est librement défini par l'acheteur. Dans tous les cas, le montant de la prime est indiqué dans les documents de la consultation. Comme l'indique l'article 90, III du décret, la rémunération du marché de maîtrise d'œuvre tient compte de la prime reçue pour sa participation à la procédure par le candidat attributaire.

F. Le déroulement des procédures de passation des marchés publics globaux

566. On le sait, le décret du 25 mars 2016 prévoit deux catégories de marchés publics globaux : les marchés de conception-réalisation et les marchés publics globaux de performance.

I – La passation des marchés de conception-réalisation

567. Cette passation varie fort logiquement en fonction du montant du marché et, plus précisément, si ce montant atteint ou dépasse les seuils de procédure formalisée ou, au contraire, s'il est inférieur à ces seuils.

a) La passation des marchés de conception-réalisation atteignant les seuils de procédure formalisée

568. Sous l'empire du CMP, les pouvoirs adjudicateurs devaient recourir à une procédure d'appel d'offres restreint adaptée par les dispositions de l'article 69 de ce code. Désormais, dans cette hypothèse, l'acheteur assujetti à la loi MOP recourt à l'une des procédures formalisées énumérées aux articles 25 ou 26 du décret du 25 mars 2016, dans le respect des conditions de recours à ces procédures prévues par ces articles. Ces procédures font néanmoins l'objet d'adaptations indiquées à l'article 91, II de ce décret.

569. La procédure commence par une publicité effectuée conformément aux articles 33 et 34 – et éventuellement aux articles 31 et 32 – du décret du 25 mars 2016.

570. Les candidatures sont transmises à l'acheteur par les entreprises candidates et examinées par un jury dont la composition est précisée à l'article 91, II, 1° de ce décret (voir *supra*, n° 288).

Les attributions de ce jury sont consultatives. Il étudie les candidatures, dresse un procès-verbal sur cet examen et émet un avis motivé sur la liste des candidats à retenir.

Mais c'est la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché qui arrête cette liste. Ensuite, les candidats retenus exécutent des prestations qui consistent au moins en un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou en un avant-projet accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage pour un ouvrage d'infrastructure. Le jury étudie les prestations, auditionne les candidats et émet un avis motivé sur leurs offres. Il est dressé un procès-verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats.

La personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché peut demander aux auteurs des offres, des précisions ou des clarifications sans que celles-ci puissent avoir pour effet de changer les éléments essentiels de ces offres ou du marché.

571. Au vu de l'avis formulé par le jury, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché pour les marchés de l'État, de ses établissements publics à caractère administratif, des établissements publics de santé et des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, la CAO pour les marchés des collectivités territoriales attribue le marché.

Il est à observer que la désignation d'un jury est facultative dans les cas énumérés à l'article 91, II, 2° du décret du 25 mars 2016. Ces cas sont les suivants pour les marchés publics de conception-réalisation passés :

- par les pouvoirs adjudicateurs :
  - relatifs à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ou à la réalisation d'un projet urbain ou paysager,
  - relatifs à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation,
  - relatifs à des ouvrages d'infrastructures ;
- par les entités adjudicatrices en dialogue compétitif ou en procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

572. En outre, les règles relatives à la fourniture par l'attributaire des certificats et attestations délivrées par les administrations et organismes compétents prouvant qu'il a satisfait à ses obligations sociales et fiscales, aux offres anormalement basses, au caractère infructueux de la procédure, à l'abandon de la procédure pour motif d'intérêt général, à l'information des candidats dont l'offre n'a pas été retenue, au rapport de présentation, à la transmission des pièces du marché

d'une collectivité locale au préfet, à la notification, à l'envoi d'un avis d'attribution – évoquées à propos de l'appel d'offres ouvert s'appliquent aussi à la procédure propre aux marchés de conception-réalisation.

