www.lagazette.fr • 7 avril 2025 • Hors-série • 15,00€

la gazette
des communes ● des départements ● des régions

CODE PRATIQUE 2025 DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Annoté et commenté par Jérôme Michon,
président de l'Institut de la commande publique (AMO, conseils, audits, formations)
et professeur en droit des marchés publics et privés à l'Ecole spéciale des travaux publics,
du bâtiment et de l'industrie

- Entretien avec Clémence Olsina, directrice des affaires juridiques au ministère de l'Economie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique
- Un an d'actualités de la commande publique
- Plus de 310 jurisprudences commentées
- Annotations et conseils pratiques

A jour au 1er mars 2025

4 - 5 JUIN 2025

DRIVE TO zero

Le salon de l'innovation pour la mobilité décarbonée

« Connecter pour innover »

PARIS EXPO, PORTE DE VERSAILLES, PAVILLON 5

event.drivetozero.fr

Un événement infoprodigital

Simplification version 2025



F. KLEMCZYNSKI / LA GAZETTE

BRIGITTE MENGUY,
rédactrice en chef adjointe

Quoi de mieux pour finir, ou plutôt pour commencer une année, que de découvrir un décret portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique? C'est ainsi que les acheteurs publics ont débuté leur année 2025, avec ce présent du Nouvel an entre les mains.

Véritable outil venu faciliter la vie des acteurs de la commande publique ou cadeau empoisonné? A en lire les réactions des premiers concernés, on observe au mieux du sarcasme au pire de la désolation. Il n'y a qu'à interroger un acheteur sur l'article 3 de ce décret du 30 décembre: jusqu'à présent, par défaut, le remboursement des avances devait être terminé lorsque le montant des prestations réalisées atteignait 80% du marché. L'article 3 du décret supprime cette borne. Un assouplissement? Non, un vide selon le président de l'association des acheteurs publics (*) qui regrette la désormais nécessaire intervention des collectivités pour le combler.

Ce décret serait-il un avant-goût de la simplification version 2025? Plusieurs textes sont attendus avec, en haut de la pile, le projet de loi de simplification économique. Celui-ci pourrait notamment remettre sur le devant de la scène le Smart business act réservé aux PME de l'outre-mer.

Il sera également question de simplification européenne en 2025. La réforme des trois directives relatives aux marchés publics annoncée a passé une première étape avec le lancement de la consultation publique en décembre dernier. La Commission, qui s'est notamment donné pour objectifs de simplifier les règles en matière de marchés publics, devra répondre à l'exigence de la Cour des comptes européenne qui soulignait en 2023 la nécessité de prendre des mesures pour faire face à la diminution de la concurrence dans les marchés publics.

De quoi donner de la matière à de futurs commentaires. D'ici là, laissons place à l'édition 2025 du «code pratique de la commande publique» annoté et commenté par Jérôme Michon. Enrichi de nouvelles dispositions réglementaires, le texte a pris de l'ampleur cette année notamment par la présence de nombreuses nouvelles jurisprudences commentées.

Enfin, un entretien avec Clémence Olsina, nouvelle directrice des affaires juridiques à Bercy ainsi qu'un an d'actualités de la commande publique introduiront les quelques 172 pages dudit code. Le tout, mis à jour au 1er mars 2025. Bonne lecture! ●

(*) lagazette.fr/965483

LES MÉTIERS DES TRANSITIONS

NOUVEAU
Dispositif de communication et de recrutement pour attirer et mobiliser vos futurs talents



Communiquez et recrutez-les !

Les transitions - énergétique, environnementale, numérique, sociale - modifient profondément le paysage professionnel. Les candidats ne connaissent pas toujours les métiers liés aux transitions ou ont besoin d'adapter leurs compétences aux nouvelles exigences.

Dans ce contexte, vous avez de plus en plus de difficultés pour attirer et mobiliser les talents afin de relever ces défis collectifs.

Nos **5 médias** s'associent pour vous offrir **une chance unique de partager vos valeurs,** impulser votre dynamique et optimiser votre stratégie de recrutement.

la gazette · L'USINE NOUVELLE · LE MONITEUR DES TRAVAUX PUBLICS ET DU BÂTIMENT · L'USINE DIGITALE · emploipublic.fr

des marques du groupe infoprodigital

SOMMAIRE

CODE PRATIQUE 2025 DE LA COMMANDE PUBLIQUE

03
ÉDITORIAL
Simplification version 2025

06
AVANT-PROPOS
Simplification kafkaïenne de la commande publique

14
ENTRETIEN
Clémence Olsina, directrice des affaires juridiques au ministère de l'Economie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique : « Donner une plus grande place au principe du "Dites-le nous une fois" »

16
UNE ANNÉE D'ACTUALITÉS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

19
LES SEUILS APPLICABLES

20
CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE CONSOLIDÉ, ANNOTÉ ET COMMENTÉ

24
PREMIÈRE PARTIE : DÉFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION
24 Livre Ier : Contrats de la commande publique
26 Livre II : Acteurs de la commande publique
28 Livre III : Contrats mixtes
29 Livre IV : Dispositions relatives à l'Outre-mer (non reproduites)

30
DEUXIÈME PARTIE : MARCHÉS PUBLICS
30 Livre préliminaire : Marchés publics mixtes
30 Livre Ier : Dispositions générales
114 Livre II : Dispositions propres aux marchés de partenariat
122 Livre III : Dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité (non reproduites)
123 Livre IV : Dispositions propres aux marchés publics liés à la maîtrise d'ouvrage publique et à la maîtrise d'œuvre privée
132 Livre V : Autres marchés publics
136 Livre VI : Dispositions relatives à l'Outre-mer (non reproduites)
136 Livre VII : Dispositions relatives aux circonstances exceptionnelles

138
TROISIÈME PARTIE : CONCESSIONS
138 Livre préliminaire : Contrats de concessions mixtes
139 Livre Ier : Dispositions générales
161 Livre II : Autres contrats de concession
165 Livre III : Dispositions relatives à l'Outre-mer (non reproduites)
165 Livre IV : Dispositions relatives aux circonstances exceptionnelles

166
ANNEXES NON REPRODUITES

168
TABLE DES ARTICLES LÉGISLATIFS DU CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Principal actionnaire : Info Services Holding • **Société éditrice :** Groupe Moniteur SAS au capital de 333 900 euros • **RCS :** Nanterre 403 080 823 • **Siège social :** 20, rue des Aqueducs - 94250 Gentilly • **Numéro de commission paritaire :** 1018 T 83807 • **ISSN :** 0769-3508 (imprimé) - 2649-9622 (en ligne) • **Président/Directeur de la publication :** Julien Elmaleh • **Coordination :** Brigitte Menguy • **Conception-réalisation :** Marilyn Gobert • **Impression :** Roto Champagne, rue des Frères Garnier, 52000 Chaumont • **Dépôt légal à parution.**

PEFC LE TRI + FACILE BAC DE TRI

Provenance du papier : Espagne • Taux de fibres recyclées : 100% • Certification : PEFC • Impact sur l'eau (P tot) : 0,01Kg/tonne.

TÉLÉCHARGEZ NOTRE GUIDE spécial primes 2024
Ce document est disponible en version numérique grâce à l'appli « Gazette Kiosk »



TÉLÉCHARGEZ NOTRE GUIDE pour la bonne gestion des collectivités territoriales
Ce document est disponible en version numérique grâce à l'appli « Gazette Kiosk »



Avant-propos

Simplification kafkaïenne de la commande publique



JÉRÔME MICHON, président de l'Institut de la commande publique (AMO, conseils, audits, formations). Professeur en droit des marchés publics et privés à l'Ecole spéciale des travaux publics, du bâtiment et de l'industrie.

Prague. 1920. Office d'assurances pour les accidents du travail. «*Vous n'avez donc pas idée de l'allure que prendra la réorganisation de notre service?*», s'inquiète un fonctionnaire auprès de son responsable. «*Non, je sais seulement que cette réorganisation va tout chambouler*», lui répond Franz Kafka. «*Mais, n'ayez crainte*», car «*finalement, tout sera exactement comme avant*» (1).

Paris. Années 60. Le Louvre. Dans la grisaille des bureaux ministériels situés dans l'aile Richelieu de l'ancien Musée Napoléon (2), où les costumes gris squattaient à cette époque depuis 1871, il fut un temps où des marchés publics étaient conclus sur simple «adjudication»: le summum de la simplicité qui érigeait le prix comme critère quasiment unique (3). Le Code des «marchés publics» des années 60 a cédé, au fil du temps, à pléthore de procédures. On a inventé la «procédure adaptée» comme si les autres procédures étaient inadaptées. On a connu les subtilités des «marchés négociés» à bien distinguer de la «procédure avec négociation». On a connu l'appel d'offres «sur performances», invention made in France, qui a inspiré le «dialogue compétitif», à ne pas confondre avec le «partenariat d'innovation» (4). Bref, si le fonctionnaire des années 60 ressuscitait, époque de la première codification des «marchés publics», il trouverait bien amère le processus de «simplification».

Il fut un temps, où le Code était numéroté logiquement de manière chronologique: article 1, article 2, article 3... à tel point que les praticiens connaissaient par cœur les numéros affectés à telle procédure de passation, aux critères d'attribution, aux modalités finales de notification. Les fameux articles 28, 35, 53, etc. peuplaient l'imaginaire du praticien des «marchés publics». Mais depuis qu'au Château (5), on a décidé de passer à la «commande publique», la numérotation du Code est devenue aussi indigeste que celle du Code général des collectivités territoriales. D'ailleurs, telle était bien la volonté des magistrats «honoraires» de la Commission de codification, qui trouvaient que l'ancienne numérotation était trop révolutionnaire par rapport à celle duale des autres Codes (6). Le côté unique du Code des «marchés publics» a cédé face à la généralisation de la complexité. Ils ont fait rentrer dans le rang ce Code irrévérencieux, trop simplement numéroté, afin de respecter l'orthodoxie impénétrable des codifications à la française, qui n'était pourtant pas la logique retenue à l'origine, par les jurisconsultes Napoléoniens (7).

Simplification, me direz-vous?... La Codification de 1964 (8) était censée déjà simplifier les procédures. Abrogé un jour de poisson d'avril 2016 (9), ce code a été remplacé par un nouveau Code de la «commande publique», un nouveau jour de poisson d'avril 2019 (10). A croire qu'au Château Bercyen, on sait que cet argument de simplification n'est qu'une plaisanterie. Mieux vaut en rire, qu'en souffrir.

Paris. Années 80. Bercy. «Il était tard lorsque K arriva. Une neige épaisse couvrait

(1) Franz Kafka, Œuvres complètes, tome I et II, Bibliothèque de la Pléiade, 2496 p., éd. 2018.

(2) Le Ministère des finances se trouvait principalement dans l'aile Richelieu du Musée du Louvre, de 1871 à 1989, avant de déménager dans les nouveaux locaux situés à Bercy.

(3) Code des marchés publics, édition 1964 modifiée et en vigueur jusqu'au 9 septembre 2001, date d'entrée en vigueur du Code issu du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001. Jusqu'en septembre 2001, il existait l'adjudication ouverte (articles 85 à 90) et l'adjudication restreinte (articles 91 et 92).

(4) Réservé aux marchés de recherche et développement, il est prévu notamment par les articles R.2172-20 à 32 du Code de la commande publique.

(5) Allusion à l'expression employée par Franz Kafka dans son œuvre «Le Château», publiée en 1926, à titre posthume.

(6) Le Code des «marchés publics» fut pendant longtemps, l'un des rares codes, numérotés sans distinction de la source législative (articles L.XX) et celle réglementaire (articles R.XX ou D.XX). Cette singularité, qui avait le mérite de la simplification, fut vivement critiquée par la Commission de codification qui débouchera sur le Code de la commande publique entré en vigueur le 1er avril 2019.

(7) Le Code des délits et des peines, devenu Code Pénal, dans sa première version adoptée par décret du 20 février 1810 et promulgué le 2 mars 1810 par Napoléon, comptait des numérotations chronologiques d'un article 1er à un article 484.

(8) Décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics, JORF 21 juillet 1964. Celui-ci comportait 248 articles, numérotés chronologiquement de l'article 1er à l'article 248.

(9) Cf. ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, entrée en vigueur le 1er avril 2016.

(10) Cf. notamment, l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du Code de la commande publique, JORF n° 281 du 5 décembre 2018, entrée en vigueur le 1er avril 2019; et le décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du Code de la commande publique, JORF n° 281 du 5 décembre 2018, entré en vigueur le 1er avril 2019.

le village. La colline était cachée par la brume et par la nuit, nul rayon de lumière n'indiquait le grand Château. K resta longtemps sur le pont» (11) qui menait au grand édifice longiligne des années 80. Le fleuve de textes officiels faisait des clapotis contre les cailloux du flot des contentieux. Comme tout bon fonctionnaire, l'acheteur en herbe va au grand Ministère. Là, il retrouve un vétéran qui scotche à l'ancienne, des pages découpées de textes disparates de réglementations des marchés publics. Un bref Ministre, futur Premier Ministre et qualifié de «meilleur d'entre nous», lui a confié la mission de rassembler les invectives normatives éparses, dans un même Code des «contrats publics» ou de la «commande publique»... on ne sait pas trop encore. La tâche de codification n'est pas aisée, concède-t-il, car les sables sont mouvants... les textes changent tout le temps. Et encore faudrait-il maîtriser les contours de la notion de marché public qui flirte avec celle des baux emphytéotiques administratifs, des ventes en l'état futur d'achèvement, des «conventions» d'aménagement qui deviendront des «concessions» sans épouser pour autant la loi Sapin et d'une espèce sui generis, que l'on appelait – en ce temps-là – des METP (12).

Les couloirs encerclent des bureaux aveugles, éclairés sans discontinue dans une voracité contre nature, et grouillent de débats existentiels sur l'interprétation d'une décision de justice qu'un fonctionnaire zélé d'une Préfecture a transmis au Château ministériel. L'ancienne CCM distille sa bonne parole à travers (notamment) ses Télégrammes et cela durera pendant près de 40 ans (13). La codification était un serpent de mer que la Seine n'arrivait point à dompter. Le Code des «marchés publics» militait contre les révolutions européennes issues de fraîches directives (14), et la France assumait ses condamnations et rappels à l'ordre des gratte-papier Bruxellois, dont les magistrats du Luxembourg ne manquaient pas régulièrement de tordre leur rigidité en souplesse (15).

La simplification est un vieux mot associé à la commande publique, qui ne semble pas avoir vocation à devenir démodé.

Paris. Années 90 et 2000. Le phénomène est bien ancré dans les traditions réformatrices des marchés publics. Que dirait le fidèle fonctionnaire Kafka (16), lorsqu'il découvrirait que c'est au nom de la «simplification» que l'on a instauré dans les années 90, le système de la double enveloppe en appel d'offres (17), avant de le supprimer en 2008, toujours au nom de la «simplification», sans la moindre impression d'une manifeste contradiction.

Avant, les entreprises inséraient la totalité de leurs documents dans une seule et unique enveloppe. A compter de 1994, avec la double enveloppe, elles ne doivent pas se tromper, car la moindre erreur est fatale: aucune régularisation possible (sauf à recourir à un système D que bien de nos anciens – dont on ne saurait faire partie... – ont pratiqué, afin d'éluder la stupidité d'une rigueur administrative excessive). Une enveloppe contient les documents constitutifs d'une candidature, une autre contient les pièces consubstantielles à une offre. Et il ne faut pas ouvrir la seconde avant la première. Cette dernière était condamnée parfois à rester cachetée, voire à être retournée à son expéditeur, en cas de rejet de sa candidature: au risque de passer pour un déséquilibré, l'acheteur devait retourner une enveloppe cachetée dans une nouvelle enveloppe... cachetée... afin de prouver à l'entreprise soumissionnaire que son enveloppe «offre» était bien restée... cachetée. Et cette réforme a été adoptée au nom de la simplification. Qui pourrait croire que «deux» enveloppes, c'est plus «simple» qu'une seule? La supercherie a duré 14 ans!

Interloqué, Kafka, se serait entendu répondre, par la voie officielle d'une réponse ministérielle, que c'est plus simple de «*séparer clairement les pièces justificatives des capacités techniques et financières des candidats, des pièces constituant l'offre des candidats, [afin] de garantir une meilleure confidentialité des offres [et de] garantir que l'entreprise la mieux-disante et non seulement celle qui propose le prix le plus bas, sera en définitive retenue*» (18).

La simplification est un vieux mot associé à la commande publique, qui ne semble pas avoir vocation à devenir démodé.

Ainsi donc, il fut un temps, où au Château, on considérait qu'exiger deux enveloppes distinctes, permettait mieux d'identifier... l'offre la «mieux disante» et que celle-ci était forcément celle qui «proposait le prix le plus bas»!

Incroyable, non?... pourtant, la maladie de la mystification de la simplification est une maladie contagieuse qui va perdurer de ministres en ministres, de chefs d'Etat en chef d'Etat, et essaimer jusqu'à Bruxelles.

Fin juriste et littéraire, Kafka en serait venu à s'interroger sur la signification du mot «simplification», et se serait ainsi plongé avec délectation dans le Dictionnaire ■■■

(11) Citation de Franz Kafka, «Le Château», 1926, publié à titre posthume.

(12) Marchés d'entreprises de travaux publics, ancêtres des actuels marchés de partenariat. Ces METP étaient issus de la pratique de certains acheteurs publics et non pas d'un texte normatif, d'où leur qualification de contrat sui generis par le Conseil d'Etat.

(13) La Commission Centrale des Marchés (CCM) a été fondée par le décret n° 59-167 du 7 janvier 1959 (article 28 à 40) et a été absorbée par la Direction des affaires juridiques, créée par le décret n° 98-975 du 2 novembre 1998.

(14) Allusion aux défauts de transposition des directives européennes des années 90, dont particulièrement, la directive n° 92-50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services. Cf. le refus de modifier les procédures prévues pour les marchés publics de maîtrise d'œuvre, l'anonymat dans les concours de maîtrise d'œuvre, concernant les services juridiques et financiers, etc.

(15) A plusieurs reprises, la Cour de justice de l'Union européenne (anciennement dénommée Cour de justice des Communautés Européennes) n'a pas validé les positions exprimées par la Commission européenne, qui était même à l'origine d'un recours contentieux engagé contre un Etat membre supposé avoir violé les termes des directives européennes. Ce sont, par exemple, les magistrats de la Cour de justice, qui ont été novateurs sur la prise en compte de la dimension sociale et/ou environnementale dans les marchés publics.

(16) Kafka a été pendant 14 ans, un fonctionnaire consciencieux et modèle, pour une compagnie d'assurance appartenant en partie à l'Etat, et couchait la nuit, dans ses cahiers, ses nombreux tourments, face à l'absurdité des formulaires avec lesquels il devait jongler... pour accepter ou refuser d'indemniser des victimes d'un accident du travail.

(17) Double enveloppe instaurée par le décret n° 94-334 du 27 avril 1994 portant réforme du Code des marchés publics (JORF n° 99 du 28 avril 1994); puis supprimée par le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics (JORF n° 296 du 20 décembre 2008).

(18) Rép. Min. n° 06787 du 6 octobre 1994, JO Sénat, p. 2402.

■■■ de l'Académie Française, dont la 9e édition vient d'être achevée, afin de vérifier sa potentielle erreur de compréhension. Car peut-être que la mystification vient d'une méprise sur la signification d'un tel mot.

On y apprend que celui-ci daterait du XVe siècle et consisterait à «rendre une chose plus simple, en limitant le nombre d'éléments qui la composent, en supprimant ce qui est accessoire» (19).

Vraiment?... on a supprimé tout ce qui est accessoire, superflu, inutile?... dans la réglementation des marchés publics.

Observons attentivement, le petit Franz rédiger son règlement de consultation, en reprenant mot à mot des motifs d'exclusions des candidats à un marché public: un copier-coller (notamment) des articles L.2141-1 et suivants du Code (20), couramment pratiqué par bien des acheteurs, qui rend indigeste la lecture par un chef d'entreprise d'une règle du jeu bien complexe... et inutile. Les règlements de consultation sont truffés de dispositions «accessoires». La règle d'ordre public ne s'applique-t-elle pas d'office, sans qu'il soit nécessaire de la copier-coller!?... d'autant que cette longue liste vertueuse de cas d'exclusions débouche finalement sur une simple déclaration sur l'honneur... dont on est allé jusqu'à supprimer l'exigence de signature (21)! Et surtout, comment l'acheteur vérifie le caractère véridique de cette déclaration?... où est la liste des entreprises condamnées au titre de la centaine d'articles du Code pénal, Code du travail, ou Code de procédure pénale visés par la réglementation de la commande publique?... Le respect de l'obligation d'embauche de personnes handicapées débouche-t-il sur l'exigence de transmission d'une attestation officielle?...

Comme dirait Kafka, en regardant ses dizaines de pages de règlement de consultation, «*la description est déjà prête, il faut seulement que vous combliez deux ou trois lacunes, pour que les choses soient en ordre; il n'y a pas d'autre but et aucun but ne saurait être atteint*» (22)... Que dirait-il d'un formulaire DC1 que les pouvoirs publics n'ont jamais réussi à fusionner avec un DC2, dignes successeurs des formulaires DC4 et DC5 (version jaune flashy puis version bleu ciel) (23), alors que cette distinction ne repose sur... rien!... et en attendant que la lumière fût au Château, les candidats s'escriment à réécrire deux fois la même chose, en copiant-collant un formulaire sur l'autre (24). Que dirait-il du formulaire DUME (25), qui demande aux candidats à un marché public, s'ils participent à une organisation criminelle... cochez la case «oui» ou la case «non»... comme si le moindre candidat allait avouer son crime dans un sursaut de conscience morale, au moment où il se met à soumissionner à un marché public. Que dirait-il d'un tel formulaire qui demande aux candidats s'ils se livrent à des actes de corruption: cochez la case «oui» ou la case «non»; s'ils sont coupables d'une «faute professionnelle grave», et qui indique «dans l'affirmative, veuillez préciser» quelle est votre faute; s'ils ont «conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence»: «si la réponse est oui, veuillez préciser» afin de disposer d'un aveu complet; s'ils sont coupables de fraude, d'infractions terroristes, de blanchiment de capitaux, de financement du terrorisme, de travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains... et le summum, c'est la question: «l'opérateur économique peut-il confirmer qu'il ne s'est pas rendu coupable de fausses déclarations» en répondant à ce questionnaire... du véritable Kafka des temps modernes! Un formulaire pour le plaisir de la bonne conscience des instances européennes. Aucune vérification possible. Aucune garantie de moralité. Et donc aucune utilité opérationnelle. D'ailleurs, que risquent les candidats menteurs?... finir dans l'enfer de la condamnation pénale d'exclusion à vie des marchés publics?... nullement! S'ils se font prendre, leur pli sera simplement écarté pour la consultation concernée. Ils pourront récidiver, tenter leur chance au prochain grattage: car «100% des gagnants ont tenté leur chance», comme dirait La Française des Jeux. Et comme les acheteurs n'ont aucun moyen de vérifier la validité des réponses: aucun risque.