573. Par ailleurs, le règlement de la consultation prévoit le montant des primes qui doit correspondre au prix estimé des études de conception à effectuer par le candidat affecté d'un abattement maximum de 20 %. Bien sûr, la rémunération de l'attributaire prend en compte les primes qu'il a reçues.

b) La passation des marchés de conception-réalisation inférieurs aux seuils de procédure formalisée

574. Les acheteurs assujettis à la loi MOP pour passer leurs marchés publics de conception-réalisation dont le montant est inférieur aux seuils de procédure formalisée peuvent recourir à une procédure adaptée (voir *supra*, n[os] 417 et s.). Simplement, les règles relatives aux primes évoquées pour la passation des marchés de conception-réalisation atteignant les seuils de procédure formalisée s'appliquent aussi ici.

II – La passation des marchés publics globaux de performance

575. L'article 92 du décret du 25 mars 2016 prévoit que pour attribuer ce marché, l'acheteur se fonde sur une pluralité de critères, parmi lesquels figurent le critère du coût global et un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique et déterminés en fonction de l'objet du marché public.

Les marchés qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée et qui comprennent la réalisation de travaux relevant de la loi MOP sont passés selon les mêmes modalités que celles applicables à la passation des marchés de conception-réalisation passés par les acheteurs mentionnés à l'article 1[er] de cette loi et atteignant les seuils de procédure formalisée.

G. La passation des marchés à bons de commande du CMP

576. Comme on l'a souligné plus haut (voir *supra*, n° 111), la nouvelle acception de l'accord-cadre issue du décret du 25 mars 2015 englobe désormais le marché à bon de commande qui disparaît donc en tant que tel du droit des marchés publics. Dès lors nous nous contenterons, ici, de faire quelques rappels de la passation de ces marchés telle qu'elle résultait du CMP. En vertu de l'article 77, II du code de 2006, le marché à bons de commande était passé pour une durée maximale de 4 ans « *sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans* ».

577. En outre, le Code supprimait l'obligation de principe de fixer un montant minimum et un maximum en valeur ou en quantité. Ainsi l'article 77, I du code de 2006 modifié par le décret n° 2008-334 du 17 décembre 2008 puis

par le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 disposait-il que « *le pouvoir adjudicateur a la faculté de prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou un minimum, ou un maximum, ou prévoir que le marché est conclu sans minimum ni maximum* ». Le Conseil d'État a précisé l'interprétation de cette disposition dans son arrêt du 18 juin 2010, *OPAC Habitat Marseille Provence*[25] qui indique que l'article 77, I, lorsque le pouvoir adjudicateur a prévu un minimum et un maximum en valeur pour le marché à passer, il s'est conformé à l'une des hypothèses prévues par l'article 77 précité, lequel ne formule aucune autre exigence et ne lui impose pas d'évaluer la valeur distincte de chacune des prestations prévues au marché. En revanche, quand le marché est conclu sans minimum ni maximum, le pouvoir adjudicateur est tout de même contraint de mentionner, « *à titre indicatif et prévisionnel, les quantités de matériels à fournir ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché* »[26].

578. La passation du marché à bon de commande faisait l'objet de mesure de publicité et de mise en concurrence dont les modalités variaient selon le montant du marché. Ainsi, en dessous des seuils des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur pouvait recourir à une procédure adaptée et si ces seuils sont atteints, il devait mettre en œuvre l'une des procédures formalisées prévues par le Code. À défaut de montant minimum et maximum, la procédure d'appel d'offres s'impose.

579. L'émission des bons de commande – Une fois le marché conclu, dans le respect des modalités stipulées dans le marché, la personne compétente pour mettre en œuvre et signer le marché émet des bons de commande. Ceux-ci sont des documents écrits envoyés au(x) titulaire(s) du marché qui indiquent celles des prestations, qui ont été décrites dans le marché, dont l'exécution est demandée et en précisent la quantité.

Cette émission ne donnait lieu à aucune nouvelle mise en concurrence préalable ce qui distinguait le procédé du marché à bon de commande de celui de l'accord-cadre. Elle ne pouvait non plus faire l'objet d'une négociation.

En outre, cette émission ne pouvait avoir lieu que pendant la durée de validité du marché à bons de commande. Quant à la durée d'exécution des bons de commande, elle peut dépasser la durée de validité du marché si elle est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution de ce type de prestation et à condition qu'elle ne se prolonge pas « *au-delà de la date limite de validité du marché dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques* ».

580. Par ailleurs et pour finir, l'article 77, III du CMP permettait au pouvoir adjudicateur à titre exceptionnel, de s'adresser à une autre entreprise que celle (s) attributaire(s) du marché. Cette possibilité lui était laissée pour des besoins

25. CE, 18 juin 2010, OPAC Habitat Marseille Provence : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 269, note W. Zimmer.
26. CE, 20 mai 2009, Ministre de la Défense : Contrats-Marchés publ. 2010, n° 231, note F. Llorens.

occasionnels dont le montant cumulé n'excédait pas 1 % du montant total du marché ni la somme de 10 000 € HT.

581. Les entités adjudicatrices pouvaient aussi conclure des marchés à bons de commande, mais dans ce cas, conformément à l'article 169, 4°, leur durée n'était pas limitée à 4 ans.

Section 3 Les particularités de la passation des marchés de partenariat

582. Les marchés de partenariat sont soumis aux dispositions relatives à la passation des marchés publics traditionnels, à l'exception des règles portant sur l'allotissement et le prix. En outre, ils sont assujettis à des règles particulières.

§1. Les particularités relatives aux conditions préalables au lancement de la procédure de passation

583. La passation des marchés de partenariat nécessite la réalisation d'études et fait l'objet d'avis préalables.

A. Études et avis préalables

584. Le lancement de la procédure de passation d'un marché de partenariat doit être précédé, en vertu de l'article 74 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, par une phase d'instruction qui comprend l'évaluation préalable des modes de réalisation du projet (EMRP) et l'étude de soutenabilité budgétaire (ESB).

I – Évaluation préalable du mode de réalisation du projet et avis de l'organisme expert

585. En vertu des articles 147 et 150 du décret du 25 mars 2016, la passation des marchés de partenariat est obligatoirement précédée par une EMRP, quel que soit le montant du projet à réaliser. Elle permet à l'acheteur, grâce à l'élaboration du projet et à un comparatif en coût complet des différentes formules contractuelles envisageables pour le réaliser, de s'assurer que l'outil procédural choisi est le mieux adapté au projet envisagé. L'EMRP doit parvenir à une comparaison objective et complète, en l'état d'avancement du montage du projet et des prévisions réalisées par l'acheteur. Quand le contrat prévoit une occupation du domaine public ou privé, cette évaluation doit également contenir une analyse de la concordance du projet avec la politique immobilière du pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.

Conformément à l'article 76 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et à l'article 153 du décret du 25 mars 2016, l'organisme expert – la Mission d'appui au financement des infrastructures (MAFI), placée auprès du ministre chargé de la commande publique – rend un avis sur l'EMRP. La MAFI doit se

prononcer dans un délai de six semaines à compter de sa saisine ; à défaut de réponse, l'avis est réputé favorable.

II – L'étude de soutenabilité budgétaire et l'avis des services du ministre chargé du budget

586. Cette étude est réalisée en même temps que l'EMRP. Avec l'objectif de bonne utilisation des deniers publics, l'ESB prend en compte tous les aspects financiers du projet. Elle contient obligatoirement cinq éléments :

- le coût prévisionnel global du marché en moyenne annuelle ;
- l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur et son impact sur sa situation financière ;
- l'effet du marché sur l'évolution des dépenses obligatoires de l'acheteur ;
- ses conséquences sur son endettement et ses engagements ;
- une analyse des coûts qui résulteraient d'une rupture anticipée du contrat.

Un avis motivé doit être rendu par le ministre chargé du budget, qui doit intervenir un délai de six semaines à la suite de sa saisine ; passé ce délai, l'avis est réputé favorable.

B. Les conditions de recours

587. Le recours au marché de partenariat n'est pas libre, il est conditionné au respect de conditions posées par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et par le décret du 25 mars 2016. Ainsi, pour engager la procédure de passation d'un tel marché, l'acheteur doit établir que le recours à celui-ci offre un meilleur bilan que celui des autres formes de réalisation du projet et qu'en vertu de l'article 75 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, la valeur du marché dépasse un seuil fixé par voie réglementaire.