Si toutes ces simplifications autoproclamées avaient été réelles, il ne resterait pas grand-chose des textes applicables à la commande publique!

Fondamentale, me direz-vous, la lutte contre le financement du terrorisme, le blanchiment de capitaux, la participation ou non à une organisation criminelle, mais comment le vérifiez-vous?... et êtes-vous certain qu'en tant qu'acheteur, en analysant une candidature et offre, vous soyez en mesure de lutter contre ces fléaux... Fondamentale, l'absence de condamnation pour violation de l'égalité femmes-hommes, mais – manifestement – pas au point d'être intégrée dans le formulaire DUME!... Fondamentale, le respect des obligations vis-à-vis des handicapés, mais là encore, pas au point d'être intégré dans le formulaire DUME!... et comment vérifiez-vous que l'honneur des candidats est bien exemplaire, sur ces deux aspects imposés par le Code franco-français?... aucun certificat,

(19) Cf. la neuvième et actuelle édition du Dictionnaire de l'Académie Française, dont la rédaction a débuté dans les années 80 et qui vient d'être achevée en novembre 2024.

(20) Ou articles L.2341-1 et suivants pour les marchés de défense ou de sécurité; ou les articles L.3123-1 et suivants pour les concessions. Ainsi que leur pendants réglementaires, à savoir notamment les articles R.2143-6 et s. (marchés publics) et R.2343-8 et s. (marchés de défense ou de sécurité).

(21) Le formulaire type DC1 prévoit une formule de déclaration sur l'honneur suffisante, que les candidats ne sont plus tenus de signer.

(22) Citation de Franz Kafka, «Le Château», 1926, publié à titre posthume.

(23) Du temps de la Commission Centrale des Marchés, il existait une version jaune flashy, qui est passée en version bleue, puis la numérotation a changé pour passer de DC4/DC5 à DC1/DC2. Il s'agit d'une même déclaration de candidature, ventilée sans raison valable, sous la forme de deux volets.

(24) Des champs à remplir de manière identique, sont prévus dans les deux volets de cette même et unique déclaration de candidature.

(25) Document Unique de Marché Européen, que les acheteurs ont l'obligation de recevoir par voie électronique (eDUME), indépendamment du montant du marché concerné, en vertu de la directive n° 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 (marchés publics), de celle n° 2014/25/UE de la même date (relative aux opérateurs de réseaux d'eau, d'énergie, de transports et de services postaux), et de l'article R.2143-4 du Code de la commande publique.

attestation quelconque, ni même un accès à une liste de personnes morales condamnées. Que des formulaires, non signés, qui débouchent sur aucune vérification. Les doublons multiples entre les publications d'avis d'attribution, et les recensements divers qui ne débouchent sur aucune sanction: données essentielles, loi Egalim et recensement spécial sur «ma-cantine» (26), numérotations CPV (27) auxquels aucun opérateur économique n'associe son activité (sachant qu'il y en a des milliers… et qu'une même activité commerciale peut être concernée par plusieurs numérotations), codes NUTS (28) auxquels aucun citoyen n'associe son département… et que dirait le petit Franz en lisant dans une version du Code, qu'il ne faut pas écrire aux non-retenus lorsque l'on a reçu une seule offre: heureusement, que la réglementation nous le précise, on était déjà prêt à chercher les coordonnées du candidat qui n'a pas soumissionné… pour l'informer que son offre inexistante n'est pas retenue.

L'année 2024 a apporté sa contribution à l'œuvre kafkaïenne des marchés publics et à la grande mystification de la simplification.

Un acheteur respectant la réglementation en vigueur, passe plus de temps à remplir des champs informatiques destinés à des statistiques, ou à exiger des informations invérifiables, qu'à œuvrer à un bon achat.

Et pourtant, des textes de «simplification» de la réglementation des marchés publics, on en a adopté… et ce, à une quantité telle, qu'un néophyte («nouvel adepte du système», selon la définition établie, cette fois encore, par le dictionnaire de l'Académie Française) (29) pourrait imaginer que les règles désormais applicables doivent être réduites à une peau de chagrin.

La longue litanie des simplifications de la commande publique a commencé dans les années 60 et s'est en effet poursuivie jusqu'à aujourd'hui: décret de 1992 portant «simplification» du code des marchés publics (30); décret de 1997 portant mesures de «simplification» administrative (31); loi de 2003 habilitant le Gouvernement à «simplifier» le droit, dont l'article 5 relevant d'un chapitre intitulé «mesures de simplification de portée générale» autorisait le gouvernement à clarifier les règles des marchés publics, les rendre compatibles avec le droit européen et à «alléger les procédures de passation des marchés publics pour les collectivités territoriales» (32); loi de 2004 de «simplification» du droit, dont l'article 65 autorisait le gouvernement à prendre des mesures visant également à clarifier les règles des marchés publics, les rendre compatibles avec le droit européen et à «alléger les procédures de passation des marchés publics pour les collectivités territoriales» (33); loi de 2007 relative à la «simplification» du droit, dont celui des marchés publics (34); loi de 2009 de «simplification et de clarification» du droit et d'allègement des procédures (35); décret de 2014 portant mesures de «simplification» applicables aux marchés publics (36); loi de 2020 d'accélération et de «simplification» de l'action publique, dont les articles 131 et suivants visent les marchés publics (37); décret de 2022 (38) portant diverses modifications du code de la commande publique ayant vocation à le simplifier… simplifier… simplifier encore… à croire que toutes ces réformes de «simplification» ont rendu la passation d'un marché public tellement simple que la publication du présent hors-série de La Gazette en deviendrait totalement inutile.

Si toutes ces simplifications autoproclamées avaient été réelles, il ne resterait pas grand-chose des textes applicables à la commande publique!

Et manifestement, l'œuvre inachevée de Kafka se poursuit sans fin. L'année 2024 a apporté sa contribution à l'œuvre kafkaïenne des marchés publics et à la grande mystification de la simplification.

2024, NOUVELLE ANNÉE CONTRIBUTIVE

Le décret du 30 décembre 2024 (39) portant diverses «mesures de simplification au droit de la commande publique» poursuit la longue liste des textes normatifs supposés simplifier la vie des acheteurs et des opérateurs économiques. On pourrait imaginer son contenu relever d'une évidence telle, qu'il justifierait la très brève phase consultative publique qui s'est déroulée en moins de quinze jours ouvrés, incluant un long week-end du 11 novembre. Pourtant cette concertation expéditive aura nécessité plus d'un mois pour que les pouvoirs publics en réalisent la synthèse! Et tout cela, pour accoucher d'une réforme publiée au Journal officiel un 31 décembre, avec une entrée en vigueur dès le lendemain, le 1er janvier 2025. Cela doit donc drôlement simplifier ■■■

(26) Obligation de recensement applicable aux marchés publics de fournitures de denrées alimentaires, en rapport avec l'atteinte des pourcentages prévus par la loi Egalim (loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, JORF n° 253, 1er novembre 2018).

(27) Vocabulaire commun des marchés publics, constituant – selon les termes de la Commission européenne, un «système de classification unique pour les marchés publics visant à standardiser les références utilisées pour décrire l'objet d'un marché public».

(28) Code géographique obligatoire, signifiant Nomenclature des Unités Territoriales Statistiques et consistant à affecter une numérotation à des zones géographiques déterminées par l'Union européenne au sein des Etats membres. L'objectif poursuivi est purement statistique.

(29) Cf. la neuvième et actuelle édition du Dictionnaire de l'Académie Française, dont la rédaction a débuté dans les années 80 et qui vient d'être achevée en novembre 2024.

(30) Décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 (JORF, n° 294, 18 décembre 1992).

(31) Décret n° 97-503 du 21 mai 1997 (JORF, n° 117, 22 mai 1997).

(32) Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit: cf. son article 5 qui vise le domaine des marchés publics (JORF, n° 152, 3 juillet 2003).

(33) Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit: cf. son article 65 qui vise le domaine des marchés publics (JORF, n° 287, 10 décembre 2004).

(34) Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007: cf. son article 19 qui vise le domaine des marchés publics (JORF, n° 296, 21 décembre 2007).

(35) Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009: cf. son article 138 qui ratifie l'ordonnance n° 2005-645 du 6 juin 2005 relative aux procédures de passation des marchés publics des collectivités territoriales, (JORF, n° 110, 13 mai 2009).

(36) Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014, (JORF, n° 225, 28 septembre 2014).

(37) Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique: cf. ses articles 131 et suivants (JORF, n° 296, 8 décembre 2020).

(38) Décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022, (JORF, n° 301, 29 décembre 2022).

(39) Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024, JORF n° 309 du 31 décembre 2024.

■■■ la réglementation… au point qu'une application immédiate n'était pas un souci:

• Le montant maximum de la retenue de garantie pour les marchés publics conclus par certains acheteurs avec une PME, passe de 5% à 3% (40)… Le fonctionnaire Kafka ouvre de grands yeux… Vraiment!?… En quoi cela simplifie les procédures de marchés publics, s'interroge-t-il? Les acheteurs ont dû, un lendemain de fêtes, modifier le rédactionnel de leurs cahiers des charges, en mentionnant 3 au lieu de 5. Cela change tout. Un pas de géant sur la Lune de la simplification!

• La part minimale que le titulaire s'engage à confier à des PME ou artisans dans le cadre de marchés globaux, marchés de partenariat ou contrats de concession, passe de 10% à 20% (41). Formidable!… en quoi, cela constitue une simplification?… Que cette disposition soit opportune ou non: une certitude, elle ne simplifie rien. Cela rend plus complexe la candidature de groupements d'entreprises qui devront veiller à une plus grande diversité d'entreprises de taille réduite. En pratique, cette mesure est d'ailleurs quasiment inopérante, puisqu'une PME vise des entreprises réalisant un chiffre d'affaires annuel pouvant aller jusqu'à 50 millions d'euros. On est loin du petit artisan!

• Pire encore, cette réforme dite de «simplification» a maintenu le renvoi de plusieurs articles du Code à un texte définitivement abrogé, depuis près de deux ans!… Cela concerne la définition d'un «artisan». Acte manqué d'une mise à jour, à défaut d'une véritable simplification (42).

• Le seuil de dispense de toute publicité et mise en concurrence est relevé à 300000 euros HT, pour… les marchés innovants de défense ou de sécurité (43). Nouvel acte manqué. Une disposition inapplicable à la grande majorité des marchés publics, dont ceux des collectivités locales.

• Les groupements candidats à des marchés publics pourront désormais modifier leur composition en cours de procédure de passation, s'agissant de ceux prévoyant une phase de dialogue ou de négociation (44). En quoi cette mesure simplifie la vie des acheteurs publics?… Désormais, ils vont devoir jongler avec un groupement sélectionné au stade des «candidatures» en raison de ses compétences, références et moyens, qui pourra changer de composition lors du dépôt de son offre (initiale ou finale), fragilisant ainsi la sélection réalisée dans un premier temps. Cette disposition est vendue comme consistant à transposer une jurisprudence européenne, alors que celle-ci ne visait que le cas où le «délai de validité des offres avait expiré» (45).

Cette réforme dite de simplification a maintenu le renvoi de plusieurs articles du Code à un texte définitivement abrogé, depuis près de deux ans!

Les magistrats ont en effet estimé qu'un groupement candidat a la possibilité de changer sa composition après l'expiration du délai de validité des plis. La volonté de prolonger ou pas le délai de validité, revient en effet à redonner le choix pour le soumissionnaire de maintenir ou non les termes de son offre… d'où la position parfaitement compréhensible de cette jurisprudence européenne, qui admet une adaptation éventuelle de la composition du groupement candidat.

Mais ce n'est pas ce que dit désormais le Code franco-français, qui vise la période de changement possible entre «la date de remise des candidatures et la date de signature du marché» et n'évoque jamais la condition restrictive de l'expiration du délai de validité des plis.

Cette transposition extensive de l'arrêt de la CJUE est également mal formulée dans les nouvelles dispositions du Code (46): la Cour estime que la modification de la composition d'un groupement ne doit pas aboutir à une «détérioration de la situation concurrentielle des autres soumissionnaires» (47); alors que le Code exige une simple «concurrence effective» entre ces derniers (48). D'un côté, les magistrats exigent une «absence de détérioration» des conditions concurrentielles. D'un autre côté, le Code se contente du constat d'une simple concurrence. Or il peut encore exister une diversité de groupements demeurant en concurrence, mais cela n'empêchera pas que la situation d'un concurrent s'en retrouve détériorée, car il a perdu l'un de ses membres qui constituait un atout pour son offre (celui-ci étant parti intégrer un autre groupement, également soumissionnaire). On n'est pas face à une fidèle transposition, et encore moins, à une réelle simplification.

• Le décret intègre également les mesures réglementaires d'application de la loi relative à l'industrie verte (49), mais le réalise spécifiquement pour les entités adjudicatrices (50), s'agissant de la possibilité de rejeter une offre contenant des produits provenant de pays tiers. En quoi cette mesure simplifie les procédures? Cela implique au contraire, une disposition supplémentaire de la part des acheteurs: ils doivent dès la rédaction de leurs règlements de consultation, exiger des soumissionnaires qu'ils

(40) Modification de l'article R.2191-33, alinéa 2.

(41) Modifications des articles R.2171-23 (alinéa 1), R.2213-5 (alinéa 1), R.2373-1 (dernier alinéa) et R.3114-5.

(42) Les articles R.2151-13, R.2351-12, R.2651-3, R.2651-4, R.2661-3, R.2661-4, R.2671-3, R.2671-4 du Code de la commande publique, continuent à renvoyer, pour la définition de la qualification d'artisan, à l'article 19 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 modifiée relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, alors que ce texte a été abrogé par l'article 5 de l'ordonnance n° 2023-208 du 28 mars 2023.

(43) Création d'un article R.2322-16.

(44) Modifications des articles R.2142-3 et R.2142-26.

(45) CJUE, 26 septembre 2024, «Luxone Srl, Sofein SpA c/ Consip SpA», aff. C-403/23 et C-404/23.

(46) Idem note précédente.

(47) Cf. points 59, 37 et conclusions n° 1 de l'arrêt précité de la CJUE de septembre 2024. Les magistrats renvoient également aux points 44 et 48 de l'arrêt du 24 mai 2016, «MT Hojgaard et Züblin», aff. C-396/14, allant dans le même sens.

(48) Modifications des articles R.2142-3 et R.2142-26: parmi les nouvelles conditions à remplir, se trouve que «2° la constitution d'un groupement ne porte pas atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats ni à une concurrence effective entre ceux-ci».

(49) Loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023, (JORF n° 247 du 24 octobre 2023), dont l'article 6 du décret n° 2024-1251 du 30 septembre 2024 prévoit pour l'application du V de l'article 29 de cette loi, qu'une offre peut désormais être rejetée dans les conditions fixées par les articles R.2153-3 à R.2153-5 du Code de la commande publique.

(50) Seuls sont visés les acheteurs remplissant une mission d'opérateurs de réseaux, d'eau, d'énergie, de transport et de services postaux.

indiquent l'origine de leurs produits, en remontant la chaîne de production jusqu'à leurs fournisseurs originels. Car si le regard de l'acheteur s'arrête aux revendeurs, souvent implantés en Europe, la disposition sera inefficace. Autant dire, que ce travail d'enquête, bienvenu ou non, fondé ou non, difficile quoi qu'il en soit à réaliser, ne relève pas d'une simplification.

La mascarade initiée dans les années 60, continue donc encore. Ce décret s'inscrit dans la lignée des nombreuses années de justification des réformes du Code au nom d'une simplification invisible.

Mais les instances européennes ont fait bien pire et elles sont à l'origine du présent pamphlet.

FORMULAIRES EFORMS

En cette année 2024, l'Union européenne a apporté son immense contribution à l'institutionnalisation d'un monde totalement kafkaïen en commande publique, à travers l'absurdité d'un formalisme informatisé grotesque.

Le DUME constituait déjà une idée de génie (51). Mais les formulaires «eForms» constituent l'Olympe du génie administratif européen (52).

Il suffit que l'on fasse allusion à ces nouveaux formulaires «eForms» pour que tous les acheteurs bondissent de leur siège et dénoncent un véritable scandale!... Les intitulés des champs informatiques à remplir sont dignes d'un code venu de la planète Mars. Manifestement, leurs concepteurs trouvaient trop simple une numérotation chronologique. C'est un total patchwork. Tout est mélangé. Avec des sigles et des numéros incompréhensibles. Même dans l'aberration, il n'y a pas de cohérence! Et quand vous vous plongez dans la liste des bugs informatiques qui rendent totalement impossible l'envoi d'un avis d'appel public à la concurrence au Journal officiel de l'Union européenne, vous passez des heures à chercher, chercher, chercher encore, où pourrait bien se trouver l'erreur... une erreur qui n'est pas juridique (bien au contraire), mais qui relève du langage des signes informatiques totalement hermétique. Car cela aurait été trop simple de l'indiquer dans des termes compréhensibles. Manifestement, avec les formulaires «eForms», les instances européennes ont oublié de livrer le décodeur.

Même les Guides publiés par la Commission européenne (disponibles uniquement en version anglaise) et destinés à aider à l'utilisation de ces formulaires «eForms» (53), sont l'illustration du décalage phénoménal entre le travail opérationnel des praticiens et l'esprit tortueux et usine à gaz digne d'un process industriel voué à l'échec. Si l'outil était simple d'utilisation, il n'aurait pas été utile d'élaborer quatre guides indigestes, qui ne couvrent même pas l'ensemble des items des formulaires «eForms» et qui contiennent des numérotations ne figurant même pas dans ces formulaires officiels! Comme pour être certain que l'outil soit bien complexe, chaque ligne (et pas seulement chaque paragraphe) de chacun de ces quatre guides s'est vue affecter un numéro: quelle utilité?... strictement aucune!

Et l'aberration est totale:

• La ligne numérotée 1 correspond au titre du Guide (et si ce titre s'étale sur 2 lignes, alors il bénéficie d'une numérotation 1 et 2).

• La ligne numérotée 2 ou 3 correspond à une ligne vide (rien d'écrit)!... on numérote le vide.

• La ligne numérotée 3 ou 4 correspond à la date du Guide.

• Etc. ...et la dernière ligne, également numérotée, correspond à un simple trait, se trouvant à la fin du Guide (54). Totalement stupide! Le mot n'est vraiment pas trop fort: il n'est que le reflet de la réalité.

Les formulaires «eForms» ont été présentés comme devant «améliorer la saisie en ligne et la transmission à l'Office des publications de l'Union européenne» des avis d'appel public à la concurrence destinés au JOUE, et «réduire la charge administrative et améliorer la fiabilité des données par l'utilisation d'un standard et d'une terminologie commune pour tous les acteurs publics au niveau de l'Union européenne» (55). Or, la réalité démontrera exactement l'inverse: charge de travail supplémentaire et sérieux problèmes de saisie en ligne des avis. Pendant une période, le Ministère de l'économie a même demandé aux acheteurs publics «de ne pas utiliser les eForms en cas de publication concomitante au BOAMP ou via les services du BOAMP» (56).

Depuis le 1er juin 2024, les formulaires d'avis de publicité européens «eForms» doivent être utilisés par les acheteurs pour réaliser leurs publications d'avis. Mais quelle que soit la plateforme de dématérialisation utilisée, les liens informatiques demeurent hermétiques. La rubrique concernée par un bug (sachant que son intitulé n'est pas toujours indiqué), s'insère dans aucun ordre chronologique.

Et si, finalement, au crépuscule de la journée, vous finissez par identifier le champ concerné, alors ce n'est pas fini, car il faut trouver quelle correction y apporter. Vous tâtonnez, vous testez telle solution, puis telle autre, jusqu'à ce que le bug informatique disparaisse... et là, stupeur, tout d'un coup, vous comprenez... que vous avez écrit que la durée maximale de votre marché était de «4 ans», reconductions incluses... et que, c'est cela qui buguait... vous avez essayé de reformuler cette information en «48 mois» (même si le champ de l'année était proposé), mais rien n'y faisait. Le bug était encore là... alors vous avez fini, après avoir épuisé tous les champs du possible, par découvrir qu'il fallait écrire... «3 ans et 12 mois»!...

Eureka, le formulaire «eForms» retrouve la forme, mais vous, vous l'avez définitivement perdue. ■■■

(51) Document Unique de Marché Européen: cf. note n°24.
(52) Le règlement 2019/1780 du 23 septembre 2019 a établi des formulaires types pour la passation d'avis dans le cadre de la passation des marchés publics et abrogé le règlement d'exécution 2015/1986/UE. Ces formulaires «eForms» remplacent les formulaires «standards» issus du règlement précité de 1986, depuis le 25 octobre 2023, sachant que pouvaient être utilisés en parallèle, des formulaires «standards» depuis le 14 novembre 2022, date d'entrée en vigueur du règlement précité de 2019.
(53) «eForms Guide on the Foreign Subsidy Regulation», 18 mai 2024. «eForms Guide on the International Procurement Instrument», 18 juillet 2024. «eForms Guide on Exclusion Grounds and Selection Criteria», 18 mai 2024. «eForms Guide on Energy Efficiency Directive», 16 octobre 2024.
(54) C'est le cas pour le «eForms Guide on the Foreign Subsidy Regulation», 18 mai 2024.
(55) Notice de la DAJ «relative aux nouveaux formats européens d'avis de publicité des contrats de la commande publique», mise à jour au 25 octobre 2023.
(56) Message mis en ligne par la DAJ sur son site internet.

■■■ Consternant !… La véritable stupidité informatique, surtout quand il s'agit d'un marché établi pour un an reconductible chaque année, sans dépasser 4 ans, et qui n'est nullement conclu pour 3 ans ferme renouvelables pour une période de douze mois. Contraint d'écrire une erreur de droit pour débuguer un formulaire inadapté. Que dire encore des champs à remplir concernant les critères d'attribution, où l'on vous propose seulement trois critères au choix, dont le « prix » et la « valeur technique »… symbole d'un retour en arrière vers une commande publique d'avant 2001 (57). Les onglets ne sont pas numérotés dans l'ordre et les choix proposés imposent des mentions fausses, qui sont en totale contradiction avec les termes de votre règlement de consultation consciencieusement rédigé par ailleurs.