I – Le bilan favorable

588. Le bilan est réalisé au regard des éléments contenus dans l'EMRP – Pour l'établissement du bilan, l'acheteur doit notamment prendre en compte ses propres moyens pour réaliser son projet et également les caractéristiques de ce dernier. Ce bilan doit permettre de comparer toutes les formules contractuelles possibles et de prouver l'opportunité du choix contractuel opéré. Il répond à une appréciation globale fondée sur une approche qualitative et doit démontrer que le recours au marché de partenariat offre plus d'avantages que les autres solutions contractuelles de la commande publique.

La réalisation de ce bilan doit retenir une appréciation globale. C'est ainsi qu'il appréhende des éléments relatifs notamment au transfert de la maîtrise d'ouvrage, aux contours des missions confiées au titulaire, à la répartition des risques avec le titulaire du marché et au coût du projet.

589. L'appréciation de l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage – L'acheteur doit expliquer les avantages attendus et les conséquences du transfert de la maîtrise d'ouvrage au titulaire du marché pour la conduite opérationnelle du

projet. Il apprécie les avantages et inconvénients du transfert de la maîtrise d'ouvrage au regard notamment de la complexité de l'opération et des capacités, savoir-faire et moyens dont il dispose.

590. L'appréciation du périmètre des missions susceptibles d'être confiées – L'acheteur doit décrire avec précision l'étendue des missions qu'il entend transférer au titulaire et expliciter l'intérêt objectif de la répartition établie au vu des objectifs et exigences suivants : optimiser le coût global du projet et les délais d'exécution, imposer des objectifs de performance et/ou surmonter la complexité de l'opération. L'acheteur doit également dresser le schéma des prestations annexes pour des tiers au contrat réalisées par le titulaire et destinées à générer des recettes de valorisation. L'acheteur doit s'assurer notamment que le montant du « *loyer* » est inférieur à celui qu'il aurait dû acquitter sans ces revenus.

591. Les modalités de répartition des risques – Les risques doivent être inventoriés et répartis entre les acteurs du partenariat. Doivent notamment être appréhendés le risque de conception, le risque de construction, le risque lié au respect des délais et de l'enveloppe financière, à la qualité des prestations et le risque de maintenance. D'une manière générale, l'acheteur doit identifier les principaux risques internes (le risque opérationnel...) et externes (le risque d'évolution du cadre légal et réglementaire...) au marché. Le partage des risques retenu doit être justifié et dépend notamment de la nature du projet, de ses caractéristiques techniques et des aléas qu'il peut rencontrer lors de sa réalisation. Enfin, l'acheteur doit mesurer l'impact du partage des risques opéré sur l'évaluation du prix à payer.

592. L'appréciation du coût global du projet – Le marché de partenariat est fondé sur un financement privé de tout ou partie des investissements qui, pour dire vrai, est souvent plus onéreux qu'un financement budgétaire adossé à un emprunt. Dès lors, afin d'évaluer le coût global du projet, il est nécessaire que l'acheteur réalise une analyse précise des conditions de financement élaborées pour le projet de marché de partenariat.

L'appréciation du critère du coût global doit permettre d'établir que, dans l'hypothèse où le mode privé de financement est plus coûteux que le financement public, cet inconvénient est contrebalancé par des économies pour l'acheteur générées ailleurs.

II – Le seuil de recours au marché de partenariat

593. L'ordonnance du 23 juillet 2015 pose, en son article 75, le principe d'un seuil minimal de recours au marché de partenariat variant en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de

l'acheteur et de l'intensité du risque encouru. Ces seuils sont fixés par l'article 151 du décret du 25 mars 2016. Ils sont les suivants :

- 2 millions d'euros HT :
  - quand l'objet principal du marché de partenariat porte sur des biens immatériels, des systèmes d'information ou des équipements autres que des ouvrages,
  - lorsque le contrat fixe des objectifs chiffrés de performance énergétique et prévoit que la rémunération du titulaire tient compte de la réalisation de ces objectifs ;
- 5 millions d'euros HT lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur :
  - des ouvrages d'infrastructure de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie, des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement ;
  - des ouvrages de bâtiment lorsque la mission confiée au titulaire ne comprend pas l'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ou la gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée ;
- 10 millions d'euros HT lorsque l'objet principal du marché de partenariat ne porte pas :
  - sur des prestations ou des ouvrages consistant en la réalisation de biens immatériels, des systèmes d'information ou des équipements autres que des ouvrages ou que le contrat ne comporte pas des objectifs chiffrés de performance énergétique et ne prévoit pas que la rémunération du titulaire tient compte de l'atteinte de ces objectifs,
  - sur des ouvrages d'infrastructure de réseau,
  - sur des ouvrages de bâtiment lorsque la mission confiée au titulaire ne comprend aucun des éléments susmentionnés.

594. Par ailleurs, l'article 151, II du décret du 25 mars 2016 précise les modalités de calcul de la valeur du marché de partenariat. Celle-ci intègre :

- la rémunération du titulaire versée par l'acheteur ;
- le cas échéant, les revenus provenant de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine ;
- le cas échéant, les éventuels concours publics.

Cette valeur à prendre en compte est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence à la publication.

III – Autorisation préalable au lancement de la procédure

595. Le lancement de la procédure de passation du marché de partenariat est conditionné à une autorisation préalable donnée par l'autorité compétente.

Pour les projets de l'État, les ministres chargés du budget et de l'économie donnent leur autorisation dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de l'EMRP et des avis obligatoires émis dans le cadre de l'instruction du projet. À défaut de réponse dans ce délai, l'accord des ministres chargés du budget et de l'économie est réputé acquis. Pour les établissements publics de l'État, l'autorisation est accordée par l'organe délibérant, après réception des études et avis obligatoires de la phase d'instruction.

§2. Procédures de passation

596. Il faut mentionner l'identité des procédures de passation avant de dégager les spécificités procédurales.

A. L'identité des procédures de passation des marchés de partenariat

597. La passation des marchés de partenariat obéit aux mêmes règles procédurales que celles relatives aux marchés publics « *traditionnels* ». Dès lors, quant aux choix de la procédure, les dispositions de l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et des articles 25 à 27 du décret du 25 mars 2016 s'appliquent à la passation des marchés de partenariat. Il suffit donc ici de renvoyer à l'étude de ces dispositions réalisée plus haut.

B. Spécificités procédurales

598. Ainsi, la passation des marchés de partenariat ayant pour objet de confier au titulaire tout ou partie de la mission de conception d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels donne lieu à des conditions particulières. Dans cette hypothèse, la qualité des ouvrages à construire doit obligatoirement constituer l'un des critères d'attribution du marché. En outre, en vertu de l'article 158 du décret du 25 mars 2016, les offres présentées par les soumissionnaires doivent comporter un projet architectural.

599. Spécificités relatives à l'achèvement de la procédure – Après l'achèvement de la procédure de passation, le projet de marché de partenariat est transmis aux autorités compétentes afin qu'elles donnent leur accord préalable à la signature du marché. Pour l'État, cet accord est de la compétence des ministres chargés du budget et de l'économie, qui ont un délai d'un mois à compter de la réception du projet de marché de partenariat pour se prononcer. À défaut de réponse dans ce délai, l'accord est réputé acquis.

Pour les établissements publics de l'État, le marché ne peut être signé qu'après l'accord des ministres chargés du budget, de l'économie et du ministre de tutelle avec les mêmes règles de délai. Pour les marchés de partenariats des collectivités territoriales, la signature du marché par l'organe exécutif est conditionnée par l'article 78, II de l'ordonnance du 23 juillet 2015 à l'autorisation préalable de l'assemblée délibérante.

Après leur signature, les marchés de partenariat et leurs annexes doivent être transmis à l'organisme expert, conformément à l'article 79 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

N° 600 réservé.