Et l'apothéose de la stupidité est atteinte, lors du remplissage des champs informatiques, lot par lot. Tous les acheteurs ayant été contraints de publier un avis européen, voient à quel imbroglio il est fait allusion, et se remémorent les heures perdues, à s'acharner sur un ordinateur impassible. On imagine le visage de Kafka remplissant ces formulaires en écrivant à chaque fois la même chose, pour chaque lot, sans cesse renouvelé… Imaginez les jours et nuits que nous avons passés, à publier un avis européen pour un marché public de fournitures de produits pharmaceutiques comprenant plus d'une centaine de lots (58) !… souvenir impérissable… même la batterie de l'ordinateur portable s'en souvient !… sans compter les heures de maintenance des plateformes de dématérialisation qui vous contraignent à un report nocturne mérité… de quoi maudire les informaticiens qui ont inventé ces « eForms » qui épuisent les praticiens des achats. Il aura fallu plusieurs journées, dont les 24 heures ne suffisaient même pas, afin de remplir, des milliers de champs, en tapant de manière répétitive, les mêmes mots, les mêmes sigles… car, manifestement, cela n'a pas traversé l'esprit des concepteurs de ces formulaires européens, que l'on pouvait avoir les mêmes critères d'attribution pour tous les lots… ou encore, la même durée de marché pour chaque lot… ce qui est le cas dans 99,99 % des marchés publics.

Aurait-on le culot de nous affirmer que ces formulaires « eForms » constituent une simplification ?… C'est l'exemple même d'une œuvre kafkaïenne bureaucratique, déconnectée des réalités opérationnelles inhérentes à tout être humain normalement constitué ! Nous n'avons pas rencontré un seul acheteur adepte de ces formulaires « eForms », mais plutôt des acheteurs furieux, y compris dans les couloirs ministériels, fatigués des remontés critiques (considérées comme étant justifiées) sur de tels outils inadaptés…

Les concepteurs des formulaires « eForms » n'ont pas utilisé le moindre indicateur Kafka. Heureusement d'ailleurs, car ils auraient explosé les compteurs !

A moins qu'il s'agisse d'un outil précurseur de l'IA ?… vous savez, cette Intelligence Artificielle qu'il faut écrire avec des majuscules, devant laquelle il faudra vous prosterner, tellement elle va vous simplifier la vie. Mais dans ce cas, on reconnaîtra que notre intelligence terrestre n'est pas au niveau de cette intelligence artificielle qui ne connaît pas la vraie vie, de nos jours et de nos nuits.

Et dire qu'il aura fallu deux réformes européennes pour atteindre cet indigeste imbroglio informatique, bouffeur de temps inutile pour tous les acheteurs publics (59). Une période transitoire a même été prévue, afin de parachever la transformation de l'acheteur en robocop. A fond la forme, dirait une célèbre enseigne, avec ces formulaires « eForms »…

Mais pour soigner la maladie, encore faudrait-il avoir des symptômes et avoir conscience qu'il faut se faire soigner. On ne peut pas s'empêcher de se remémorer les déclarations d'un Ministre délégué au budget, qui avait voulu mettre en place, dans le cadre des efforts de modernisation de l'Etat, un « *indicateur Kafka de complexité* » (60). Véridique ! Ce sont les mots exacts. Preuve que le problème est bien réel. Et où pensez-vous qu'il a trouvé l'inspiration ?… chez nos amis Belges !… serait-ce une blague belge ?… car il y a une certitude : les concepteurs des formulaires « eForms » n'ont pas utilisé le moindre indicateur Kafka. Heureusement d'ailleurs, car ils auraient explosé les compteurs ! Cet indicateur était en effet supposé « *mesurer de manière aussi objective que possible les procédures les plus complexes, de manière à les simplifier* » en se basant sur une échelle « *variant entre 1 et 100* » (61). A Bruxelles, la machine a dû exploser ! Ils ont dû battre le record du monde. La Palme d'Or doit absolument être décernée à ces formulaires « eForms ».

Quand on pense que l'idée ministérielle était de faire de cet « indicateur Kafka de complexité », « *une espèce de norme de type ISO 9002 sur la complexité des procédures* »… Mais il n'y a pas eu de miracle.

(57) Le Code des marchés publics en vigueur avant la refonte complète intervenue en 2001 (décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, JORF n° 57 du 8 mars 2001), prévoyait uniquement les critères : le prix, la valeur technique, la qualité et la durée d'exécution.

(58) Les marchés de fournitures de produits pharmaceutiques comptent en moyenne 1 200 lots. Comme le nombre de signes a été limité par l'Office des publications européennes pour les avis de marchés, les praticiens sont contraints de regrouper leurs lots par grandes catégories ou thématiques, sans pour autant recopier les 6 331 codes des classes ATC (Anatomical Therapeutic Chemical classification system ou système de classification anatomique, thérapeutique et chimique des médicaments, qui est contrôlé par une structure rattachée à l'Organisation mondiale de la santé).

(59) Le 24 novembre 2022 (donc, avant même la véritable entrée en application de ces formulaires « eForms »), la Commission européenne a adopté une modification du règlement d'exécution précité de 2019, afin de répondre aux obligations déclaratives découlant de la directive sur les véhicules propres, les marchés publics écologiques, les fonds de l'UE, les accords-cadres et autres modifications.

Un second amendement a été adopté le 20 décembre 2023, afin d'intégrer de nouveaux champs de données concernant le règlement n° 2022/1031 relatif à l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers ; ainsi que le règlement 2022/2560 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur.

(60) Déclarations du Ministre délégué au budget, jeudi 13 avril 2006 : « On a emprunté aux Belges quelque chose qu'ils ont mis en place, ainsi d'ailleurs que les Néerlandais, qui est un indicateur qu'on appelle entre nous l'indicateur Kafka ».

(61) « Un indicateur surnommé Kafka pour mesurer la bureaucratie en France », déclarations du Ministre délégué au budget retranscrites dans le journal « Le Monde » du 13 avril 2006.

D'ailleurs Kafka nous avait prévenus: «*il n'y a plus de miracles, il n'y a plus que des modes d'emploi, des formulaires et des règlements. On a peur de la liberté et de la responsabilité*» (62).

Soulignons à quel point cette phrase, qui aura plus de cent ans, est pleine de vérité. Simplifier suppose supprimer des contraintes inutiles dans la réglementation, donc ouvrir de nouveaux espaces de «liberté»... et donc de «responsabilité».

Lorsqu'un projet de Code envisageait de supprimer le formalisme prévu en dessous des seuils européens, on se souvient des inquiétudes de nombreux élus et praticiens, face à ce nouvel espace de liberté. «Dites-nous ce que l'on doit faire en dessous des seuils, comme formalisme...» martelait un élu, Président d'une association bien connue, lors d'une réunion avec le Premier Ministre, à laquelle nous assistions. Quand un Conseiller d'Etat, mobilisé sur la réforme, répondait que ces règles doivent être adaptées cas par cas, en fonction de la taille de chaque commune, et qu'il n'incombait pas aux textes normatifs de tout prévoir, la panique envahissait les yeux des élus, inquiets des «responsabilités» inhérentes à ces nouveaux espaces de «liberté». Conséquence: le projet de texte amaigri a de nouveau grossi, et les guides internes ont fleuri. Même des contraintes «locales» sont allées au-delà des règles inscrites dans le marbre du Code. C'est encore le cas, aujourd'hui. Bien des acteurs de la commande publique réclament une «simplification» mais leurs pratiques n'en sont pas le reflet au regard des règles actuelles. Le Directeur des affaires juridiques de l'une des plus grosses communes de France, interdit d'expliquer aux services internes et d'utiliser, la souplesse des «petits lots» (63), qui pourraient pourtant, permettre de faire rentrer plusieurs achats dans le giron de la légalité. Certaines communes font des commissions d'appel d'offres dans le cadre de procédures adaptées, alors même que le droit européen n'impose pas de CAO dans les procédures d'appel d'offres (contrairement à la réglementation Française). En réalité, le Code est plus contraignant que les directives européennes sur bien des aspects. Et les règles internes à certaines collectivités (parfois non écrites, mais relevant d'une coutume dont les adeptes en ont même bien souvent oublié l'origine), rajoutent une couche de complexité. Difficile dans ce contexte, d'espérer en une simplification normative, quand la pratique n'en donne pas l'exemple.

2050. RÈGNE DE L'IA COMMANDE PUBLIQUE

Le fonctionnaire n'est plus là. Amorphes, des êtres humains gèrent des combats de puces.

Avez-vous vu un combat de puces?... le combat entre les puces destinées à «consulter» des opérateurs économiques et les puces destinées à «répondre» automatiquement aux consultations.

Tout est automatisé. Les illégalités ne sont plus que des bugs de programmation informatique. L'erreur manifeste d'appréciation n'est plus qu'une culpabilité informatique. Le besoin est vomi dans le système et la machine recrache l'offre stéréotypée des opérateurs économiques. Rien de surprenant: les «anciens» peuvent témoigner que les mémoires techniques, version papier ou fichiers informatiques, étaient déjà clonés de consultations en consultations, de collectivités en collectivités. Parfois, seule la première page était changée, avec une illustration d'ambiance «locale» et un nom de collectivité que le candidat avait oublié de changer dans les autres pages. Les DPGF et BPU (64) sont remplis automatiquement depuis des tarifications enregistrées dans des catalogues fournisseurs, auxquels une marge bénéficiaire a été affectée (via parfois des centrales d'achats), seule variable d'ajustement laissant place à un relatif suspens quant à l'identité du gagnant.

L'IA gère tout désormais.

A ceux qui martèlent ces dernières années, après chaque réforme, que l'acheteur sera moins juriste, et plus économiste, gestionnaire, négociateur, l'Histoire avec un grand «H» de la commande publique répond qu'il deviendra un «programmeur» en informatique: celui qui rentrera les données en quelques secondes de propos verbaux, immédiatement retranscrits par la machine, et qui n'aura plus qu'à appuyer sur le bouton rouge de la guerre des «puces». Et quand la fusion atomique aura lieu, entre les «puces acheteuses» et les «puces soumissionnaires», le classement sera réalisé automatiquement, le rapport d'analyse des plis rédigé par la machine, qui gérera également l'envoi automatique aux non retenus avec tous les copier-coller nécessaires, la signature électronique préprogrammée, et la notification dématérialisée automatisée. Dès le clic initial émis lors du besoin, l'agitation des «puces» des dossiers des opérateurs économiques inscrits dans un grand référencement transnational se mettra en mouvement. Le seul enjeu ne sera plus que le refroidissement des outils informatiques. Car tout peut bien être automatisé. Oui, mon cher Kafka, les «méandres cauchemardesques d'une bureaucratie absurde» (65) que tu dénonçais, seront désormais gérées par l'Intelligence Artificielle, qui en garantira la pérennité éternelle... alors, peut-être, que l'acheteur, devenu simple observateur de cette roulette automatique, digne d'une machine à sous, trouvera plus de temps pour cultiver son jardin, tel Pangloss de Voltaire, en laissant la machine mener son combat de puces (66).●

(62) Propos tenus en 1920 et retranscrits par Gustav Janouch, dans «Conversations avec Kafka», publiées aux éditions Maurice Nadeau.
(63) En vertu (notamment) de l'article R.2122-8 qui renvoie à l'article R.2123-1 (§ 2 et b) du Code de la commande publique, les lots d'une procédure d'appel d'offres, qui sont inférieurs à 40000 euros HT, peuvent faire l'objet d'un marché «sans publicité ni mise en concurrence», dès lors que le total de ces «petits lots» ne représente pas plus de 20% de la «valeur totale estimée de tous les lots» (donc le montant total estimé de l'appel d'offres versus le total des petits lots basculés en achats directs). Voir également, les explications dans: «Présentation de la procédure des petits lots», Jérôme Michon, la Gazette du 10 janvier 2025; «Formalisation de la procédure des petits lots», Jérôme Michon, la Gazette du 17 janvier 2025; «Détermination de la procédure des petits lots», Jérôme Michon, la Gazette du 24 janvier 2025; «Utilisation de la procédure des petits lots», Jérôme Michon, la Gazette du 31 janvier 2025.
(64) Décomposition du prix global et forfaitaire (DPGF). Bordereau de Prix Unitaires (BPU).
(65) Franz Kafka, «Le Procès», 1925.
(66) «Il faut cultiver notre jardin», dit Candide à Pangloss, à la fin du conte philosophique de Voltaire, intitulé «Candide ou l'Optimiste», publié en janvier 1759.

Entretien

« Donner une plus grande place au principe du “Dites-le nous une fois” »

Majeure pour faciliter l'accès des PME à la commande publique, la « simplification » réglementaire en cours pose des questions techniques et se heurte parfois à d'autres enjeux, relève Clémence Olsina, directrice des affaires juridiques du ministère de l'Economie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique.



GEZELIN GREE / BERCYPHOTO

CLÉMENCE OLSINA, directrice des affaires juridiques au ministère de l'Economie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique

L'année 2024 a été marquée par la présentation au printemps d'un (nouveau) plan de simplification d'accès aux marchés publics. Quelles mesures concrètes ont été prises depuis ?

Deux décrets ont été publiés à la toute fin de l'année. Le vise notamment à faciliter l'accès des PME à la commande publique. Désormais, les petites entreprises qui se présentent en groupement ont la possibilité d'en modifier la formation en cours de procédure avec négociation ou dialogue compétitif. Le texte réduit aussi de 5 à 3% le montant maximum de la retenue de garantie que doit constituer une PME titulaire d'un marché. Cet assouplissement des règles est favorable aux plus petites entreprises qui hésitent parfois à se lancer dans le monde de la commande publique. Très attendu dans le secteur du BTP, le deuxième décret publié prolonge la dispense de procédure de publicité et de mise en concurrence des marchés publics de travaux inférieurs à 100000 euros jusqu'à la fin de l'année. Imaginée en 2020, au lendemain de la crise sanitaire, puis prolongée une première fois, cette mesure doit aider les PME du secteur qui restent exposées à des tensions économiques très fortes. La mesure figure dans le projet de loi de simplification de la vie des entreprises en examen au Parlement et devrait donc être pérennisée.

En 2020, le Conseil constitutionnel avait accepté cette dispense du fait de son caractère temporaire. Son inscription dans la loi ne risque-t-elle pas d'être invalidée ?

Ajouter de la souplesse ne veut pas dire qu'on tourne le dos à l'égalité d'accès à la commande publique. Quel que soit le montant du marché, les collectivités doivent veiller à étudier plusieurs devis avant de choisir un candidat et ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin. Rehausser le seuil qui était jusqu'alors à 40000 euros semble plus adapté aux caractéristiques propres aux marchés de travaux qui sont structurellement d'un montant plus élevé que les marchés de services et fourniture. Dans le reste de l'Union européenne, ce seuil est plutôt en moyenne à 80 voire 90000 euros et certains Etats membres sont au-delà de 100000 euros. Soulignons par ailleurs que ce même décret prévoit d'augmenter le seuil de publicité et mise en concurrence de 100 à 300000 euros pour les marchés innovants de défense ou de sécurité.

Comment la loi d'urgence pour Mayotte a-t-elle bousculé les règles s'appliquant aux marchés publics ?

Il était indispensable de déroger à certaines normes pour accélérer la reconstruction. Il n'est désormais plus nécessaire d'allotir les marchés et deux seuils ont été relevés. En deçà de 2 millions d'euros, on peut passer un marché de travaux sans publicité préalable. Et quand le montant est inférieur à 100000 euros, la mise en concurrence n'est pas obligatoire. Ces mesures temporaires font écho à celles qui ont été prises en 2023 pour accélérer la réhabilitation des bâtiments dégradés au cours des violences urbaines. Dans le cas de Mayotte, les sénateurs ont ajouté une obligation pour contribuer à l'économie locale: réserver 30% des marchés à des PME mahoraises. A chaque fois, dans de telles situations, nous devrons trouver le bon équilibre entre les exigences de simplification, de dynamique économique locale et de constitutionnalité des choix qui sont faits car la sécurité juridique est le premier vecteur de simplicité pour les opérateurs.

Où en est le travail de simplification des candidatures aux marchés publics ?

A côté de la simplification des normes, il y a des leviers majeurs de simplification des démarches et des outils des acheteurs. Le gouvernement souhaite notamment donner une plus grande place au principe du « dites-le nous une fois ». Une entreprise candidate à un marché public doit indiquer 80 à 160 informations, ce qui peut facilement lui prendre une journée de travail. On

peut l'éviter en associant les données dont l'administration dispose déjà au numéro de SIRET, puis en préremplissant les formulaires automatiquement. Nous allons nous appuyer sur un outil déjà développé par le passé, le «marché public simplifié». Nous allons travailler avec les éditeurs de profils d'acheteur dont les outils seront connectés à celui de l'Etat. Cette nouvelle évolution ne demandera donc aucune démarche supplémentaire aux collectivités.

Tout n'a pourtant pas été si fluide lors de refonte des déclarations des données de marchés publics en 2024…

Nous avons beaucoup progressé en un an. Les données essentielles sont très utiles pour éclairer la politique de commande publique. Côté opérateurs comme côté acheteurs. Les collectivités ont un intérêt à mieux comprendre l'impact économique de leurs choix. Pour autant, on a bien sûr besoin de stabilité dans les outils et dans les formats de données. Cela vaut aussi pour les formulaires d'avis de publicité européens (e-forms) par exemple. Nous rappelons régulièrement à Bruxelles qu'on doit éviter les mises à jour trop fréquentes. Au-delà des enjeux européens, nous avons un chantier européen majeur devant nous de révision de directives sur la commande publique, sur lequel une proposition de la Commission est attendue au deuxième semestre 2026. Nous devrons combiner plusieurs enjeux: la simplification pour que les PME participent davantage à la commande publique, le verdissement de l'économie, la résilience dans l'approvisionnement, mais aussi la préférence européenne qui devient un nouvel impératif compte tenu de la situation internationale. La Commission a lancé une consultation que nous relayons en France. Nous invitons les acteurs économiques, le monde de la recherche et les représentants des collectivités à formuler leurs besoins.

Vous avez évoqué le verdissement de la commande publique. Où en est-on dans la généralisation des clauses environnementales et sociales dans les marchés publics?

Ces dispositions entreront en vigueur en août 2026, conformément à la loi Climat et résilience. En 2023, ces clauses étaient présentes dans 30% des marchés. Il reste donc une marche à franchir. Notre principale stratégie consiste à développer des outils pour accompagner les acheteurs. Avec un portail sur l'achat durable dans lequel on trouve des clausiers adaptés aux différents secteurs par exemple (*). Nous allons poursuivre ce travail avec le relais local des «guichets verts», qui jouent un grand rôle dans la sensibilisation et l'accompagnement des acheteurs publics. ●

Propos recueillis par **Olivier Descamps**

(*) Ces clausiers peuvent être téléchargés sur achats-durables.gouv.fr





- JURIDIQUE
- CARRIÈRE
- ÉVÉNEMENTS
- INITIATIVES
- TRANSITION ECOLOGIQUE

Nouveau en 2024 !

- DATA ET INDICATEURS ABONNÉS
- EMPLOI
- LA VEILLE DE L'ACTUALITE

ABONNEZ-VOUS !

la gazette

BULLETIN D'ABONNEMENT

à renvoyer accompagné de votre règlement à : La Gazette des Communes Service Abonnement - Antony Parc II - 10 place du Général de Gaulle - BP 20156 - 92186 Antony cedex - FRANCE

❍ **Oui, je souhaite m'abonner à La Gazette des communes.**
Je recevrai l'hebdomadaire + les newsletters + l'accès à l'ensemble des contenus du site + l'outil Indicateurs Démographie
❍ **12 mois 450 €** - abonnement professionnel
❍ **12 mois 265 €** - abonnement personnel

Je choisis mon mode de paiement : Z5001PAG

❍ Chèque bancaire à l'ordre de La Gazette des communes
❍ Mandat administratif
❍ À réception de facture

Date et signature

Mes coordonnées :

❍ Mme ❍ M. Nom : .....
Prénom : .....
Établissement / Collectivité : .....
Service / Fonction : .....
Adresse : .....
Code Postal : |_|_|_|_|_| Ville : .....
E-mail : ..... @ .....
Obligatoire pour l'utilisation de vos services en ligne
Tél. : |_|_|_|_|_|_|_|_|_|_| Fax : |_|_|_|_|_|_|_|_|_|_|
Siret : |_|_|_|_|_|_|_|_|_|_|_|_|_|_| Naf : |_|_|_|_|_|

*TVA : 2,10% - offre réservée aux nouveaux abonnés en France métropolitaine, valable jusqu'au 31/10/2025. Tarifs DOM-TOM et étranger, nous consulter. Conformément à la loi Informatique et liberté du 06/01/1978 et LCEN du 22/06/2004, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification des données que vous avez transmises, en adressant un courrier à La Gazette des communes. GROUPE MONITEUR - S.A.S. au capital de 333 900 € - R.C.S. Nanterre B 403.080.823 - N° TVA Intracommunautaire : FR 32 403 080 823. Toute commande implique l'acceptation des CGV consultables à : http://boutique.lagazette.fr/cgv

Une année d'actualités de la commande publique

ACTUALITÉS RÉGLEMENTAIRES

• Méthodes de notation du critère prix conseillées par la DAJ

La Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie a mis en ligne sur son site, le 15 mars 2024, un fichier de calcul pratique (deux tableurs Excel) pour aider les acheteurs à procéder «à l'analyse des offres financières de manière automatique», avec l'une des trois méthodes de notation qu'elle présente par ailleurs dans une note spécifique.

• **Formule hyperbolique:** la première méthode consiste à attribuer la note maximale au soumissionnaire proposant l'offre la plus basse. La formule pour la notation des autres offres est: (prix le plus bas divisé par le prix de l'offre devant être notée), multipliés par le barème de notation maximal. Aucun soumissionnaire ne peut se retrouver avec une note de zéro. Selon la DAJ, «cette méthode est pertinente lorsque l'on est en présence de prix homogènes», car elle aboutit «parfois» à des écarts de notes, «dans des proportions insusceptibles d'être compensées au moyen des autres critères».

• **Formule linéaire:** une autre méthode peut se traduire par l'application de la formule suivante. Note maximale moins la note maximale multipliée par (prix de l'offre à noter – prix le plus bas) divisés par (prix le plus élevé moins prix le plus bas). Etant précisé que l'offre la plus basse obtient la note maximale. Selon la DAJ, cette formule fait dépendre l'écart de notation du nombre d'offres reçues et de la différence entre la plus élevée et la moins élevée. De plus, l'offre la plus élevée obtient systématiquement la note de zéro, alors qu'elle pourrait «rester compétitive en valeur absolue». «L'offre la moins compétitive doit pouvoir obtenir mieux que zéro, si elle reste objectivement compétitive». Selon la DAJ, cette méthode serait «adaptée lorsque les offres sont très hétérogènes», pour «des prestations bien connues de l'acheteur». Elle précise qu'il «faut notamment l'évacuer lorsqu'un sourçage a pu indiquer que peu de candidats souhaiteraient participer à la consultation».

• **Formule de la moyenne des offres:** la troisième méthode identifiée par la DAJ, consiste à établir un prix moyen pour l'ensemble des offres analysées. La note du prix du candidat peut – par exemple – être égale à (la note maximale multipliée par le prix moyen des offres déposées) divisé par (le prix moyen des offres déposées plus le prix de l'offre à noter). La DAJ observe que «même si cette formule n'a pas été censurée par le juge, elle peut s'avérer inadaptée en fonction du cas d'espèce (lorsqu'il y a seulement deux offres acceptables ou un écart de prix trop faible ou trop grand…)».

• Modification des arrêtés du 22 décembre 2022 relatifs aux données essentielles

Les arrêtés du 18 mars 2024 ont modifié ceux du 22 décembre 2022 relatifs aux données essentielles des marchés publics et contrats de concession. Désormais les «actes d'exécution» sont soumis aux données essentielles. Cela vise les actes spéciaux de sous-traitance, les actes de sous-traitance modificatifs, les modifications, les données d'exécution (pour les contrats de concession), dès lors que cela porte sur des contrats «notifiés ou conclus» avant le 1er janvier 2024. Toutefois, les acheteurs ont disposé d'une période de dispense d'application, jusqu'au 1er mai 2024.

• Nouveaux formulaires d'avis de publicité

Un règlement d'exécution 2019/1780 de la Commission du 23 septembre 2019 (appelé règlement «eForm») a établi des formulaires types de publication d'avis de marchés dépassant les seuils européens. Un second amendement a été adopté le 20 décembre 2023, notamment concernant l'accès des opérateurs économiques, des biens et services de pays tiers; et les subventions étrangères faussant le marché intérieur. Depuis le 1er juin 2024, les formulaires d'avis de publicité européens intégrant de nouveaux champs de données ont été intégrés dans les plateformes de dématérialisation, afin de permettre aux acheteurs de respecter leurs nouvelles obligations déclaratives.

• Biens issus du réemploi, réutilisation ou intégrant des matières recyclées

Comme chaque année, une campagne de sensibilisation est engagée par les pouvoirs publics, afin d'inciter les acheteurs à déclarer les achats de biens issus du réemploi, de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées, avant fin juin de chaque année (concernant les achats de l'année précédente). Cette obligation, très peu respectée, découle de l'article 58 de la loi Agec, dont un nouveau décret d'application a été adopté, pour application au 1er juillet 2024 (décret n°2024-134 du 21 février 2024). Outre les services de l'Etat, les collectivités territoriales et leurs groupements sont concernés. Comme outil d'aide à la déclaration, un fichier Excel est téléchargeable sur le site internet de l'Observatoire économique de la commande publique (OECP)… mais encore faudrait-il que de tels achats aient été réalisés. Ce fichier doit être déposé sur l'application REAP (recensement économique des achats publics).

• Règlement européen sur les véhicules utilitaires lourds

Suite à un règlement 2024/1610/UE du 14 mai 2024, il est désormais imposé

aux acheteurs (y compris, autorités concédantes) de prendre en compte des considérations relatives à la sécurité d'approvisionnement. Ces dispositions s'appliquent depuis le 1er juillet 2024. Les contrats portant sur l'achat, la prise en crédit-bail, la location, la location-vente ou l'utilisation d'autobus urbains neufs à émission nulle, doivent intégrer (sous la forme de spécifications techniques ou de critères), au moins deux des considérations suivantes: la proportion de produits originaires de pays tiers; la disponibilité de pièces de rechange; l'engagement du titulaire sur la stabilité de la chaîne d'approvisionnement du titulaire; les preuves de la qualité de l'organisation de la chaîne d'approvisionnement; ou encore, la durabilité environnementale accrue. Si l'une des quatre premières considérations est intégrée comme critère d'attribution, celui-ci devra faire l'objet d'une pondération entre 15 et 40%.

• Règlement européen sur l'écoconception

Le règlement 2024/1781/UE du 13 juin 2024 permet à la Commission européenne d'imposer la prise en compte dans les marchés publics dépassant les seuils européens, des exigences en matière environnementales. Cela peut porter uniquement sur un ou plusieurs groupes de produits clairement identifiés. Et cela pourra se traduire par des spécifications techniques ou des critères ou des conditions ou objectifs d'exécution de marché. Ainsi, un tel critère d'attribution lié au règlement écoconception devra faire l'objet d'une pondération comprise entre 15 et 30%.

• Règlement européen pour une industrie «zéro net»

Le règlement 2024/1735/UE du 13 juin 2024 contribue à renforcer l'écosystème européen de la fabrication de produits de technologie «zéro net», ou encore «NZIA» (Net-Zero Industry Act). Cela vise les marchés ou concessions supérieurs à un seuil (qui devrait être autour de 25 millions jusqu'au 1er juillet 2026, puis au-delà des seuils européens à compter de cette date), intégrant certaines technologies dites «zéro net», dont l'énergie solaire, l'hydroélectrique, l'énergie nucléaire de fission, les pompes chaleur ou le biogaz. Un acte d'exécution sera adopté en 2025 afin d'en préciser les contours.
À noter que, depuis le 29 juin 2024, les acheteurs doivent intégrer dans leurs marchés ou concessions, au choix: une condition d'exécution relative au domaine social et à l'emploi; une obligation pour le titulaire de démontrer la conformité avec les exigences en matière de cybersécurité prévu dans le futur règlement sur la cyber résilience; une clause spécifique imposant au titulaire de livrer les technologies zéro-net dans un certain délai, sous peine le cas échéant de pénalités.

• Prolongation du seuil de 100 000 euros HT pour les travaux jusqu'à fin 2025

Par décret, publié in extremis, deux jours avant l'expiration d'une telle dérogation, les pouvoirs publics ont prolongé la dispense de publicité et mise en concurrence préalables pour les marchés publics de travaux dont la valeur estimée est inférieure à 100000 euros hors taxes (décret n°2024-1217 du 28 décembre 2024, JORF du 29 décembre 2024).

• Décret portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique

Publié au JORF le 31 décembre 2024, un décret a modifié certains aspects du Code de la commande publique, pour application dès le lendemain, le 1er janvier 2025. La DAJ rappelle que ces mesures découlent des «Rencontres de la simplification initiées à l'automne 2023», ainsi qu'une phase de consultation publique ayant eu lieu du 4 au 19 novembre 2024.
Le décret est présenté par les pouvoirs publics, comme apportant «des modifications au Code de la commande publique, afin notamment de simplifier l'accès des entreprises et d'assouplir les règles d'exécution financière des marchés publics. Il relève à 300000 euros HT, le seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence pour les marchés innovants de défense ou de sécurité. Il prévoit les conditions dans lesquelles un groupement peut être constitué et sa composition modifiée dans le cadre de procédures incluant une ou plusieurs phases de négociation ou de dialogue. Il relève la part minimale que le titulaire s'engage à confier à des PME ou à des artisans dans le cadre des marchés globaux, des marchés de partenariat et des contrats de concession. Il abaisse de 5% à 3% le montant maximum de la retenue de garantie pour les marchés publics conclus par certains acheteurs avec une PME. Enfin, il intègre les mesures règlementaires d'application de la loi n°2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte s'agissant de la possibilité pour une entité adjudicatrice de rejeter une offre contenant des produits provenant de certains pays tiers à l'Union européenne».

• Indexation des prix dans les marchés publics de services de restauration collective

La DAJ a mis à jour et rendue publique, le 8 janvier 2025, sa fiche sur l'indexation des prix dans les marchés publics de services de restauration collective. Elle y recommande de recourir systématiquement à un prix révisable pour ce type de marché et propose deux formules de variation des prix différentes: l'une si la prestation est réalisée sur place et l'autre si la prestation est livrée. Elle prodigue des conseils sur la fréquence des révisions, les choix des indices, la construction des formules de révisions, les stipulations de clauses butoir ou de sauvegarde.

ACTUALITÉS JURISPRUDENTIELLES

Plusieurs jurisprudences intéressantes sont intervenues depuis la publication du précédent Code pratique, annoté et commenté. Elles ont été intégrées sous les articles concernés du Code figurant dans les pages suivantes.
L'attention des lecteurs est toutefois attirée sur les jurisprudences suivantes:

• Résiliation d'un marché public d'assurance

Face aux résiliations généralisées de contrats d'assurance, le Conseil d'Etat a rendu un arrêt important (CE, 4 avril 2024, «Métropole Toulon Provence Méditerranée», n°491068): désormais, un pouvoir adjudicateur peut s'opposer à la résiliation unilatérale d'un marché public d'assurance pour un motif d'intérêt général et ■■■

imposer la poursuite de son exécution le temps nécessaire à la passation d'un nouveau marché.

• Offre inacceptable et budget à indiquer

Pour la première fois, le Conseil d'Etat précise qu'une offre ne peut être déclarée inacceptable au motif qu'elle excède les crédits budgétaires alloués au contrat, que lorsque ce montant a été porté à la connaissance des candidats (CE, 12 juin 2024, « Ste Actor France », n° 475214). Cela implique donc, la mention dans le règlement de consultation, d'un budget plafond qui ne pourrait pas être dépassé, quoi qu'il arrive. A défaut, le caractère inacceptable de l'offre serait acquis d'office. En l'espèce, la ville de Paris avait rejeté comme inacceptable l'offre d'un candidat au motif qu'elle excédait le budget alloué à l'accord-cadre auquel il soumissionnait. Dès lors que la ville n'avait pas informé les candidats du montant maximum du budget alloué à ce contrat, le Conseil d'Etat considère cette pratique illégale.

• Modification des membres d'un groupement

Les magistrats européens ont estimé qu'une réglementation nationale ne pouvait pas interdire à un opérateur économique de se retirer d'un groupement momentané d'entreprises lorsque la durée de validité des offres est arrivée à échéance et que le pouvoir adjudicateur souhaite la prolonger (CJUE, 26 septembre 2024, « Sofein SpA c/ Consip SpA », aff. C-403/23 et C-404/23). En d'autres termes, l'expiration du délai de validité d'une offre entraîne la possibilité pour un groupement candidat, de modifier la composition de celui-ci.

• Rejet des offres émanant de candidats situés dans des pays tiers

Les magistrats européens confirment à nouveau, que les opérateurs économiques émanant de pays tiers, n'ayant pas conclu d'accord de libre-échange avec l'UE, n'ont pas un accès garanti aux marchés publics dans l'Union européenne (CJUE, 22 octobre 2024, « Kolin Insaat Turizm Sanayi ve Ticaret A S », C-652/22). Ils ne peuvent donc pas exiger un traitement égal de leur offre par rapport à celles présentées par des soumissionnaires relevant d'Etats membres ou d'Etats couverts par un accord international. Le litige opposait une société de droit turc se plaignant de la position prise par une commission nationale de contrôle des procédures de passation des marchés publics œuvrant en Croatie. Ainsi, les entreprises situées dans un pays n'ayant pas signé (notamment) l'Accord sur les Marchés Publics (AMP), peuvent être écartées d'office. ●



Les seuils applicables

<table>
<tr><th colspan="4">POUR LES POUVOIRS ADJUDICATEURS : COLLECTIVITÉS TERRITORIALES, LEURS ÉTABLISSEMENTS PUBLICS ET LEURS GROUPEMENTS</th></tr>
<tr><td colspan="4">Travaux</td></tr>
<tr><td>0 à moins de 25 000 € HT</td><td rowspan="2">Art. R.2122-8 (1) et pour le seuil de 100 000 € HT (hors achats innovants) : décret n° 2024-1217 du 28 déc. 2024. Seuil applicable jusqu'au 31 déc. 2025.</td><td rowspan="2">Pas de mise en concurrence préalable mais obligation de « choisir une offre pertinente », « faire une bonne utilisation des deniers publics », et « ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin »</td><td>Pas d'obligation de recensement</td></tr>
<tr><td>De 25 000 (2) à moins de 100 000 € HT</td><td>Obligation d'open data</td></tr>
<tr><td>De 100 000 à moins de 5 538 000 € HT</td><td>Art. R.2123-4 et R.2131-12 §2</td><td colspan="2">Publication d'un avis au BOAMP ou JAL et si nécessaire dans un journal spécialisé ou au JOUE + dématérialisation</td></tr>
<tr><td>À partir de 5 538 000 € HT</td><td>Art. R.2131-16 §1</td><td colspan="2">Publication d'un avis au BOAMP, JOUE + dématérialisation. Formulaires européens obligatoires (art. R.2131-17)</td></tr>
<tr><td colspan="4">Fournitures et services</td></tr>
<tr><td>0 à moins de 25 000 € HT</td><td rowspan="2">Art. R.2122-8 (1)</td><td rowspan="2">Pas de mise en concurrence préalable mais obligation de « choisir une offre pertinente », « faire une bonne utilisation des deniers publics », et « ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin »</td><td>Pas d'obligation de recensement</td></tr>
<tr><td>De 25 000 (2) à moins de 40 000 € HT</td><td>Obligation d'open data</td></tr>
<tr><td>De 40 000 à moins de 90 000 € HT</td><td>Art. R.2123-4 et R.2131-12 §1</td><td colspan="2">Publicité adaptée + dématérialisation. Seuil de 90 000 € HT non applicable aux OPH (art. R.2100-1)</td></tr>
<tr><td>De 90 000 à moins de 221 000 € HT</td><td>Art. R.2123-4 et R.2131-12 §2</td><td colspan="2">Publication d'un avis au BOAMP ou JAL et si nécessaire dans un journal spécialisé ou au JOUE + dématérialisation</td></tr>
<tr><td>À partir de 221 000 € HT</td><td>Art. R.2131-16 §1</td><td colspan="2">Publication d'un avis au BOAMP, JOUE + dématérialisation. Formulaires européens obligatoires (art. R.2131-17)</td></tr>
<tr><td colspan="4">Particularités</td></tr>
<tr><td>Si prestations de services juridiques</td><td colspan="3">Dispense de publicité et mise en concurrence, quel que soit le montant (4)</td></tr>
<tr><td>Si services sociaux et autres services spécifiques (art. R.2123-1 §3)</td><td colspan="3">- Moins de 40 000 € HT : publicité pas obligatoire
- de 40 000 € HT à moins de 750 000 € HT : publicité adaptée (art. R.2131-14)
- à partir de 750 000 € HT : publicité au JOUE (art. R.2131-15 sous réserve des art. R.2131-7 et R.2131-9)</td></tr>
<tr><td>Si maîtrise d'œuvre, au sens du Livre IV de la 2e partie du Code</td><td colspan="3">Publication d'un avis de concours restreint de maîtrise d'œuvre, au-delà du seuil européen de 221 000 € HT, sauf exceptions visées à l'art. R.2172-2.</td></tr>
<tr><td>Si fournitures de livres non scolaires</td><td colspan="3">Dispense de publicité et mise en concurrence de zéro à 90 000 € HT : art. R.2122-9</td></tr>
<tr><td>Si marché de défense ou de sécurité</td><td colspan="3">Dispense de publicité et mise en concurrence de zéro à 100 000 € HT : décret du 23 août 2021</td></tr>
<tr><td>Si achats innovants</td><td colspan="3">Dispense de publicité et mise en concurrence de zéro à 100 000 € HT : décret du 13 décembre 2021 ayant créé l'article R. 2122-9-1 (3)</td></tr>
<tr><td colspan="4">POUR LES AUTRES POUVOIRS ADJUDICATEURS ET LES ENTITÉS ADJUDICATRICES</td></tr>
<tr><td colspan="2">Pour les autorités publiques centrales, à l'exception de celles œuvrant dans le domaine de la défense et pour des produits autres que ceux figurant à l'annexe 4 de l'appendice I de l'offre de l'UE au titre de l'accord sur les marchés publics</td><td colspan="2">Au lieu de 221 000 € HT, appliquer le seuil de 143 000 € HT</td></tr>
<tr><td colspan="2">Pour les entités adjudicatrices (activités de réseaux d'eau, d'énergie, de transport et de services postaux) et pour les marchés de défense ou de sécurité</td><td colspan="2">Au lieu de 221 000 € HT, appliquer le seuil de 443 000 € HT</td></tr>
<tr><td colspan="2">Pour les contrats de concession</td><td colspan="2">L'unique seuil européen applicable est 5 538 000 € HT</td></tr>
</table>

Les articles mentionnés ci-dessus, correspondent à ceux du Code de la commande publique.
(1) S'applique également aux « lots » respectant les conditions de l'art. R.2123-1, §2-b. : si moins de 80 000 € HT (fournitures, services) ou 1 million d'euros HT (travaux) et si moins de 20 % du total des lots. (2) Le seuil de 25 000 € HT concerne l'obligation d'open data qui s'applique au-delà de celui-ci. (3) Un marché sans publicité ni mise en concurrence est également possible pour les « lots » dont le montant est inférieur à 80 000 € (fournitures, services) ou à 100 000 € HT (travaux) pour des besoins « innovants » remplissant les conditions de l'article R.2123-1, §2-b. (4) Le décret n° 2021-357 du 30 mars 2021 a supprimé le quatrième paragraphe de l'article R.2123-1 qui visait l'hypothèse des achats de services juridiques. Ces derniers sont désormais exonérés de mise en concurrence et publicité, quel que soit leur montant (cf. suppression de l'article R.2123-8).

Code de la commande publique consolidé, annoté et commenté

Le Code de la commande publique (CCP) est historiquement issu de l'ordonnance n°2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative, du décret n°2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire, ainsi que de divers textes ayant modifié depuis tel ou tel article. Vous trouverez ci-après, une version consolidée, intégrant la partie réglementaire dans celle législative, plus simple d'utilisation pour les praticiens. Ne sont pas reproduites, les dispositions dérogatoires réservées aux territoires d'outre-mer, au secteur de la défense, sécurité ou sûreté de l'Etat.

La partie législative est identifiable par la mention de la lettre L devant le numéro d'article. La partie réglementaire est symbolisée par la mention de la lettre R (pour décret pris en Conseil d'Etat) ou D (pour un simple décret) devant le numéro d'article concerné. L'origine normative des différents textes est ainsi respectée, avec une numérotation similaire entre la partie législative et celle réglementaire.

Cette numérotation repose sur la structure même du Code: ainsi, l'article L.2193-1 porte sur des règles figurant dans le chapitre 3, du titre IX, du livre 1 de la partie 2 (si on remonte la numérotation de cet article, en allant de l'avant-dernier chiffre jusqu'au premier). Une table des articles législatifs et un index figurent à la fin du présent fascicule.

TITRE PRÉLIMINAIRE

ARTICLE L.1

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

ARTICLE L.2

Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Les contrats de la commande publique sont les marchés publics et les concessions définis au livre Ier de la première partie, quelle que soit leur dénomination. Ils sont régis par le présent code et, le cas échéant, par des dispositions particulières.

ARTICLE L.3

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

JURISPRUDENCES

● **Les principes d'égalité, non-discrimination et transparence sont applicables à la conclusion d'une convention d'affiliation passée entre un organisme de droit public (employeur) et une caisse professionnelle de prévoyance, pour gérer et placer des cotisations destinées à financer des indemnités de départ versées aux salariés de cet employeur, même si la conclusion de cette convention ne résulte pas de la seule volonté de l'employeur et requiert le consentement du personnel ou du comité d'entreprise.**
CJUE, 4 avril 2019, aff. C-699/17

● **En cas de reprise du personnel, le titulaire sortant commet une faute en ne communiquant pas l'évolution de la masse salariale (information essentielle à l'élaboration des offres), alors qu'il est le seul à la connaître.**
C. Cass., 11 janvier 2023, n°20-13.967

ARTICLE L.4

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

ARTICLE L.5

Ces contrats sont conclus pour une durée limitée.

ARTICLE L.6

S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs, sous réserve de ceux mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie. Les contrats mentionnés dans ces livres, conclus par des personnes morales de droit public, peuvent être des contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses.
A ce titre:
1° L'autorité contractante exerce un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat, selon les modalités fixées par le présent code, des dispositions particulières ou le contrat;
2° Les contrats qui ont pour objet l'exécution d'un service public respectent le principe de continuité du service public;
3° Lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité;
4° L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat;
5° L'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code. Lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général, le cocontractant a droit à une

indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat.

COMMENTAIRE

Ce « titre préliminaire » porte sur de grands principes communs à tous les contrats relevant de la commande publique et les établit comme représentant le socle du nouveau corpus juridique.