Bibliographie

BODIN (L.), « La dématérialisation des procédures dans le Code des marchés publics 2006 », AJDA 2 oct. 2006, p. 1777.

BOUCHON (D.), COSSALTER (P.), *Marchés de maîtrise d'œuvre dans la construction publique*, Éd. du Moniteur, 2e éd., 1999.

BRACONNIER (S.), « Choix des procédures et calcul des seuils », Contrats-Marchés publ. 2004, n° 2, p. 33.

CABANES (C.) et NEVEU (B.), « L'acheteur public face à l'obligation de garantir une véritable mise en concurrence », CP-ACCP mars 2004, n° 31, p. 73.

CAMBOURNAC (M.), « Marchés publics. De l'appel d'offres sur performances au dialogue compétitif », Mon. TP 21 mai 2004, p. 65.

CAMBOURNAC (M.), « Une procédure négociée banalisée sans être dûment formalisée », Mon. TP 18 juin 2004, p. 86.

CHARREL (N.), « Dialogue compétitif et conception-réalisation : la confusion des procédures ? », CP-ACCP mars 2004, n° 31, p. 83.

COSSALTER (P.), « Les règles de passation des marchés de maîtrise d'œuvre à la française sont-elles légales ? », Mon. TP 7 mai 2004, p. 68.

COSSALTER (P.), « Nouveau code : les contrats sans formalité », La lettre du cadre territorial 15 févr. 2004, n° 269, p. 59.

COSSALTER (P.), « Nouveau code : les marchés à procédure allégée », La lettre du cadre territorial 15 mars 2004, n° 271, p. 61.

CRAHÉS (M.), « Vade-mecum du Code des marchés publics 2006 », JCP A 4 sept. 2006, n° 36, p. 1123.

DELACOUR (E.), « Les procédures formalisées de passation des marchés publics. Quelles innovations ? », Contrats-Marchés publ. 2006, n° 8-9, p. 17.

DELELIS (P.), « Le dialogue compétitif », Contrats et marchés publics 2004, n° 2, p. 46.

DELELIS (P.), « Les nouvelles procédures simplifiées », Contrats-Marchés publ. 2001, n° 5.

FRANÇOIS (S.), « Appel d'offres : rigueur du besoin, intangibilité des offres », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 7, étude 7.

HEINTZ (M.), « La commande publique, outil d'interventionnisme public », RFDA juill.-août 2010, p. 760.

JEANJEAN (N.), « Les nouvelles modalités d'appréciation des seuils de mise en concurrence », CP-ACCP mars 2004, numéro spécial n° 31, p. 29.

KOEBEL (B.), « La procédure adaptée entre liberté, encadrement réglementaire et incertitude », Contrats-Marchés publ. 2007, n° 11, p. 7.

KOEBEL (B.), « Les collectivités territoriales face à la publicité et à la mise en concurrence des marchés passés selon la procédure adaptée. », Contrats-Marchés publ. 2004, n° 10, p. 5.

LICHÈRE (F.), « Les procédures adaptées », Contrats-Marchés publ. 2006, n° 8-9, p. 20.

LINDITCH (F.), « Le code 2006 sécurise-t-il la passation des marchés à procédure adaptée ? », CP-ACCP sept. 2007, n° 69, p. 66.

LINDITCH (F.), « Le décret 4 000 euros : du nouveau pour les "très petits achats" ? », JCP A 13 déc. 2004, n° 51, p. 1635.

LINDITCH (F.), « Les nouveaux modes de sélection des fournisseurs de l'administration : marchés à bons de commande, accords-cadres, système d'acquisition dynamique », Contrats-Marchés publ. 2006, n° 8-9, p. 25.

LLORENS (F.), « Nouvelle et énième réforme du droit des marchés publics », Contrats-Marchés publ. 2009, n° 1, p. 15.