JURISPRUDENCES

● Le juge constatant l'existence d'irrégularités dans un contrat, en apprécie l'importance, après avoir vérifié que ces irrégularités portent atteinte à la loyauté des relations contractuelles. Il décide soit la poursuite de l'exécution du contrat, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par l'acheteur ou convenues entre les parties, soit prononce, le cas échéant avec un effet différé, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contrat ou à un vice d'une particulière gravité, son annulation. Cette action est ouverte aux parties au contrat pendant toute sa durée d'exécution.
CE, 1er juillet 2019, n°412243

● La différence de traitement entre les contrats de droit privé et ceux administratifs est conforme à la Constitution : les candidats écartés d'un contrat privé de la commande publique font l'objet d'un traitement différent de ceux d'un contrat administratif.
C. Constit. 2 octobre 2020, n°2020-857 QPC

● La résiliation pour motif d'intérêt général (contraintes budgétaires) ouvre droit à indemnisation du titulaire, si ce dernier justifie du préjudice et du lien de causalité direct et certain (en l'espèce, pas de preuve du préjudice).
CAA Paris, 21 juillet 2020, n°18PA01930

● Les contrats de location de terrains privés (à titre gratuit ou onéreux), ne sont pas des marchés publics. Toutefois, il convient de vérifier que le contrat ne comporte pas de clauses exorbitantes du droit commun, comme le droit réservé à l'administration de résilier le contrat à tout moment. Et les relations entre le locataire et son bailleur ne doivent pas avoir pour effet de faire participer ce dernier à l'exécution même du service public.
CAA Marseille, 13 décembre 2021, n°21MA02978

● Un contrat d'achat de véhicule d'occasion est un marché public, s'agissant d'un contrat de fournitures, destiné à répondre au besoin d'une collectivité territoriale. Un marché public n'est en aucun cas identifié par son seul montant.
CAA Bordeaux, 15 décembre 2021, n°21BX02305

● Pour la qualification d'un contrat comme relevant du juge administratif, le Tribunal des Conflits rappelle l'existence de deux critères : organique et matériel. Concernant



celui organique, « ont le caractère de travaux publics, les travaux immobiliers répondant à une fin d'intérêt général et qui comportent l'intervention d'une personne publique, soit en tant que collectivité réalisant les travaux, soit comme bénéficiaire de ces derniers ». Et matériellement, il faut vérifier la nature réelle des travaux. En l'espèce, ces travaux n'étaient pas réalisés dans le cadre du contrat de concession signé entre une communauté d'agglomération et une SEM. Ainsi, les travaux réalisés sur ordre d'une SEM, agissant dans le cadre d'une concession, dans un but d'intérêt général, sont des contrats administratifs. Mais les travaux réalisés sur ordre d'une SEM, sans concerner les besoins de la personne publique, ne sont pas des contrats administratifs.
Tribunal des Conflits, 10 janvier 2022, C4228

● Le litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux relève de la compétence de la juridiction administrative, sauf si les parties en cause sont unies par un contrat de droit privé et que le litige concerne l'exécution de ce contrat.
Tribunal des Conflits, 10 janvier 2022, n°C4231

● Des contrats conclus sur la base du Code de la commande publique, peuvent donner lieu à un référé précontractuel qui, selon que le contrat revêt un caractère administratif ou privé, doit être intenté devant le juge administratif ou devant le juge judiciaire.
Tribunal des conflits, 13 septembre 2021, n°C4224

● Une agence sanitaire a lancé un marché public pour désigner une agence pour l'emploi afin de disposer de personnels intérimaires. L'entreprise non retenue conteste l'attribution, devant le Conseil d'Etat italien, qui déclare sa requête irrecevable. L'entreprise saisit la Cour de cassation italienne, qui considère que « sur le fond, le refus par le Conseil d'État d'examiner les moyens tirés de l'irrégularité de la procédure de passation de marché, porte atteinte au droit à un recours effectif, au sens du droit de l'Union ». Toutefois, elle rejette le pourvoi, au motif qu'un tel pourvoi contre les décisions du Conseil d'Etat, n'est admis que pour des moyens tenant à la compétence juridictionnelle, alors qu'en l'espèce, le pourvoi de l'entreprise était fondé sur un moyen tiré d'une violation du droit de l'Union. La CJUE ne voit pas d'obstacle à ce que le Cour de Cassation statue sur le respect du droit communautaire par le Conseil d'Etat.
CJUE, 21 décembre 2021, n°C-497/20

● Un marché de travaux lancé par une société anonyme d'HLM doit être regardé comme étant un contrat privé relevant de la compétence du juge judiciaire en cas de référé précontractuel.
TA Martinique, 13 septembre 2022, n°2200512

● Le simple fait d'être membre du conseil d'administration du pouvoir adjudicateur ne dispense pas de démontrer un intérêt lésé, pour pouvoir engager un recours comme tiers au marché litigieux.
CE, 2 décembre 2022, n°454323

● Un bail conclu entre une commune et une personne physique n'est pas un contrat administratif par détermination de la loi. En l'absence de clause impliquant, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs et dès lors qu'il n'a pas pour objet de confier à la cocontractante l'exécution d'un service public dont la commune a la charge, le contrat ne revêt pas non plus un caractère administratif par application des critères jurisprudentiels.
TC, 3 juillet 2023, n°4278

● Un bon de commande sur la base d'un marché précisant qu'il est régi par le droit belge et que tout litige lié à ce contrat ou à tout bon de commande en découlant est soumis à la compétence exclusive des tribunaux situés à Bruxelles, ne peut faire l'objet d'un recours contestant sa validité devant les juridictions françaises, non compétentes pour résoudre le litige, quand bien même l'exécution du bon de commande aurait lieu en France.
CE, 22 mars 2024, n° 471048

● Le juge judiciaire est compétent pour connaître des litiges relatifs à des dommages survenus lors de l'exécution de travaux publics lorsque le fondement de l'action réside dans un contrat de droit privé.
TC, 17 juin 2024, n° 4306 et n° 4302

● Un soumissionnaire irrégulièrement évincé d'un marché public, doit être indemnisé du préjudice subi du fait de la perte de chance de participer à la procédure en vue d'obtenir le marché.
CJUE, 6 juin 2024, aff. C-547/22

Une agence qui maîtrise à fond vos sujets et vos métiers, c'est reposant, non ?

Infopro Digital Stories //

L'agence de contenus
du Secteur public
100 % BtoB

infoprodigital STORIES

Texte | **Audio** | Vidéo | **Live** | Social média

stories@infopro-digital.com

la gazette

SCAN ME

Première partie : définitions et champ d'application

LIVRE I : CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

ARTICLE L.1100-1

Ne sont pas soumis au présent code, outre les contrats de travail, les contrats ou conventions ayant pour objet :
1° Des transferts de compétences ou de responsabilités entre acheteurs ou entre autorités concédantes en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles ;
2° Les subventions définies à l'article 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ;
3° L'occupation domaniale.

JURISPRUDENCES

● Constitue une « concession de services », un contrat relatif à l'exploitation sur le domaine public d'une commune de mobiliers urbains d'information à caractère général ou local supportant de la publicité.
CE, 5 février 2018, req. n° 416579 A, 416585, 416640, 416711, 416581, 416641

● Les « contrats d'emploi » (art. 10-g de la directive n° 2014-24) visent tous les contrats en vertu desquels une personne publique embauche des personnes physiques pour fournir des services, et qui donnent lieu à une relation de travail par laquelle ces personnes accomplissent pendant un certain temps, en faveur de ce pouvoir public et sous la direction de celui-ci, des prestations en contrepartie desquelles elles touchent une rémunération.
CJUE, 25 octobre 2018, aff. n° C-260/17

● Les décisions de la personne publique découlant de l'octroi d'une subvention ou d'une convention conclue selon la loi du 12 avril 2000, pouvant se traduire par une modification du montant ou des conditions d'octroi de la subvention, une cessation de versement ou une demande de remboursement, peuvent donner lieu à un recours seulement pour excès de pouvoir de la part du bénéficiaire de la subvention ou d'un tiers disposant d'un intérêt à agir. Un tel recours pour excès de pouvoir peut être assorti d'une demande de suspension, sur le fondement de l'article L.521-1 du code justice administrative.
CE, avis, 29 mai 2019, req. n° 428040

● Il ne ressortait pas du dossier produit à l'instance, que le bail emphytéotique et le protocole litigieux pouvaient être assimilés à un marché public de services ou travaux, ou s'ils devaient être qualifiés de marchés qu'ils dépasseraient les seuils fixés par la réglementation pour imposer un formalisme concurrentiel (art. R.1311-2 du CGCT).
CAA Lyon, 18 novembre 2019, n° 17LY02736

● Le bénéficiaire d'une aide publique, en lien avec une opération définie par une convention, doit respecter les principes de mise en concurrence et de transparence pour les contrats qu'il passe avec un sous-traitant dans le cadre de ladite opération.
En l'espèce, un service de l'État a signé une convention de subvention avec une association pour réaliser une évaluation d'aptitudes professionnelles. La Cour rappelle que les contrats passés entre l'association et ses sous-traitants dans le cadre de l'opération qui faisait l'objet de la subvention, devaient respecter les principes de la commande publique (donc un certain formalisme concurrentiel).
CAA Marseille, 3 décembre 2021, n° 19MA02987

● La directive 2014/24/UE n'autorise les Etats membres à exclure certains marchés publics du champ d'application de ses procédures de passation que lorsque la protection des intérêts essentiels de sécurité, ou le respect de règles de secret ou de sécurité, ne peut être garanti par des mesures de moindre effet.
CJUE, 7 septembre 2023, aff. C-601/21

TITRE I : MARCHÉS PUBLICS

ARTICLE L.1110-1

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

Chapitre Ier : Marchés

SECTION I : DÉFINITION

ARTICLE L.1111-1

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

COMMENTAIRE

Un tel contrat ne comporte pas nécessairement un « prix », mais cela peut être « l'équivalent » d'un tel prix, comme la mise à disposition d'un bien ou l'octroi d'un avantage quelconque. Des marchés peuvent être conclus à zéro euro (exemple : la réalisation d'un journal par la vente d'encart publicitaire, la pose de panneaux photovoltaïques rémunérée par la vente de l'énergie récupérée, etc.). Le prix peut être en outre, simplement déterminable et non pas déterminé dès le départ. Il existe même des prix provisoires.

SECTION II : OBJET

ARTICLE L.1111-2

Un marché de travaux a pour objet :
1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au présent code ;
2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.

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

JURISPRUDENCES

● **Lorsqu'un pouvoir adjudicateur exerce une influence déterminante sur la conception des ouvrages (notamment sur la structure architecturale des bâtiments), le bail ou le contrat d'achat d'un bien immobilier est requalifié en marché de travaux.**
CE, 3 avril 2024, n°472476

● **Un ensemble contractuel comprenant un contrat de subvention et une promesse d'achat en vue de la réalisation d'un ouvrage est un marché public de travaux.**
CJUE, 17 octobre 2024, aff. C-28/23

ARTICLE L.1111-3
Un marché de fournitures a pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits.
Il peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation.

COMMENTAIRE

Point très important : la « location » relève des marchés de « fournitures » et non pas de ceux de « services ».

ARTICLE L.1111-4
Un marché de services a pour objet la réalisation de prestations de services.

ARTICLE L.1111-5
Lorsqu'un marché porte sur des travaux et sur des fournitures ou des services, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.
Lorsqu'un marché a pour objet des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées.

Chapitre II : Marchés de partenariat

ARTICLE L.1112-1
Un marché de partenariat est un marché public qui a pour objet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement. Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.
Cette mission globale peut en outre comprendre :
1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;
2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;
3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

Chapitre III : Marchés de défense ou de sécurité

ARTICLE L.1113-1
Non reproduit.

TITRE II : CONTRATS DE CONCESSION

ARTICLE L.1120-1
Les contrats de concession de travaux ou de services et les contrats de concession de défense ou de sécurité définis au présent titre sont soumis aux dispositions de la troisième partie.

Chapitre Ier : Contrat de concession

SECTION I : DÉFINITION

ARTICLE L.1121-1
Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.
La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés.

COMMENTAIRE

L'existence d'un sérieux risque d'exploitation n'empêche pas pour autant l'acheteur à prévoir une dotation financière de sa part au profit de l'exploitant, lui assurant ainsi une partie de son chiffre d'affaires.

JURISPRUDENCES

● **Une société chargée de la gestion d'un service de desserte maritime réclamait une indemnité pour cause d'imprévision. Les magistrats constatent cependant que la diminution du fret de 16 % par rapport aux imprévisions de trafic réalisées lors de l'élaboration du contrat n'est pas principalement à l'origine des déficits d'exploitation dont la société requérante faisait état. Ils sont la conséquence de la fragilité financière initiale de la société, qui n'était ni imprévisible ni extérieur à l'action du cocontractant, et des conditions dans lesquelles avaient été définis les termes de la délégation, qui n'étaient pas davantage imprévisibles. Donc la théorie de l'imprévision ne peut pas être invoquée.**
CE, 21 octobre 2019, req. n°419155

● **Un contrat de délégation de service portuaire ne confère à la collectivité délégante qu'un simple pouvoir de contrôle et de surveillance du délégataire, sans approbation préalable des actes de ce dernier, notamment quant à la conduite des travaux à réaliser et aux garanties d'usage concédées aux tiers. La responsabilité de la collectivité pour manquements dans l'exercice de ce pouvoir de contrôle et de surveillance, ne peut être recherchée par les tiers qu'à raison de défaillances constitutives de fautes lourdes.**
CAA Marseille, 17 juin 2019, req. n°17MA02389, 17MA02461

● **Le titulaire d'une concession réclamait le versement d'une subvention d'exploitation supplémentaire afin de compenser ses pertes. L'acheteur a refusé. La Cour rappelle qu'en**

vertu de la jurisprudence de la CJUE, 24 juillet 2003, « Altmark Trans GmbH », C-280/00, le titulaire doit avoir été « efficient ». En l'espèce, le titulaire doit avoir exploité le service public de manière régulière, et engagé des dépenses cohérentes eu égard à son activité. Or le déficit d'exploitation est considéré comme étant injustifié. A noter que le calcul d'une subvention d'exploitation correspond au coût d'exploitation justifié, moins le montant total des recettes perçues par le délégataire. La subvention sera requalifiée en aide publique que si elle dépasse le montant du déficit d'exploitation et qu'elle contribue à rendre l'opérateur bénéficiaire.
CAA Bordeaux, 15 décembre 2021, n°19BX01678

● Dans le cadre d'une délégation du service public d'alimentation et de distribution en eau potable, un usager du service public se définit de fait au regard de l'offre de service public existant sur le territoire et non du point de vue purement géographique.
TA Montreuil, 18 novembre 2021, n°2105180

● Une législation peut imposer, au titre d'une obligation de service public, l'exigence que les entreprises assurant le service public de transport par route et chemin de fer, transportent gratuitement certaines catégories de voyageurs (notamment des enfants en âge préscolaire et des handicapés).
CJUE, 8 septembre 2022, C-614/20

● Le seul transfert au concessionnaire du risque lié à l'exploitation de services suffit pour caractériser une concession de services (en l'espèce, la perception de redevances auprès des usagers du service de création et de location de véhicules électriques), ce risque pouvant être caractérisé en présence d'un apport financier du pouvoir adjudicateur.
CJUE, 10 novembre 2022, aff. C-486/21

SECTION II : OBJET

ARTICLE L.1121-2
Un contrat de concession de travaux a pour objet :
1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au présent code ;
2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante.
Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

ARTICLE L.1121-3
Un contrat de concession de services a pour objet la gestion d'un service. Il peut consister à concéder la gestion d'un service public.
Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service.
La délégation de service public mentionnée à l'article L.1411-1 du Code général des collectivités territoriales est une concession de services ayant pour objet un service public et conclue par une collectivité territoriale, un établissement public local, un de leurs groupements, ou plusieurs de ces personnes morales.

ARTICLE L.1121-4
Un contrat de concession portant sur des travaux et des services est une concession de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.

Chapitre II : Contrat de concession de défense ou de sécurité

ARTICLE L.1122-1
Non reproduit.

LIVRE II : ACTEURS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

TITRE I : ACHETEURS ET AUTORITÉS CONCÉDANTES

ARTICLE L.1210-1
Les acheteurs et les autorités concédantes soumis au présent code sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.

COMMENTAIRE

La dualité « pouvoir adjudicateur » et « entité adjudicatrice », issue des directives européennes, renvoie à des considérations juridiques. Il ne s'agit pas d'un masculin / féminin, mais de la possibilité de bénéficier d'un régime plus souple en tant qu'opérateur de réseaux, si l'acheteur réalise un achat relevant de la définition d'une entité adjudicatrice. Il faut apprécier non pas l'activité de la structure acheteuse, mais l'objet précis du marché concerné. C'est du cas par cas.

Chapitre Ier : Pouvoirs adjudicateurs

ARTICLE L.1211-1
Les pouvoirs adjudicateurs sont :
1° Les personnes morales de droit public
2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :
a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;
b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;
c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée 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.

COMMENTAIRE

Des structures « privées » peuvent ainsi être soumises aux règles européennes et Françaises de la commande publique. Cela n'est pas nouveau, mais de nombreuses structures concernées font semblant de l'ignorer et prennent ainsi (consciemment ou non) un important risque pénal.

JURISPRUDENCES

● Les établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESSMS) de statut de droit privé, ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs : il n'y a pas de contrôle actif de leur gestion permettant aux autorités publiques contrôlantes d'influencer leurs décisions en matière d'attribution de marchés.
CE avis, 11 avril 2024, n°489440

● Le Parlement européen est soumis au droit de la commande publique national lorsque cela est prévu par le contrat.
TUE, 10 avril 2024, aff. T749/22

Chapitre II : Entités adjudicatrices

ARTICLE L.1212-1

Les entités adjudicatrices sont:
1° Les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies aux articles L.1212-3 et L.1212-4;
2° Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies aux articles L.1212-3 et L.1212-4;
3° Lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice de ces activités et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer celle-ci.
Ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs les droits d'exclusivité accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires.

ARTICLE L.1212-2

Sous réserve des dispositions de l'article L.2192-15, est une entreprise publique au sens du présent code tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété de l'entreprise, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence des pouvoirs adjudicateurs est réputée dominante lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance.

ARTICLE L.1212-3

Sont des activités d'opérateur de réseaux:
1° La mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution:
a) De gaz ou de chaleur;
b) D'électricité;
c) D'eau potable.
L'alimentation de réseaux comprend la production, la vente en gros et la vente de détail.
Sont également considérées comme des activités d'opérateurs de réseaux lorsqu'elles sont liées aux activités mentionnées au présent 1°, l'évacuation ou le traitement des eaux usées ainsi que les projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, pour autant que le volume d'eau utilisé pour l'alimentation en eau potable représente plus de 20% du volume total d'eau utilisé pour ces projets;
2° Les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique ayant pour objet:
a) D'extraire du pétrole ou du gaz;
b) De prospecter ou d'extraire du charbon ou d'autres combustibles solides;
3° Les achats ou les activités d'exploitation destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition des transporteurs des aéroports, des ports maritimes, des ports fluviaux ou d'autres terminaux;
4° Les activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramway, trolleybus, autobus, autocar, câble ou tout système automatique, ou les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux.
Le service de transport est regardé comme fourni par un réseau de transport lorsqu'une autorité nationale ou territoriale définit les conditions générales d'organisation du service, notamment en ce qui concerne les itinéraires à suivre, la capacité de transport disponible ou la fréquence du service;
5° Les activités visant à fournir des services postaux mentionnés à l'article L.1 du code des postes et des communications électroniques ou, lorsqu'ils sont fournis par une entité adjudicatrice exerçant par ailleurs de tels services postaux, les services suivants:
a) Les services de gestion de services courrier;
b) Les services d'envois non postaux tels que le publipostage sans adresse.

ARTICLE L.1212-4

Ne sont pas des activités d'opérateur de réseaux:
1° L'alimentation en gaz ou en chaleur des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes:
a) La production de gaz ou de chaleur par l'entité concernée est le résultat inévitable de l'exercice d'une activité autre que celles mentionnées à l'article L.1212-3;
b) L'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter à des fins commerciales cette production et ne dépasse pas 20% du chiffre d'affaires de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes;
2° L'alimentation en électricité des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes:
a) La production d'électricité par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées à l'article L.1212-3;
b) La quantité d'électricité utilisée pour l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 30% de la production totale d'énergie de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes;
3° L'alimentation en eau potable des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes:
a) La production d'eau potable par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées à l'article L.1212-3;
b) La quantité d'eau utilisée pour l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 30% de la production totale d'eau potable de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes.

COMMENTAIRE

Une même opération d'achat n'est pas nécessairement en totalité qualifiable d'activités de réseaux. Il faut identifier, au sein d'une même opération, ce qui pourrait relever du champ des « entités adjudicatrices », en se livrant à une

analyse restrictive. En cas de doute, l'acheteur peut continuer à appliquer les règles de droit commun d'un pouvoir adjudicateur.

TITRE II : OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES, CANDIDATS ET SOUMISSIONNAIRES

ARTICLE L.1220-1

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

COMMENTAIRE

L'expression « opérateur économique » est en effet plus exacte que celle d'entreprise, utilisée dans d'anciennes réglementations. Elle vise autant les entreprises, que les associations, les structures sociales diverses, ou même une administration qui soumissionnerait à un marché public.

ARTICLE L.1220-2

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

JURISPRUDENCES

● Une administration peut soumissionner à un marché public. Mais si son prix est inférieur à toutes les autres offres, l'acheteur doit vérifier que tous les coûts directs et indirects ont été pris en compte pour fixer ce prix. Si l'offre de l'administration est retenue et si le prix est contesté dans le cadre d'un recours formé par un tiers, le juge vérifie que l'acheteur ne s'est pas fondé sur un prix manifestement sous-estimé au regard de l'ensemble des coûts exposés et au vu des documents communiqués par l'administration candidate.
CE, 14 juin 2019, req. n°411444

● L'offre d'un SDIS, établissement public administratif, comportait des prix plus avantageux que les offres concurrentes, qui ont conduit l'acheteur à lui attribuer les marchés litigieux. Après examen des documents et justificatifs demandés, la Cour estime que le Tribunal ayant statué en première instance avait raison, en estimant que le principe de libre concurrence avait été méconnu lors de l'attribution des marchés litigieux au SDIS.
CAA Bordeaux, 25 juillet 2019, n°17BX03405

● Idem que la jurisprudence précédente, pour les contrats de concession.
CE, 18 septembre 2019, n°430368, 430074

ARTICLE L.1220-3

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

LIVRE III : CONTRATS MIXTES

ARTICLE L.1300-1

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

TITRE I : CONTRATS RÉPONDANT À DES BESOINS RELEVANT DE LA COMMANDE PUBLIQUE ET À D'AUTRES BESOINS

Chapitre Ier : Contrats comportant des prestations dissociables

ARTICLE L.1311-1

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

ARTICLE L.1311-2

Lorsqu'une autorité concédante décide de conclure un contrat unique destiné à satisfaire des besoins, objectivement dissociables, qui, d'une part, relèvent du droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la troisième partie et, d'autre part, ne relèvent pas du présent code, ce contrat est soumis à ce livre.
Lorsque ce contrat a pour objet plusieurs activités dont l'une seulement constitue une activité d'opérateur de réseau, il est soumis aux dispositions applicables à son objet principal. Lorsque l'objet principal du contrat ne peut être objectivement déterminé, le contrat est soumis aux dispositions du livre Ier de la troisième partie.

Chapitre II : Contrats comportant des prestations indissociables

ARTICLE L.1312-1

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

ARTICLE L.1312-2

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

TITRE II : CONTRATS RÉPONDANT À DES BESOINS D'ACHETEURS ET D'AUTORITÉS CONCÉDANTES

Chapitre Ier : Contrats comportant des prestations dissociables

ARTICLE L.1321-1

Lorsqu'un acheteur décide de conclure un contrat unique alors que ce contrat porte sur des prestations, objectivement disso-

ciables, qui relèvent, d'une part, du droit commun des marchés prévu au livre Ier de la deuxième partie ou de son livre II relatif aux marchés de partenariat et, d'autre part, du droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la troisième partie, ce contrat est soumis:
1° Au droit commun des marchés prévu au livre Ier de la deuxième partie ou de son livre II relatif aux marchés de partenariat si la valeur estimée hors taxe des prestations qui relèvent de ces livres est supérieure aux seuils européens applicables aux marchés publics mentionnés dans l'avis annexé au présent code;
2° Aux dispositions applicables à son objet principal dans le cas contraire.

ARTICLE L.1321-2

Lorsqu'une autorité concédante décide de conclure un contrat unique alors que ce contrat porte sur des prestations, objectivement dissociables, qui relèvent à la fois du droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la troisième partie et du droit commun des marchés prévu au livre Ier de la deuxième partie ou de son livre II relatif aux marchés de partenariat, ce contrat est soumis aux dispositions de l'article L.1321-1.
Lorsque ce contrat a pour objet plusieurs activités dont l'une seulement constitue une activité d'opérateur de réseau, il est soumis aux dispositions applicables à son objet principal. Lorsque l'objet principal du contrat ne peut être objectivement déterminé, le contrat est soumis aux dispositions des livres Ier ou II de la deuxième partie.

Chapitre II : Contrats comportant des prestations indissociables

ARTICLE L.1322-1

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

ARTICLE L.1322-2

Lorsqu'une autorité concédante conclut un contrat unique portant sur des prestations, objectivement indissociables, qui relèvent à la fois du droit commun des marchés prévu au livre Ier de la deuxième partie ou de son livre II relatif aux marchés de partenariat et du droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la troisième partie, ce contrat est soumis aux dispositions applicables à son objet principal.
Pour l'application du présent article, lorsque le contrat porte sur des prestations qui relèvent à la fois du contrat de concession de service et des marchés publics de fournitures, son objet principal est déterminé en fonction de la valeur estimée la plus élevée de ces services ou fournitures respectifs.

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

ARTICLE L.1323-1

Non reproduit.

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

ARTICLE L.1330-1

Non reproduit.

LIVRE IV : DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

ARTICLE L.1400-1 À ARTICLE L.1481-2 (...)

Non reproduits.

CARRIÈRES Mobilité

Mettez en avant vos agents.

Vous venez d'accueillir un nouveau collaborateur.

Envoyez-nous son parcours professionnel. Nous publierons sa mobilité en page Carrières.

Contactez-nous par mail à rubrique-rh@lagazettedescommunes.com



Deuxième partie : marchés publics

LIVRE PRÉLIMINAIRE : MARCHÉS PUBLICS MIXTES

ARTICLE L.2000-1

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

ARTICLE L.2000-2

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

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

ARTICLE L.2000-3

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

ARTICLE L.2000-4

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

ARTICLE L.2000-5

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

1° Les règles applicables aux entités adjudicatrices, lorsque le besoin à satisfaire est principalement lié à l'activité d'entité adjudicatrice;

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

LIVRE IER : DISPOSITIONS GÉNÉRALES

ARTICLE L.2100-1

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

ARTICLE R.2100-1

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

ARTICLE L.2100-2

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

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

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

a) Des activités de génie civil figurant sur la liste mentionnée au 1° de l'article L.1111-2;

b) Des travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires ainsi qu'aux bâtiments à usage administratif;

c) Des prestations de services liés aux travaux mentionnés au présent article.

Ces contrats peuvent toujours être conclus en lots séparés.

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

TITRE IER : PRÉPARATION DU MARCHÉ

Chapitre Ier : Définition du besoin

ARTICLE L.2111-1

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

COMMENTAIRE

La prise en compte obligatoire de considérations de développement durable est maintenue. Le CCP fait état d'une trilogie : économique, sociale et environnementale. Souvent traduit dans le secteur de la commande publique, par une seule approche « environnementale » ou « sociale », l'ajout du volet « économique » est salutaire (qu'il s'agisse d'une incidence directe ou indirecte sur le coût d'un acte d'achat, d'une augmentation ou d'une diminution immédiate ou à venir).

JURISPRUDENCE

● Un candidat peut proposer des bennes recyclées remises en état dès le début de sa prestation, et non pas neuves, puisque le CCTP exigeait des bennes « en parfait état de fonctionnement ». Son offre ne devait pas être rejetée.
TA Grenoble, 20 octobre 2022, n°2206309

ARTICLE R.2111-1

Afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences.
Les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes mentionnés à l'article L.3.

COMMENTAIRE

Souvent connues sous le terme anglo-saxon de « sourcing », les consultations préalables (expression européenne) ont été consacrées expressément par les directives de 2014. Elles n'en étaient pas moins légales antérieurement. L'enjeu réside simplement dans les modalités mises en œuvre pour les pratiquer.

ARTICLE R.2111-2

L'acheteur prend les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché d'un opérateur économique qui aurait eu accès à des informations ignorées par d'autres candidats ou soumissionnaires, en raison de sa participation préalable, directe ou indirecte, à la préparation de cette procédure.
Cet opérateur n'est exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens, conformément aux dispositions du 2° de l'article L.2141-8.

COMMENTAIRE

La jurisprudence du Conseil d'Etat a validé bien avant le CCP, la possibilité pour un opérateur économique d'aider un acheteur à rédiger un cahier des charges, à participer à la consultation en formulant une offre, dès lors qu'il ne bénéficie pas d'informations privilégiées rompant le principe d'égalité entre les candidats (cf. arrêt « Société Génicorp » du 29 juillet 1998, n° 177952).

SECTION I : FORMALISATION DU BESOIN PAR DES SPÉCIFICATIONS TECHNIQUES

ARTICLE L.2111-2

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

Sous-section 1 : Contenu des spécifications techniques

ARTICLE R.2111-4

Les spécifications techniques définissent les caractéristiques requises des travaux, des fournitures ou des services qui font l'objet du marché.
Ces caractéristiques peuvent se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture des travaux, des produits ou des services demandés ou à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel, à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs.

ARTICLE R.2111-5

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

ARTICLE R.2111-6

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

Sous-section 2 : Formulation des spécifications techniques

ARTICLE R.2111-7

Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type lorsqu'une telle mention ou référence est susceptible de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes « ou équivalent ».

COMMENTAIRE

Cet article, dont la philosophie est inchangée par l'adoption du nouveau CCP, signifie clairement que la mention d'une marque de produit dans une consultation relevant de la commande publique, est interdite, sauf s'il s'agit de décrire ce que l'acheteur a déjà, et qu'il souhaite quelque chose de compatible avec ce qu'il décrit ; ou encore, si c'est un produit particulièrement innovant, difficile à décrire de manière suffisamment précise.
Et dans l'hypothèse où une marque serait possible, même dans ce cas, l'acheteur doit mentionner « ou équivalent ».

JURISPRUDENCE

● La mention dans les pièces d'un marché, de la marque du parc de matériel existant, est

légale, même en l'absence de l'expression « ou équivalent », puisque l'objet du marché portait sur ce matériel existant.
TA Melun, 3 août 2022, n°2206783

ARTICLE R.2111-8
L'acheteur formule les spécifications techniques:
1° Soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats;
2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles;
3° Soit par une combinaison des deux.

ARTICLE R.2111-9
Les normes ou documents sont accompagnés de la mention « ou équivalent » et choisis dans l'ordre de préférence suivant:
1° Les normes nationales transposant des normes européennes;
2° Les évaluations techniques européennes;
3° Les spécifications techniques communes;
4° Les normes internationales;
5° Les autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation ou, en leur absence, les normes nationales, les agréments techniques nationaux ou les spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et d'utilisation des fournitures.
La définition des normes ou autres documents mentionnés au présent article figure dans un avis annexé au présent code.

ARTICLE R.2111-10
Les spécifications techniques formulées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et à l'acheteur d'attribuer le marché. Elles peuvent inclure des caractéristiques environnementales ou sociales.

ARTICLE R.2111-11
Lorsque l'acheteur formule une spécification technique par référence à une norme ou à un document équivalent, il ne peut pas rejeter une offre au motif que celle-ci n'est pas conforme à cette norme ou à ce document si le soumissionnaire prouve, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose satisfont de manière équivalente aux exigences définies par cette norme ou ce document.
Lorsque l'acheteur formule une spécification technique en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, il ne peut pas rejeter une offre si celle-ci est conforme à une norme ou à un document équivalent correspondant à ces performances ou exigences fonctionnelles. Le soumissionnaire prouve, par tout moyen approprié, que cette norme ou ce document équivalent correspond aux performances ou exigences fonctionnelles définies par l'acheteur.

ARTICLE R.2111-12
Un label est tout document, certificat ou attestation qui prouve que les ouvrages, les produits, les services, les procédés ou les procédures en rapport avec l'objet du marché remplissent certaines caractéristiques. Les exigences en matière de label sont celles que doivent remplir ces ouvrages, ces produits, ces services, ces procédés ou ces procédures pour obtenir ce label.

ARTICLE R.2111-13
Dans les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution d'un marché, l'acheteur peut imposer à l'opérateur économique qu'il détienne un label particulier si ce dernier remplit les conditions fixées aux articles R.2111-14 et R.2111-15.

ARTICLE R.2111-14
Le label utilisé doit présenter les caractéristiques suivantes:
1° Il est établi au terme d'une procédure ouverte et transparente;
2° Il repose sur des critères objectivement vérifiables et non discriminatoires;
3° Ses conditions d'obtention sont fixées par un tiers sur lequel l'opérateur économique qui demande son obtention ne peut exercer d'influence décisive et sont accessibles à toute personne intéressée.

ARTICLE R.2111-15
L'acheteur peut exiger un label particulier à condition que les caractéristiques prouvées par ce label:
1° Présentent un lien avec l'objet du marché au sens de l'article L.2112-3;
2° Permettent de définir les travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché.
L'acheteur peut exiger un label particulier y compris lorsque toutes les caractéristiques prouvées par ce label ne sont pas attendues, à condition d'identifier dans les documents de la consultation celles qu'il exige.
L'acheteur peut faire référence à un label qui répond partiellement aux conditions mentionnées au présent article sous réserve d'identifier dans les documents de la consultation les seules caractéristiques qu'il exige.

ARTICLE R.2111-16
L'acheteur qui exige un label particulier accepte tous les labels qui confirment que les caractéristiques exigées dans le cadre du marché sont remplies.

ARTICLE R.2111-17
Lorsque l'opérateur économique n'a pas la possibilité, pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, d'obtenir dans les délais le label exigé ou un label équivalent qui répond aux conditions de l'article R.2111-15, il peut prouver par tout moyen que les caractéristiques exigées par l'acheteur sont remplies.

COMMENTAIRE
Dans son arrêt du 10 mai 2012 (aff. C 368-10), la CJUE a considéré que la mention d'un label comme « Max Havelaar » dans un marché, pouvait être illégale, au motif que l'acheteur aurait pu parfaitement définir son besoin de manière précise, en termes de performances recherchées.
La prudence s'impose au regard de la réticence des magistrats européens à considérer que la détention d'un label puisse constituer une porte d'entrée dans la commande publique. A noter que Max Havelaar est un label privé géré par une fondation de droit civil néerlandaise ; ce qui a pu conforter les juges dans leur approche restrictive.

Section II : Schéma de promotion des achats responsables

ARTICLE L.2111-3
Les acheteurs qui sont soumis au présent code et dont le montant total annuel des achats est supérieur à un montant fixé par voie réglementaire adoptent un schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables.
Ce schéma détermine les objectifs de politique d'achat de biens et de services com-

portant des éléments à caractère social visant à concourir à l'intégration sociale et professionnelle de travailleurs handicapés ou défavorisés et des éléments à caractère écologique visant notamment à réduire les émissions de gaz à effet de serre et la consommation d'énergie, d'eau et de matériaux ainsi que les modalités de mise en œuvre et de suivi annuel de ces objectifs. Ce schéma contribue également à la promotion de la durabilité des produits, de la sobriété numérique et d'une économie circulaire. Il est rendu public notamment par une mise en ligne sur le site internet, lorsqu'il existe, des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices mentionnés au premier alinéa.
Ce schéma comporte des indicateurs précis, exprimés en nombre de contrats ou en valeur et publiés tous les deux ans, sur les taux réels d'achats publics relevant des catégories de l'achat socialement et écologiquement responsable parmi les achats publics réalisés par la collectivité ou l'acheteur concerné. Il précise les objectifs cibles à atteindre pour chacune de ces catégories, notamment ceux relatifs aux achats réalisés auprès des entreprises solidaires d'utilité sociale agréées au sens de l'article L.3332-17-1 du Code du travail, d'une part, ou auprès des entreprises employant des personnes défavorisées ou appartenant à des groupes vulnérables, d'autre part.
Les éléments mentionnés au deuxième alinéa du présent article peuvent être mis en commun par plusieurs acheteurs, y compris par des acheteurs dont le montant total annuel d'achats est inférieur au montant fixé par voie réglementaire en application du premier alinéa, dans un schéma élaboré conjointement. Dans ce cas, les indicateurs mentionnés au troisième alinéa sont établis pour chaque acheteur public.

ARTICLE D.2111-3

Le montant annuel des achats prévu à l'article L.2111-3 est fixé à cinquante millions d'euros hors taxes.
Afin de déterminer le montant total annuel de leurs achats, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices soumis à l'article L.2111-3 prennent en compte les dépenses effectuées au cours d'une année civile dans le cadre de leurs marchés à l'exception de ceux relevant du livre V de la présente partie.

COMMENTAIRE

Par décret n° 2022-767 du 2 mai 2022 (art.1), le seuil de 100 millions d'euros a été abaissé à 50 millions d'euros, s'agissant de la mise en place d'un Spaser. De plus, l'alinéa suivant a été clarifié, en indiquant qu'il s'agit bien de prendre, non pas les « marchés », mais les « dépenses » réellement effectuées durant « une année civile ». Concrètement, si une collectivité attribue un marché pour quatre ans, elle prend en compte uniquement les dépenses passées au titre de ce marché sur l'année en cours, et non pas les volumes globaux (voire maximaux) sur quatre ans.

Chapitre II : Contenu du marché

SECTION I : RÈGLES GÉNÉRALES

ARTICLE L.2112-1

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

ARTICLE R.2112-1

Le seuil à compter duquel les marchés sont conclus par écrit est fixé à 25000 euros hors taxes.

ARTICLE L.2112-2

Les clauses du marché précisent les conditions d'exécution des prestations, qui doivent être liées à son objet.
Les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations.

ARTICLE R.2112-2

Les clauses du marché peuvent être déterminées par référence à des documents généraux tels que:
1° Les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés;
2° Les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les stipulations de nature technique applicables à toutes les prestations d'une même nature.
Les cahiers des clauses administratives générales et les cahiers des clauses techniques générales sont approuvés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés.

ARTICLE R.2112-3

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

JURISPRUDENCE

● **Un règlement de consultation prévoyait que « la langue de travail pour les opérations préalables à l'attribution du marché et pour son exécution est le français exclusivement » : la contradiction entre ce document et les libertés fondamentales garanties par les Traités de l'Union européenne n'est pas de nature à constituer un doute sérieux sur la validité d'un contrat.**
CE, 8 févr. 2019, req. n° 420296B, 420603

ARTICLE L.2112-3

Les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services objet du marché, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie sont réputées liées à l'objet du marché. Elles peuvent notamment se rapporter à un processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation ou à un processus spécifique lié à un autre stade du cycle de vie, même lorsque ces éléments ne ressortent pas des qualités intrinsèques des travaux, fournitures ou services.
Le cycle de vie est l'ensemble des étapes successives ou interdépendantes, y compris la recherche et le développement à réaliser, la production, la commercialisation et ses conditions, le transport, l'utilisation et la maintenance, tout au long de la vie du produit, de l'ouvrage ou du service, depuis l'acquisition des matières premières ou la production des ressources jusqu'à l'élimination, la remise en état et la fin de l'utilisation du produit, de l'ouvrage ou la fin du service.

COMMENTAIRE

La prise en compte du coût du cycle de vie d'un produit ou d'un ouvrage est plus exacte que celle couramment pratiquée, de la seule prise en compte du « prix » d'acquisition, qui débouche inévitablement sur une notation arithmétique.

ARTICLE L.2112-4

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

SECTION 2 : DURÉE

ARTICLE L.2112-5

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

ARTICLE R.2112-4

Un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte sa durée totale.
Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer.

COMMENTAIRE

Aucun contrat de la commande publique, quel que soit son montant, ne peut être éternellement renouvelable. Il faut distinguer la « durée » d'un contrat du « délai » d'exécution accordé au prestataire pour réaliser sa mission.

JURISPRUDENCES

● En cas de retard d'exécution les pénalités s'appliquent d'office. Le juge peut exceptionnellement, modérer ou augmenter les pénalités de retard, si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire, eu égard au montant du marché ou à l'ampleur dudit retard. Pour cela, le requérant doit apporter la preuve que l'acheteur a subi un préjudice inférieur au montant des pénalités mises à sa charge.
CAA Nancy, 27 décembre 2019, n°18NC01947

● Une commune conclut un marché de travaux pour la création d'un lotissement à usage d'habitations. Des retards sont constatés. Le titulaire argue d'intempéries et conteste les pénalités lui ayant été appliquées. La Cour constate que le fait que le maître d'œuvre refuse de donner son visa au programme d'exécution des travaux est sans incidence : en effet, le CCAP ne déroge pas à l'article 28.2 du CCAG Travaux (en vigueur à l'époque) qui prévoit que dans un tel cas, le titulaire doit démarrer l'exécution des prestations sous un mois à compter de la notification. De plus, les pénalités sont justifiées, étant donné que les intempéries invoquées ne sont pas suffisamment caractérisées.
CAA Bordeaux, 15 décembre 2021, n°19BX03671

● En cas de litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics, le titulaire peut engager la responsabilité quasi délictuelle des autres participants à la même opération de construction, même s'il n'est pas lié par un contrat avec eux, notamment s'ils ont commis des fautes qui ont contribué à l'inexécution de ses obligations contractuelles à l'égard du maître d'ouvrage, sans devoir se limiter à la violation des règles de l'art ou à la méconnaissance de dispositions législatives et réglementaires. En l'espèce, le titulaire du lot « gros œuvre » considérait que le retard de livraison était imputable au titulaire du lot « charpente ».
CE, 11 octobre 2021, n° 438872

● Si les pénalités de retard sont applicables dès qu'un retard est constaté dans l'exécution du marché, il appartient toutefois au maître d'ouvrage de justifier des bases de calcul de telles pénalités. En l'espèce, l'économiste de la construction, indique que « les pénalités de retard nous ont été communiquées par l'OPC, qui nous a transmis le nombre de jours à appliquer sur le planning et ce en accord avec le maître d'œuvre et le maître d'ouvrage ». La Cour constate cependant, que ni en appel, ni en première instance, un quelconque document ne vient préciser ce nombre de jours et le quantum du retard, ou encore, les modalités de calcul des pénalités, alors qu'elles sont contestées.
CAA Douai, 25 novembre 2021, n°20DA01532

● Suite aux retards de livraison (2,5 ans) de travaux de reconstruction d'un lycée, l'acheteur a appliqué des pénalités, que le titulaire conteste en arguant qu'il ne pouvait pas faire les travaux durant les heures de cours des élèves. La Cour ne retient pas cette justification, mais entreprend une modulation des pénalités, afin qu'elles n'aient pas un caractère manifestement excessif. Pour cela, elle examine la pratique généralement développée pour ce type de contrat.
CAA Marseille, 29 novembre 2021, n°19MA00424

● Dans un marché forfaitaire, les difficultés rencontrées par le titulaire peuvent donner lieu à une indemnisation si elles découlent de sujétions imprévues ou de fautes commises par le maître de l'ouvrage. La Cour estime qu'en l'espèce, la société requérante n'a pas démontré avoir informé le maître d'ouvrage des dérives et de leur impact sur la tenue des délais. Concrètement, le titulaire ne peut pas invoquer d'éventuelles fautes du maître d'ouvrage ou maître d'œuvre, s'il n'a pas lui-même signalé, en cours d'exécution, que ces fautes pourraient entraîner des dérives et retards d'exécution.
CAA Nancy, 28 décembre 2021, n°19NC03717

● Les nouvelles règles de prescription des actions en responsabilité quasi délictuelle à raison de pratiques anticoncurrentielles commises à l'occasion d'un marché public (cf. ordonnance du 9 mars 2017 transposant la directive du 26 novembre 2014), s'appliquent aux actions introduites après la date de leur entrée en vigueur, même si ces pratiques ont pris fin avant cette date et sous réserve que l'action n'était pas prescrite à cette même date en vertu des règles antérieures.
CE, 1er juin 2023, n°468098

SECTION 3 : PRIX

ARTICLE L.2112-6

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

ARTICLE R.2112-5

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

Sous-section 1 : Forme des prix

ARTICLE R.2112-6

Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont:
1° Soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées;
2° Soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées.

JURISPRUDENCES

● **Des difficultés d'exécution d'un marché à forfait ouvre droit à indemnité au profit du titulaire que s'il justifie, soit que des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat sont apparues, soit que l'acheteur a commis une faute notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou sa mise en œuvre, en particulier si plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux.**
CAA Douai, 4 juin 2020, n°19DA00296

● **La Cour rappelle ainsi que le prix est un élément substantiel du contrat, nécessaire à son existence. En l'absence de prix écrit au contrat, le titulaire n'est pas contractuellement engagé. En l'espèce, un DPGF comportait une option portant sur la couverture d'un auvent, mais aucun chiffrage ne figurait au regard de cette option. Donc, le titulaire ne pouvait être considéré comme étant tenu contractuellement d'exécuter cette option.**
CAA Nantes, 17 décembre 2021, n°20NT02671

Sous-section 2 : Prix définitifs

ARTICLE R.2112-7

Lorsque les acheteurs concluent des marchés à prix définitifs, ils sont soumis aux dispositions de la présente sous-section.

ARTICLE R.2112-8

Un prix définitif peut être ferme ou révisable.

Paragraphe 1 : Prix fermes

ARTICLE R.2112-9

Un prix ferme est un prix invariable pendant la durée du marché.
Un marché est conclu à prix ferme, lorsque cette forme de prix n'est pas de nature à exposer les parties à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations.
Le prix ferme est actualisable dans les conditions définies au présent paragraphe. Le prix ainsi actualisé reste ferme pendant toute la période d'exécution des prestations et constitue le prix de règlement.

JURISPRUDENCE

● **Lorsqu'un contrat est conclu à prix ferme à la suite d'une négociation, la date de fixation du prix correspond à la date de remise de l'offre finale comportant un engagement ferme sur le prix.**
CE, 31 octobre 2024, n°491280

ARTICLE R.2112-10

Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services autres que courants ou pour des travaux, ses clauses doivent prévoir les modalités d'actualisation de son prix.
Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services courants, ses clauses peuvent prévoir que son prix pourra être actualisé.
Sont réputés être des fournitures ou services courants ceux pour lesquels l'acheteur n'impose pas des spécifications techniques propres au marché.

ARTICLE R.2112-11

Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme en application de l'article R.2112-10, ses clauses précisent:
1° Que ce prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le soumissionnaire a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations;
2° Que l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution des prestations.

ARTICLE R.2112-12

Dans les marchés à tranches, le prix de chaque tranche est actualisable dans les conditions déterminées aux articles R.2112-10 et R.2112-11. Cette actualisation est opérée aux conditions économiques observées à une date antérieure de trois mois au début d'exécution des prestations de la tranche.

Paragraphe 2 : Prix révisables

ARTICLE R.2112-13

Un prix révisable est un prix qui peut être modifié, dans des conditions fixées au présent article, pour tenir compte des variations économiques.
Un marché est conclu à prix révisable dans le cas où les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations. Tel est notamment le cas des marchés ayant pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires.
Lorsque le prix est révisable, les clauses du marché fixent la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre. Les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées:
1° Soit en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation;
2° Soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation. Dans ce cas, la formule de révision ne prend en compte que les différents éléments du coût de la prestation et peut inclure un terme fixe;
3° Soit en combinant les modalités mentionnées aux 1° et 2°.

COMMENTAIRE

Modifié postérieurement à la publication du nouveau CCP, cet article précise que tous les marchés (et pas seulement ceux alimentaires) où des aléas importants peuvent influer sur l'évolution prévisible des prix, doivent comporter une clause de révision.