LLORENS (F.), « Régime des procédures de passation », Contrats-Marchés publ. 2004, n° 2, p. 42.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Feu le seuil de 20 000 € », Contrats-Marchés publ. 2010, n° 3, repère 3, p. 1.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Liberté et sécurité juridique : retour sur la procédure adaptée », Contrats-Marchés publ. 2006, n° 10, repère 9, p. 1.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Quel avenir pour la négociation dans les marchés publics ? », Contrats-Marchés publ. 2011, n° 8-9, repère 8, p. 1.

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.), « Vers un reflux du formalisme en matière de passation des marchés publics ? », Contrats-Marchés publ. 2008, n° 12, repère 11, p. 1.

MAUGÜE (C.), « La réforme des procédures », BJCP 2001, n° 16, p. 195.

MENEMENIS (A.), « Code des marchés publics 2006 : quelques points forts de la réforme », AJDA 2006, p. 1754.

MENEMENIS (A.), « Nouveau Code des marchés publics : l'avenir d'une ambition », Dr. adm. avr. 2004, chron. n° 7.

MENEMENIS (A.), « Passer un marché public : sur quelques innovations du code », AJDA 2004, p. 382.

MICHON (J.), « Connaître et respecter les nouveaux seuils de concurrence et de procédure », Mon. TP 30 janv. 2004, p. 70.

MICHON (J.), « La procédure de dialogue compétitif », Mon. TP 30 avr. 2004, fiche pratique 13, p. 91.

MICHON (J.), « La réglementation applicable aux marchés publics conclus en "procédure adaptée" dès le premier euro », Mon. TP 6 févr. 2004, p. 70.

MICHON (J.), « Les marchés de maîtrise d'œuvre et similaires », Mon. TP 7 mai 2004, fiche pratique 14, p. 71.

MICHON (J.), « Les marchés soumis à l'obligation de publicité », Mon. TP 5 mars 2004, fiche pratique 5, p. 93.

MICHON (J.), « Recourir à la procédure adaptée », Mon. TP 16 avr. 2004, fiche pratique 11, p. 79.

OLIVIER (F.), « L'appel d'offres rénové », Contrats-Marchés publ. 2001, n° 7.

OLIVIER (F.), « La place de la négociation dans le Code des marchés publics », Contrats-Marchés publ. 2004, n° 11, p. 32.

OLIVIER (F.), « Pondération des critères dans les marchés publics », Contrats-Marchés publ. 2004, n° 12, p. 4.

OLIVIER (F.), « Sélection des candidatures et analyse des offres », Contrats-Marchés publ. 2004, n° 2, p. 40.

OLIVIER (F.) et LIET-VEAUX (C.) « La négociation dans la commande publique : Quelle place ? Quel enjeu ? », Contrats-Marchés publ. 2016, n° 7, étude 5.

PIGNON (S.), « Le dialogue compétitif : une opportunité pour les acteurs de la commande publique », AJDA 2004, n° 28, p. 1521.

PONGERARD-PAYET (H.) et BANGUI (T.), « La procédure de l'accord-cadre : un nouvel instrument de la commande publique », AJDA 2007, p. 1055.

POURCEL (E.), « Le partenariat d'innovation, de vraies fausses novations contractuelle et procédurale ? », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 4, étude 5.

QUENNEHEN (J.-M.), « Les procédures adaptées : une liberté conditionnelle ? », CP-ACCP mars 2004, n° 31, p. 64.

RIBOT (C.), *La passation des marchés publics*, Imprimerie nationale, 2007.

RUELLAN (A.), « Les critères de choix des offres dans le nouveau Code des marchés publics », AJDA 23 févr. 2004, p. 378.

SORBARA (J.-G.), « Marchés publics et innovation », Contrats-Marchés publ. 2014, n° 6, dossier 13.

TESSIER (A.), « Code des marchés 2006 : la transposition est-elle achevée ? », Dr. adm. nov. 2006, chron. n° 19.

TESSIER (A.), « La nouvelle refonte du Code des marchés publics », Dr. adm. avr. 2004, chron. n° 8.

VANDERMEREEN (R.), « Les critères de sélection des entreprises », Mon. TP 29 juin 2001, numéro spécial « Maîtriser le nouveau droit de la commande publique », p. 3.