JURISPRUDENCES

● **Les marchés de fournitures de produits alimentaires doivent comporter une clause de révision des prix. La hausse particulièrement élevée du prix d'une denrée, ne justifie pas la décision du titulaire de ne plus livrer ces denrées. Le titulaire aurait dû activer la «théorie de l'imprévision» et réclamer de l'acheteur une réévaluation des prix au regard de la situation du secteur économique concerné, et ce, pour une durée limitée, liée à une situation exceptionnelle. L'absence de clause de révision de prix ne l'empêchait pas d'invoquer la théorie**

de l'imprévision. Il ne pouvait pas invoquer un cas de «force majeure» et arrêter ainsi de livrer les prestations.
TA Montreuil, 28 octobre 2021, n° 1900292

● La Cour rejette une demande d'indemnisation au titre d'une sujétion imprévue, au motif que le titulaire ne peut le faire que s'il subit un surcoût imprévu. Or la société titulaire du marché n'a pas subi de surcoûts imprévus pendant l'exécution des marchés en cause. L'économie du contrat a été modifiée, mais les surcoûts supportés n'ont pas de caractère imprévu. Il convient d'appliquer la clause de variation des prix, prévue dans le contrat, et renvoyant à l'indice TP 09 étant prévue au contrat.
CAA Lyon, 9 décembre 2021, n°20LY00555

● Le titulaire s'estimait avoir été lésé par la modification intervenue en cours d'exécution du contrat, de la formule de calcul de l'indice TP 09. Il y aurait une grande différente, entre le prix révisé sur la base de l'indice TP 09 dans sa structuration antérieure, et le prix révisé sur la base de la nouvelle formule de calcul de l'indice lui-même. Les magistrats estiment cependant que la société ne démontre pas que cela aurait entraîné un bouleversement de l'économie du marché, d'autant plus, que le prix du pétrole est régulièrement soumis à de fortes variations se répercutant sur le coût de produits dérivés à forte teneur en bitume tels que ceux utilisés dans le marché.
CAA Marseille, 25 octobre 2021, n°20MA00348

Paragraphe 3 : Prix affecté par les fluctuations des cours mondiaux

ARTICLE R.2112-14
Les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent pour leur réalisation le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, conformément aux dispositions de l'article R.2112-13.Toutefois, les marchés de fourniture de gaz ou d'électricité peuvent être conclus à prix ferme conformément aux usages de la profession.

Sous-section 3 : Prix provisoires

ARTICLE R.2112-15
Sous réserve des dispositions de l'article R.2112-17, les acheteurs peuvent conclure des marchés à prix provisoires.

ARTICLE R.2112-16
Les clauses des marchés conclus à prix provisoires précisent:
1° Les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif, dans la limite d'un plafond éventuellement révisé;
2° L'échéance à laquelle le prix définitif devra être fixé;
3° Les règles comptables auxquelles le titulaire devra se conformer;
4° Les vérifications sur pièces et sur place que l'acheteur se réserve d'effectuer sur les éléments techniques et comptables du coût de revient.

ARTICLE R.2112-17
L'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, ne peuvent conclure un marché à prix provisoires que dans les cas suivants:
1° Lorsque, pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse, soit des aléas techniques importants, l'exécution du marché doit commencer alors que la détermination d'un prix initial définitif n'est pas encore possible;
2° Lorsque les résultats d'une enquête de coût de revient portant sur des prestations comparables commandées au titulaire d'un marché antérieur ne sont pas encore connus;
3° Lorsque les prix des dernières tranches d'un marché à tranches sont fixés au vu des résultats, non encore connus, d'une enquête de coût de revient portant sur les premières tranches, conclues à prix définitifs;
4° Lorsque les prix définitifs de prestations comparables ayant fait l'objet de marchés antérieurs sont remis en cause par le candidat pressenti ou par l'acheteur, sous réserve que ce dernier ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs;
5° Lorsque les prestations font l'objet d'un partenariat d'innovation ou font appel principalement à des technologies innovantes ou évolutives ne permettant pas de conclure le marché à prix définitif.

ARTICLE R.2112-18
Pour la réalisation des ouvrages mentionnés à l'article L.2412-1, les marchés de maîtrise d'œuvre sont passés à prix provisoires conformément aux dispositions du titre III du livre IV.

Chapitre III : Organisation de l'achat

ARTICLE L.2113-1
Pour organiser son achat, l'acheteur:
1° Peut procéder à une mutualisation de ses besoins avec d'autres acheteurs dans les conditions prévues à la section 1;
2° Procède à l'allotissement des prestations objet du marché dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues à la section 2;
3° Peut réserver des marchés à certains opérateurs économiques dans les conditions prévues à la section 3.

COMMENTAIRE
Cela peut également se traduire par une externalisation de l'acte d'achat, le recours à une AMO, le besoin de faire réaliser en premier lieu une étude de faisabilité, un diagnostic de l'existant, etc. ou encore, de rechercher dès à présent un financement, ou établir du moins un montage financier réaliste.

SECTION I : MUTUALISATION DE L'ACHAT

Sous-section 1 : Centrales d'achat

ARTICLE L.2113-2
Une centrale d'achat est un acheteur qui a pour objet d'exercer de façon permanente, au bénéfice des acheteurs, l'une au moins des activités d'achat centralisées suivantes:
1° L'acquisition de fournitures ou de services;
2° La passation des marchés de travaux, de fournitures ou de services.

JURISPRUDENCE
● Une centrale d'achats doit être regardée comme située dans un autre Etat membre lorsque le siège de l'acheteur qui y recourt est situé dans un Etat membre autre que celui dans lequel le siège de la centrale d'achats est

situé. Les règles contentieuses applicables aux activités d'achat centralisées fournies par la centrale d'achats sont celles de l'Etat membre dans lequel cette dernière se situe.
CJUE, 23 novembre 2023, aff. C-480/22

ARTICLE L.2113-3

L'acheteur qui recourt à une centrale d'achat pour une activité d'achat centralisée peut également lui confier, sans appliquer les procédures de passation prévues par le présent livre, des activités d'achat auxiliaires.
Les activités d'achat auxiliaires consistent à fournir une assistance à la passation des marchés, notamment sous les formes suivantes:
1° Mise à disposition d'infrastructures techniques pour la conclusion des marchés de travaux, de fournitures ou de services;
2° Conseil sur le choix, l'organisation et le déroulement des procédures de passation de marchés;
3° Préparation et gestion des procédures de passation de marchés au nom de l'acheteur concerné et pour son compte.

ARTICLE L.2113-4

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

ARTICLE L.2113-5

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

Sous-section 2: Groupement de commandes

ARTICLE L.2113-6

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

JURISPRUDENCE

● **Un litige portant sur un accord-cadre lancé par un groupement composé d'acheteurs publics et privés relève de la compétence du juge administratif. La présence d'une seule personne publique à un groupement soumet les contrats dudit groupement à la compétence du juge administratif.**
Tribunal des Conflits, 10 janvier 2022, TC 4230

ARTICLE L.2113-7

La convention constitutive du groupement, signée par ses membres, définit les règles de fonctionnement du groupement. Elle peut confier à l'un ou plusieurs de ses membres la charge de mener tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du marché au nom et pour le compte des autres membres. Les acheteurs membres du groupement de commandes sont solidairement responsables des seules opérations de passation ou d'exécution du marché qui sont menées conjointement en leur nom et pour leur compte selon les stipulations de la convention constitutive.

ARTICLE L.2113-8

Un groupement de commandes peut être constitué avec des acheteurs d'autres Etats membres de l'Union européenne, à condition que ce choix n'ait pas été fait dans le but de se soustraire à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public.
Nonobstant les dispositions du second alinéa de l'article L.2113-7, et sous réserve des stipulations d'accords internationaux et d'arrangements administratifs, entre les Etats membres dont ils relèvent, les membres du groupement s'accordent sur la répartition des responsabilités ainsi que sur le droit applicable au marché, choisi parmi les droits de ces Etats.

Sous-section 3: Entités communes transnationales

ARTICLE L.2113-9

Lorsque des acheteurs ont adhéré à une entité commune transnationale, constituée notamment sous la forme d'un groupement européen de coopération territoriale, les statuts ou une décision de l'organe compétent de cette entité déterminent les règles applicables aux marchés de cette entité, lesquelles sont:
1° Soit la loi de l'Etat dans lequel se trouve son siège;
2° Soit la loi de l'Etat dans lequel elle exerce ses activités.
Le choix de la loi applicable ne peut avoir pour but de se soustraire à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public.

SECTION 2: ALLOTISSEMENT

ARTICLE L.2113-10

Les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes.
L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots.
Il peut limiter le nombre de lots pour lesquels un même opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique.

COMMENTAIRE

Si tel est le cas, il sera indispensable de prévoir les modalités d'attribution de ces lots dans le règlement de consultation.

ARTICLE L.2113-11

L'acheteur peut décider de ne pas allotir un marché dans l'un des cas suivants:
1° Il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination;
2° La dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations;
3° Pour les entités adjudicatrices, lorsque la dévolution en lots séparés risque de conduire à une procédure infructueuse.
Lorsqu'un acheteur décide de ne pas allotir le marché, il motive son choix en énonçant les

considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision.

Sous-section 1 : Allotissement

ARTICLE R.2113-1

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

JURISPRUDENCE

● **Un marché de gardiennage ne suppose pas nécessairement un allotissement géographique, concernant un chantier divisé en quatre zones mais dont l'emprise foncière était unique.**
TA Nantes, 21 mars 2022, n°2202194

ARTICLE R.2113-2

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

ARTICLE R.2113-3

L'acheteur qui décide de ne pas allotir un marché répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée motive ce choix:
1° Dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation mentionné à l'article R.2184-1, lorsqu'il agit en tant que pouvoir adjudicateur;
2° Parmi les informations qu'il conserve en application des articles R.2184-7 et R.2184-8, lorsqu'il agit en tant qu'entité adjudicatrice.

Sous-section 2 : Marchés à tranches

ARTICLE R.2113-4

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

ARTICLE R.2113-5

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

ARTICLE R.2113-6

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

COMMENTAIRE

Le CCP consacre l'expression « tranche optionnelle » et non plus celle d'une tranche « conditionnelle ». Les tranches optionnelles doivent donc figurer parmi les options visées dans l'une des rubriques de l'avis d'appel public à la concurrence.

JURISPRUDENCE

● **Un marché public global de performance n'est pas soumis à l'obligation d'allotissement.**
CE, 8 avril 2019, req. n°426096, 426914

SECTION 3 : RÉSERVATION

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

ARTICLE L.2113-12

Des marchés ou des lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées mentionnées à l'article L.5213-13 du Code du travail, à des établissements et services d'accompagnement 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.

JURISPRUDENCE

● **Les organismes qui reposent sur l'actionnariat des travailleurs ou sur leur participation active à la gouvernance de celles-ci, et qui fondent leurs distributions ou redistributions des bénéfices sur des principes participatifs, ne relèvent pas de l'article 10 de la directive 2°24-UE-24, qui les exclut des marchés publics. Ils peuvent toutefois soumissionner à des marchés publics réservés portant sur des services de santé, sociaux ou culturels (article 77 de la directive précitée).**
CJUE, 7 juillet 2022, C-213/21 et C-214/21

ARTICLE L.2113-13

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

ARTICLE L.2113-13-1

Des marchés ou des lots d'un marché peuvent être réservés à des opérateurs économiques qui les exécutent dans le cadre des activités de production de biens et de services qu'ils réalisent en établissement pénitentiaire et qui font travailler à ce titre, dans les conditions prévues aux articles L.412-10 à L.412-18 du code pénitentiaire, des personnes détenues dans une proportion minimale fixée par voie réglementaire.

ARTICLE L.2113-14

Un acheteur peut réserver un même marché ou un même lot d'un marché à la fois aux opérateurs économiques qui répondent aux conditions de l'article L.2113-12 et à ceux qui répondent aux conditions de l'article L.2113-13.
Un acheteur ne peut réserver un même marché ou un même lot d'un marché à la fois aux opérateurs économiques qui répondent aux conditions de l'article L.2113-13-1 et aux opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa du présent article et qui ne satisfont pas à ces mêmes conditions.

COMMENTAIRE

La loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020, dite loi « Asap », a modifié cet article, afin de rendre possible le cumule des deux préoccu-

pations d'ordre sociale. Avant décembre 2020, il fallait choisir entre une clause portant sur les handicapés et une autre portant sur les structures d'insertion. Désormais, un même marché peut viser ces deux catégories. De plus, par ordonnance n° 2022-1336 du 19 octobre 2022 (art.19), l'article L.2113-13-1 a été créé et l'article L.2113-14 modifié. Le système des marchés réservés est ainsi étendu aux activités de production réalisées dans les établissements pénitentiaires.

ARTICLE R.2113-7

L'acheteur peut mettre en œuvre la réservation prévue aux articles L.2113-12, L.2113-13 ou L.2113-13-1 lorsque la proportion minimale mentionnée à ces articles est d'au moins 50%.
La décision de réserver est mentionnée dans l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation.

COMMENTAIRE

Par décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022, cet article a été réécrit, afin de viser le nouvel article L.2113-13-1, qui a étendu les marchés réservés aux productions réalisées dans les établissements pénitentiaires. Sur le fond, il n'y a pas de changement : le taux demeure de 50% et la mention est supposée être insérée dans la publicité ou à défaut d'avis, dans les pièces du dossier de consultation (à savoir, tout particulièrement, le règlement de consultation).

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

ARTICLE L.2113-15

Des marchés ou des lots d'un marché, qui portent exclusivement sur des services sociaux et autres services spécifiques dont la liste figure dans un avis annexé au présent code, peuvent être réservés par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en tant qu'entité adjudicatrice, aux entreprises de l'économie sociale et solidaire définies à l'article 1er de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire ou à des structures équivalentes, lorsqu'elles ont pour objectif d'assumer une mission de service public liée à la prestation de services mentionnés sur cette liste.

ARTICLE L.2113-16

Une entreprise ainsi attributaire d'un marché ne peut bénéficier d'une attribution au même titre au cours des trois années suivantes. La durée d'un marché réservé aux entreprises de l'économie sociale et solidaire ne peut être supérieure à trois ans.

ARTICLE R.2113-8

Lorsque l'acheteur décide de réserver son marché à une ou des entreprises de l'économie sociale et solidaire, l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, les documents de la consultation renvoient aux articles L.2113-15 et L.2113-16.

TITRE II : CHOIX DE LA PROCÉDURE DE PASSATION

ARTICLE L.2120-1

Les marchés sont passés, selon leur montant, leur objet ou les circonstances de leur conclusion :
1° Soit sans publicité ni mise en concurrence préalables, dans les conditions prévues au chapitre II ;
2° Soit selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues au chapitre III ;
3° Soit selon une procédure formalisée, dans les conditions prévues au chapitre IV.

Chapitre Ier : Calcul de la valeur estimée du besoin

Le présent chapitre ne comprend pas de dispositions législatives.

SECTION I : DISPOSITIONS GÉNÉRALES

ARTICLE R.2121-1

L'acheteur procède au calcul de la valeur estimée du besoin sur la base du montant total hors taxes du ou des marchés envisagés. Il tient compte des options, des reconductions ainsi que de l'ensemble des lots et, le cas échéant, des primes prévues au profit des candidats ou soumissionnaires.

COMMENTAIRE

Très peu utilisée, la possibilité de prévoir une « prime » est envisagée dans les CCAG. Il s'agit par exemple, d'inciter les titulaires de contrats à être plus rapides ou plus performants, grâce à l'attrait de percevoir le montant d'une prime préalablement mentionné dans le cahier des charges.

ARTICLE R.2121-2

Lorsqu'un acheteur est composé d'unités opérationnelles distinctes, la valeur totale estimée des marchés passés pour les besoins des différentes unités opérationnelles est prise en compte.
Toutefois, lorsqu'une unité opérationnelle est responsable de manière autonome de ses marchés ou de certaines catégories d'entre eux, la valeur du besoin peut être estimée au niveau de l'unité en question.

ARTICLE R.2121-3

La valeur du besoin à prendre en compte est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, au moment où l'acheteur lance la consultation.

ARTICLE R.2121-4

L'acheteur ne peut se soustraire à l'application du présent livre en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée du besoin autres que celles qui y sont prévues.

Section 2 : Prise en compte de la nature des prestations

ARTICLE R.2121-5

Pour les marchés de travaux, la valeur estimée du besoin est déterminée, quels que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte la valeur totale des travaux se rapportant à une opération ainsi que la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition du titulaire par l'acheteur lorsqu'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux.
Il y a opération de travaux lorsque l'acheteur prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limité, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique.

ARTICLE R.2121-6

Pour les marchés de fourniture ou de services, la valeur estimée du besoin est déterminée, quels que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent

être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle.

ARTICLE R.2121-7

Pour les marchés de fournitures ou de services qui répondent à un besoin régulier, la valeur estimée du besoin est déterminée sur la base:
1° Soit du montant hors taxes des prestations exécutées au cours des douze mois précédents ou de l'exercice budgétaire précédent, en tenant compte des évolutions du besoin susceptibles d'intervenir au cours des douze mois qui suivent la conclusion du marché;
2° Soit de la valeur estimée des prestations qui seront exécutées au cours des douze mois ou de l'exercice budgétaire qui suit la conclusion du marché.

SECTION 3 : DISPOSITIONS PROPRES AUX ACCORDS-CADRES, SYSTÈMES D'ACQUISITION DYNAMIQUE ET PARTENARIATS D'INNOVATION

ARTICLE R.2121-8

Pour les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamiques définis à l'article L.2125-1, la valeur estimée du besoin est déterminée en prenant en compte la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés à passer ou des bons de commande à émettre pendant la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique. Lorsque l'accord-cadre ne fixe pas de maximum, sa valeur estimée est réputée excéder les seuils de procédure formalisée.

ARTICLE R.2121-9

Pour les partenariats d'innovation mentionnés à l'article L.2172-3, la valeur estimée du besoin est déterminée en prenant en compte la valeur totale estimée des activités de recherche et de développement qui doivent être menées au cours des différentes phases du partenariat ainsi que la valeur totale estimée des travaux, fournitures ou services innovants qui en sont le résultat et dont l'acquisition est envisagée.

Chapitre II : Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables

ARTICLE L.2122-1

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat lorsqu'en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée, le respect d'une telle procédure est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur ou à un motif d'intérêt général.

COMMENTAIRE

Les achats de moins de 40 000 euros HT sont visés à l'article R.2122-8 du CCP. Il s'agit, ni d'une procédure adaptée, ni d'une procédure formalisée, mais d'un marché « passé sans publicité ni mise en concurrence préalable ». La loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 (art. 131), dite loi « Asap », a rajouté dans l'article ci-dessus, le cas du « motif d'intérêt général ». Les pouvoirs publics ont estimé que dans le cas de la crise sanitaire, il était regrettable qu'au nom de l'intérêt général, un acheteur ne puisse pas s'exonérer du formalisme concurrentiel. Il convient de manier cette notion d'intérêt général avec prudence, surtout que son origine est liée à des circonstances tout à fait exceptionnelles.
Le Conseil constitutionnel a été saisi (notamment) sur ce point, et a déclaré dans sa décision du 3 décembre 2020, n° 2020-807, (points 43 à 45), que « le législateur a renvoyé au pouvoir réglementaire la détermination des motifs d'intérêt général susceptibles de justifier, compte tenu des circonstances de l'espèce, de déroger aux règles de publicité et de mise en concurrence préalables. Il a précisé que ces dérogations ne sauraient s'appliquer que dans le cas où, en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée, le recours à ces règles serait manifestement contraire à de tels motifs. (…) Par ailleurs, ces dispositions n'exonèrent pas les acheteurs publics du respect des exigences constitutionnelles d'égalité devant la commande publique et de bon usage des deniers publics rappelées à l'article L.3 du Code ».

SECTION 1 : MARCHÉS PASSÉS SANS PUBLICITÉ NI MISE EN CONCURRENCE EN RAISON DE LEUR MONTANT OU DE LEUR OBJET

ARTICLE R.2122-1

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures et qu'il ne pouvait pas prévoir ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées.
Tel est notamment le cas des marchés rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux mentionnés à l'article L.1311-4 du Code de la santé publique et aux articles L.184-1, L.511-11, L.511-15, L.511-16 et L.511-19 à L.511-21 du Code de la construction et de l'habitation ainsi que des marchés passés pour faire face à des dangers sanitaires définis aux 1° et 2° de l'article L.201-1 du Code rural et de la pêche maritime.

ARTICLE R.2122-2

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque, dans les cas définis ci-après, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables définies à l'article R.2144-7 ou des offres inappropriées définies à l'article L.2152-4 ont été présentées, et pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées:
1° Appel d'offres lancé par un pouvoir adjudicateur;
2° Procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice;
3° Marché répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée;
4° Marché relevant du 3° de l'article R.2123-1.
Dans les cas mentionnés aux 1° et 2° du présent article et au 3° de l'article R.2123-1 répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen applicable à ces marchés figurant dans un avis annexé au présent code, un rapport est communiqué à la Commission européenne si elle le demande.

ARTICLE R.2122-3

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables

lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes:
1° Le marché a pour objet la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique;
2° Des raisons techniques. Tel est notamment le cas lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire;
3° L'existence de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle.
Le recours à un opérateur déterminé dans les cas mentionnés aux 2° et 3° n'est justifié que lorsqu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché.

ARTICLE R.2122-4

L'acheteur peut passer un marché de fournitures sans publicité ni mise en concurrence préalables ayant pour objet:
1° Des livraisons complémentaires exécutées par le fournisseur initial et qui sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'acheteur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. Lorsqu'un tel marché est passé par un pouvoir adjudicateur, sa durée ne peut dépasser, sauf cas dûment justifié, trois ans, périodes de reconduction comprises;
2° L'achat de matières premières cotées et achetées en Bourse.

ARTICLE R.2122-5

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour l'achat de fournitures ou de services dans des conditions particulièrement avantageuses soit auprès d'un opérateur économique en cessation définitive d'activité soit, sous réserve de l'article L.2141-3, auprès d'un opérateur économique soumis à l'une des procédures prévues par le livre VI du Code de commerce, à l'exception de celles mentionnées au titre Ier du livre VI de ce même code, ou une procédure de même nature prévue par une législation d'un autre Etat.

ARTICLE R.2122-6

L'acheteur peut passer un marché de services sans publicité ni mise en concurrence préalables avec le lauréat ou l'un des lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à participer aux négociations.

ARTICLE R.2122-7

L'acheteur peut passer un marché de travaux ou de services sans publicité ni mise en concurrence préalables ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence. Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux travaux ou services.
Lorsqu'un tel marché est passé par un pouvoir adjudicateur, la durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial.

ARTICLE R.2122-8

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40000 euros hors taxes ou pour les lots dont le montant est inférieur à 40000 euros hors taxes et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R.2123-1.
L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin.

ARTICLE R.2122-9

Les acheteurs mentionnés aux 1° et 2° de l'article 3 de la loi n° 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre peuvent passer sans publicité ni mise en concurrence préalables un marché de fournitures de livres non scolaires pour leurs besoins propres ou pour l'enrichissement des collections des bibliothèques accueillant du public et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 90000 euros hors taxes. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, l'acheteur se conforme aux obligations mentionnées à l'article R.2122-8 et tient compte de l'impératif de maintien sur le territoire d'un réseau dense de détaillants qui garantit la diversité de la création éditoriale et l'accès du plus grand nombre à cette création.

ARTICLE R.2122-9-1

L'acheteur peut passer un marché public sans publicité ni mise en concurrence préalables portant sur des travaux, fournitures ou services innovants au sens du second alinéa de l'article L.2172-3 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100000 euros hors taxes. Ces dispositions sont également applicables aux lots dont le montant est inférieur à 80000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services innovants ou à 100000 euros hors taxes pour des travaux innovants et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R.2123-1. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, 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.

COMMENTAIRE

Le décret n° 2021-1634 du 13 décembre 2021 a intégré dans le Code de la commande publique, le régime dérogatoire qui avait été adopté initialement pour une période provisoire qui arrivait à échéance le 26 décembre 2021, concernant les achats « innovants ». Désormais, cette dispense de toute mise en concurrence s'applique sans limitation dans le temps. Le seuil de 100 000 euros hors taxes remplace, pour cette catégorie d'achats, le seuil de 40 000 euros hors taxes. La notion d'achats « innovants » est d'interprétation souple. Elle ne suppose pas nécessairement l'existence d'un brevet ou équivalent, mais simplement d'un minimum d'originalité. Le « guide pratique de l'achat public innovant » publié par le Ministère de l'économie (DAJ) confirme même que cette

souplesse concurrentielle peut s'appliquer à la remise à la mode d'un process inventé il y a de nombreuses années, mais qui serait à nouveau utilisé de nos jours.

SECTION 2 : MARCHÉS PASSÉS SANS PUBLICITÉ NI MISE EN CONCURRENCE EN RAISON DE LA QUALITÉ DE L'ACHETEUR

ARTICLE R.2122-10

Un pouvoir adjudicateur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables ayant pour objet l'achat de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement.

ARTICLE R.2122-11

Une entité adjudicatrice peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables:
1° A des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement. La passation d'un tel marché ne doit pas porter préjudice à la mise en concurrence des marchés ultérieurs qui poursuivent ces mêmes objectifs;
2° Ayant pour objet l'achat de fournitures qu'il est possible d'acquérir en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui se présente dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché.

JURISPRUDENCE

● Le deuxième paragraphe ci-dessus vise les offres promotionnelles. Un Tribunal a ainsi jugé que la commande directe de bouteilles d'eau à un prix unitaire, 14 % moins cher, que le prix moyen affiché dans la grande distribution, afin de parer aux coupures d'eau sur le réseau de distribution d'eau, est parfaitement légal.
TA Martinique, 25 mars 2022, n°2200147

Chapitre III : Marchés passés selon une procédure adaptée

ARTICLE L.2123-1

Une procédure adaptée est une procédure par laquelle l'acheteur définit librement les modalités de passation du marché, dans le respect des principes de la commande publique et des dispositions du présent livre, à l'exception de celles relatives à des obligations inhérentes à un achat selon une procédure formalisée.
L'acheteur peut passer un marché selon une procédure adaptée:
1° Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code;
2° En raison de l'objet de ce marché, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat;
3° Lorsque, alors même que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, la valeur de certains lots est inférieure à un seuil fixé par voie réglementaire.

SECTION 1 : CONDITIONS DE RECOURS À UNE PROCÉDURE ADAPTÉE

ARTICLE R.2123-1

L'acheteur peut recourir à une procédure adaptée pour passer:
1° Un marché dont la valeur estimée hors taxes du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code;
2° Un lot d'un marché alloti dont le montant total est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée et qui remplit les deux conditions suivantes:
a) La valeur estimée de chaque lot concerné est inférieure à 80000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services ou à 1 million d'euros hors taxes pour des travaux;
b) Le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots;
3° Un marché ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, dont la liste figure dans un avis annexé au présent code, quelle que soit la valeur estimée du besoin.

COMMENTAIRE

Le décret n° 2021-357 du 30 mars 2021 a supprimé le quatrième paragraphe qui visait l'hypothèse des achats de services juridiques, actant désormais, leur absence de mise en concurrence et publicité, quel que soit leur montant. Jusqu'à cette réforme, ils pouvaient bénéficier d'une souplesse procédurale, qui se traduisait par une procédure adaptée, même au-delà des seuils européens. L'absence de publicité et mise en concurrence vise notamment 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. A noter que l'article R.2123-8 précisait la souplesse dont pouvaient bénéficier ces prestations, mais a été également abrogée, étant donné l'exonération de toute publicité et mise en concurrence.

ARTICLE R.2123-2

Lorsqu'un marché a pour objet à la fois des services sociaux mentionnés au 3° de l'article R.2123-1 et d'autres services, il est passé conformément aux règles applicables à celles de ces deux catégories de services dont la valeur estimée est la plus élevée.
Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer la catégorie de services dont la valeur estimée est la plus élevée, le marché est passé conformément aux règles applicables aux autres services.

ARTICLE R.2123-3 (ABROGÉ PAR LE DÉCRET N° 2021-357 DU 30 MARS 2021)

SECTION 2 : RÈGLES APPLICABLES

ARTICLE R.2123-4

Lorsqu'il recourt à une procédure adaptée, l'acheteur en détermine les modalités en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

COMMENTAIRE

Avec cette formulation, le CCP offre la possibilité pour des magistrats de se livrer à une appréciation cas par cas, de l'adéquation des modalités concurrentielles mises en œuvre, avec les circonstances locales.

ARTICLE R.2123-5

Lorsque l'acheteur prévoit une négociation, il peut attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition

d'avoir indiqué qu'il se réserve cette possibilité dans les documents de la consultation.

COMMENTAIRE

Le CCP intègre ici les enseignements de la jurisprudence.

ARTICLE R.2123-6

Lorsque la procédure se réfère expressément à l'une des procédures formalisées, l'acheteur est tenu d'appliquer celle-ci dans son intégralité.

COMMENTAIRE

Cela implique que les acheteurs fassent preuve d'une rigueur rédactionnelle et n'utilisent pas les termes « appel d'offres » pour parler d'une simple « consultation », car cela renvoie à une procédure formalisée précise.

JURISPRUDENCE

● Un acheteur est libre en procédure adaptée, de déterminer les modalités de mise en concurrence appropriées aux caractéristiques de l'objet de son marché, notamment en ce qui concerne le délai laissé aux opérateurs économiques pour lui remettre une offre.
Mais ce délai doit être suffisant, au regard de l'objet du contrat, de son montant, de l'urgence à le conclure, de la nature des prestations, de la facilité d'accès aux documents de la consultation, de la nécessité éventuelle d'une visite des lieux et de l'importance des pièces exigées des candidats. En l'espèce, le délai effectif était de l'ordre de 11 ou 13 jours (en fonction des dates de publication des avis), avec une visite obligatoire prévue moins d'une semaine après la parution des avis, et tout cela, en plein mois d'août (avec le 15 août au milieu du délai).
CAA Nancy, 26 févr. 2019, req.n°18NC00051

ARTICLE R.2123-7

Pour l'attribution d'un marché mentionné au 3° de l'article R.2123-1, l'acheteur tient compte des spécificités des services en question. Il veille notamment à la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et l'exhaustivité des services, aux besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris des catégories défavorisées et vulnérables, à la participation et l'implication des utilisateurs, ainsi qu'à l'innovation.

SECTION 3 : RÈGLES PARTICULIÈRES AUX SERVICES JURIDIQUES

ARTICLE R.2123-8 (ABROGÉ PAR LE DÉCRET N° 2021-357 DU 30 MARS 2021)

Chapitre IV : Marchés passés selon une procédure formalisée

ARTICLE L.2124-1

Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe au présent code, l'acheteur passe son marché selon l'une des procédures formalisées définies par le présent chapitre, dans les conditions et selon les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

ARTICLE R.2124-1

L'acheteur passe son marché selon l'une des procédures formalisées prévues au présent chapitre lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code, sous réserve des dispositions du chapitre II et de la section 1 du chapitre III du présent titre.

SECTION 1 : APPEL D'OFFRES

ARTICLE L.2124-2

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

ARTICLE R.2124-2

L'acheteur choisit librement entre les formes d'appel d'offres suivantes:
1° L'appel d'offres ouvert lorsque tout opérateur économique intéressé peut soumissionner;
2° L'appel d'offres restreint lorsque seuls les candidats sélectionnés par l'acheteur sont autorisés à soumissionner.

SECTION 2 : PROCÉDURE AVEC NÉGOCIATION

ARTICLE L.2124-3

La procédure avec négociation est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

JURISPRUDENCES

● La procédure avec négociation est réservée uniquement à certains cas limitativement énumérés par le Code (argument irrecevable en l'espèce concernant des travaux simples, qui ne seraient pas uniformisés, qui porteraient sur plusieurs biens immobiliers situés dans différentes communes).
CE, 7 octobre 2020, n°440575

● La phase de négociation suppose un principe de confidentialité des offres mais également d'égalité de traitement des candidats. L'audition d'un candidat pendant 55 minutes et d'un autre pendant 1h10 ne remet pas en cause le principe d'égalité de traitement, d'autant plus qu'il n'a pas été demandé aux candidats d'abréger leurs présentations.
TA Lyon, 25 juillet 2022, n°2205000

● Une négociation peut consister à interroger le candidat sur les caractéristiques de son offre et ce dernier peut finalement déposer une nouvelle offre plus coûteuse, sachant que les autres candidats avaient également été invités à déposer une nouvelle offre négociée. La moins bonne note de la nouvelle offre plus coûteuse est justifiée et aucune irrégularité n'est constatée.
TA Rennes, 7 juillet 2022, n°2203165

ARTICLE R.2124-3

Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure avec négociation dans les cas suivants:
1° Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles;
2° Lorsque le besoin consiste en une solution innovante. Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise;
3° Lorsque le marché comporte des prestations de conception;

4° Lorsque le marché ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent;
5° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique, définis à la section 2 du chapitre Ier du titre Ier du présent livre;
6° Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens des articles L.2152-2 et L.2152-3, ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres.
Toutefois, par dérogation aux dispositions de l'article R.2144-4, ne peuvent participer à la procédure que le ou les soumissionnaires ayant justifié au préalable ne pas être dans un cas d'exclusion et satisfaisant aux conditions de participation fixées par l'acheteur.

ARTICLE R.2124-4
L'entité adjudicatrice peut passer librement ses marchés selon la procédure avec négociation.

JURISPRUDENCE

● Pour recourir à la procédure avec négociation, le pouvoir adjudicateur doit démontrer l'existence de circonstances particulières liées à la nature du marché, à sa complexité, ou au montage juridique et financier. Ces circonstances doivent s'apprécier au regard des capacités du pouvoir adjudicateur à passer son marché selon la procédure normale d'appel d'offres.
CE, 21 décembre 2022, n°464685

SECTION 3 : DIALOGUE COMPÉTITIF

ARTICLE L.2124-4
Le dialogue compétitif est la procédure par laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre.

ARTICLE R.2124-5
Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure du dialogue compétitif dans les cas mentionnés à l'article R.2124-3.

ARTICLE R.2124-6
L'entité adjudicatrice peut passer librement ses marchés selon la procédure du dialogue compétitif.

Chapitre V : Techniques d'achat

COMMENTAIRE

Le CCP innove en utilisant cette expression de « techniques d'achat », plutôt que celle de procédure de passation. Les « accords-cadres », « concours », « systèmes de qualification dynamique », « catalogue électronique » ou « enchères électroniques », ne sont pas des « procédures de passation », mais des techniques d'achat. Un accord-cadre peut relever d'une procédure adaptée ou d'une procédure formalisée.

ARTICLE L.2125-1
L'acheteur peut, dans le respect des règles applicables aux procédures définies au présent titre, recourir à des techniques d'achat pour procéder à la présélection d'opérateurs économiques susceptibles de répondre à son besoin ou permettre la présentation des offres ou leur sélection, selon des modalités particulières.
Les techniques d'achat sont les suivantes:
1° L'accord-cadre, qui permet de présélectionner un ou plusieurs opérateurs économiques en vue de conclure un contrat établissant tout ou partie des règles relatives aux commandes à passer au cours d'une période donnée. La durée des accords-cadres ne peut dépasser quatre ans pour les pouvoirs adjudicateurs et huit ans pour les entités adjudicatrices, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure ou par un risque important de restriction de concurrence ou de procédure infructueuse dans le cadre de la procédure de passation d'un accord-cadre engagée par une entité adjudicatrice;
2° Le concours, grâce auquel l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet;
3° Le système de qualification, réservé aux entités adjudicatrices, destiné à présélectionner tout au long de sa durée de validité des candidats aptes à réaliser des prestations déterminées;
4° Le système d'acquisition dynamique, qui permet de présélectionner un ou plusieurs opérateurs économiques, pour des achats d'usage courant, selon un processus ouvert et entièrement électronique;
5° Le catalogue électronique, qui permet la présentation d'offres ou d'un de leurs éléments de manière électronique et sous forme structurée;
6° Les enchères électroniques, qui ont pour but de sélectionner par voie électronique, pour un marché de fournitures d'un montant égal ou supérieur aux seuils de la procédure formalisée, des offres en permettant aux candidats de réviser leurs prix à la baisse ou de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leurs offres.

TITRE III : ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE DE PASSATION

Chapitre Ier : Publicité préalable

ARTICLE L.2131-1
Afin de susciter la plus large concurrence, les acheteurs procèdent à une publicité préalable à l'attribution du marché dans les conditions et sous réserve d'exceptions définies par décret en Conseil d'Etat, en fonction de l'objet du marché, de la valeur estimée hors taxe du besoin ou de l'acheteur concerné.

SECTION 1 : SUPPORTS DE PUBLICATION

Sous-section 1 : Avis de pré-information et avis périodique indicatif manifestant l'intention des acheteurs de passer un marché

ARTICLE R.2131-1
L'acheteur peut faire connaître son intention de passer un marché par la publication, pour le pouvoir adjudicateur, d'un avis de pré-information, ou, pour l'entité adjudicatrice, d'un avis périodique indicatif.
Ces avis sont établis conformément aux modèles fixés par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.

ARTICLE R.2131-2
Les avis mentionnés à l'article R.2131-1 peuvent être:
1° Soit adressés pour publication à l'Office des publications de l'Union européenne;
2° Soit publiés par l'acheteur sur son profil d'acheteur mentionné à l'article R.2132-3. Dans ce cas, l'acheteur envoie à l'Office des publications de l'Union européenne un avis annonçant cette publication. L'avis n'est pas publié sur le profil d'acheteur avant l'envoi à l'Office des publications de l'Union européenne. La date de cet envoi est mentionnée dans l'avis publié sur le profil d'acheteur.

ARTICLE R.2131-3
Lorsqu'une entité adjudicatrice publie un avis périodique indicatif, elle communique aux candidats qui le demandent les spécifications techniques qu'elle fait habituellement figurer ou qu'elle entend faire figurer dans les marchés ayant le même objet que celui mentionné dans l'avis.
Ces spécifications techniques sont mises à disposition sur un profil d'acheteur dans les conditions fixées aux articles R.2131-2, R.2131-4, R.2131-5 et R.2131-6. Toutefois, elles sont transmises par d'autres moyens dans les cas suivants:
1° Lorsqu'il n'est pas possible d'offrir un accès gratuit, sans restriction, complet et direct par voie électronique à certains documents de la consultation pour une des raisons mentionnées aux R.2132-12 et R.2131-14;
2° Lorsque l'entité adjudicatrice entend imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'elle met à disposition tout au long de la procédure de passation.

Sous-section 2 : Avis de pré-information et avis périodique indicatif constituant un appel à la concurrence

Paragraphe 1 : Dispositions applicables aux marchés autres que ceux relatifs aux services sociaux et autres services spécifiques

ARTICLE R.2131-4
Les acheteurs, à l'exception des autorités publiques centrales dont la liste figure dans un avis annexé au présent code, peuvent utiliser un avis mentionné à l'article R.2131-1 pour lancer un appel à la concurrence dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres restreint ou d'une procédure avec négociation. Dans ce cas, cet avis doit remplir les conditions suivantes:
1° Faire référence spécifiquement aux travaux, aux fournitures ou aux services qui feront l'objet du marché à passer;
2° Mentionner que ce marché sera passé selon une procédure d'appel d'offres restreint ou une procédure avec négociation sans publication ultérieure d'un avis d'appel à la concurrence et inviter les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt;
3° Avoir été envoyé pour publication entre trente-cinq jours et douze mois avant la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

ARTICLE R.2131-5
Les avis mentionnés à l'article R.2131-4 ne sont pas publiés sur le profil d'acheteur. Toutefois, une publication supplémentaire peut être réalisée sur le profil d'acheteur, dans les conditions prévues aux articles R.2131-19 et R.2131-20.

ARTICLE R.2131-6
La durée maximale de validité des avis mentionnés à l'article R.2131-4 qui constituent un appel à la concurrence est de douze mois à compter de la date de transmission de l'avis pour publication.

Paragraphe 2 : Dispositions applicables aux marchés de services sociaux et autres services spécifiques

ARTICLE R.2131-7
L'acheteur peut utiliser, pour lancer un appel à la concurrence, un avis mentionné à l'article R.2131-1 pour les marchés de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au 3° de l'article R.2123-1 lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure au seuil européen applicable à ces marchés qui figure dans un avis annexé au présent code.
Dans ce cas, l'avis mentionné à l'article R.2131-1 doit remplir les conditions suivantes:
1° Faire référence spécifiquement aux types de services qui feront l'objet des marchés à passer;
2° Indiquer que les marchés seront passés sans publication ultérieure et inviter les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt par écrit.

ARTICLE R.2131-8
L'avis mentionné à l'article R.2131-7 est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions prévues aux articles R.2131-19 et R.2131-20.
L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis publié à titre principal sur le support de son choix à condition qu'elle en indique les références.

ARTICLE R.2131-9
L'avis mentionné à l'article R.2131-7 peut avoir une durée de validité supérieure à douze mois.

Paragraphe 3 : Dispositions communes relatives à l'invitation à confirmer l'intérêt

ARTICLE R.2131-10
Lorsqu'un appel à la concurrence a été lancé sous la forme d'un avis de pré-information ou d'un avis périodique indicatif, l'acheteur adresse une invitation simultanément et par écrit à tous les opérateurs économiques qui ont manifesté leur intérêt, en leur demandant de confirmer leur intérêt à participer à la procédure de passation.

ARTICLE R.2131-11
L'invitation mentionnée à l'article R.2131-10 comprend au minimum les renseignements suivants:
1° La nature et la quantité des prestations demandées. Dans le cas de marchés renouvelables, elle indique la nature, la quantité

et, si possible, une estimation du délai dans lequel l'acheteur procédera à la publication des avis d'appel à la concurrence ultérieurs pour le renouvellement des marchés;
2° La procédure utilisée;
3° Le cas échéant, la date de commencement ou d'achèvement de l'exécution du marché;
4° L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont mis à disposition des candidats. Lorsque les documents de la consultation ne sont pas mis à disposition sur un profil d'acheteur, pour l'un des motifs énoncés aux articles R.2132-12 et R.2132-13, ni par d'autres moyens, ils sont joints à l'invitation.
Dans les cas où l'accès électronique ne peut être proposé, l'invitation indique l'adresse et la date limite pour le dépôt des demandes visant à obtenir les documents de la consultation ainsi que la ou les langues autorisées pour leur présentation;
5° L'identification et l'adresse du service qui passe le marché;
6° Les informations relatives aux capacités professionnelles, techniques, économiques et financières;
7° La forme du marché;
8° Les critères d'attribution ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis.

Sous-section 3 : Avis de marché

Paragraphe 1 : Avis de marché pour certains marchés passés selon une procédure adaptée

ARTICLE R.2131-12
Les marchés passés selon une procédure adaptée par l'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, font l'objet d'une publicité dans les conditions suivantes:
1° Lorsque la valeur estimée du besoin est inférieure à 90000 euros hors taxes, les modalités de publicité sont librement adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment de son montant et de la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause;
2° Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure à 90000 euros hors taxes et inférieure aux seuils de procédure formalisée, un avis de marché est publié soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.
L'acheteur apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant des travaux, des fournitures ou des services en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné ou au Journal officiel de l'Union européenne est en outre nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché.

ARTICLE R.2131-13
Pour leurs marchés passés selon une procédure adaptée, les acheteurs autres que ceux mentionnés à l'article R.2131-12 choisissent librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.

Paragraphe 2 : Modalités de publicité pour les marchés de services sociaux et autres services spécifiques

ARTICLE R.2131-14
Les marchés de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au 3° de l'article R.2123-1, dont la valeur estimée du besoin est inférieure au seuil européen applicable à ces marchés qui figure dans un avis annexé au présent code, font l'objet d'une publicité adaptée en fonction des caractéristiques du marché, notamment de son montant et de la nature des services en cause.

ARTICLE R.2131-15
Lorsque l'acheteur n'a pas publié un avis mentionné à l'article R.2131-7, les marchés de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au 3° de l'article R.2123-1, dont la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure au seuil européen applicable à ces marchés qui figure dans un avis annexé au présent code, font l'objet d'un avis de marché, ou le cas échéant d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.
Cet avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions prévues aux articles R.2131-19 et R.2131-20.

Paragraphe 3 : Avis de marché pour les marchés passés selon une procédure formalisée

ARTICLE R.2131-16
Pour les marchés passés selon une des procédures formalisées énumérées aux articles R.2124-2 à R.2124-6:
1° L'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements publient un avis de marché dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne;
2° Les autres acheteurs publient un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne.

ARTICLE R.2131-17
L'avis de marché 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.

Paragraphe 4 : Publicité supplémentaire

ARTICLE R.2131-18
L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal. La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal sur le support de son choix à condition qu'elle en indique les références.

SECTION 2 : PUBLICATION

ARTICLE R.2131-19
Les avis destinés à être publiés au Journal officiel de l'Union européenne sont transmis par voie électronique à l'Office des publications de l'Union européenne. L'acheteur conserve la preuve de la date d'envoi de ces avis.

ARTICLE R.2131-20
Les publications au niveau national ne peuvent être effectuées avant la publication

au Journal officiel de l'Union européenne. Elles peuvent néanmoins avoir lieu, en tout état de cause, lorsque l'acheteur n'a pas été avisé de la publication au Journal officiel de l'Union européenne dans les quarante-huit heures suivant la confirmation de la réception de l'avis par l'Office des publications de l'Union européenne.
Ces publications ne peuvent fournir plus de renseignements que ceux envoyés à l'Office des publications de l'Union européenne. Elles mentionnent la date de cet envoi.

Chapitre II : Communication et échanges d'informations

SECTION I : CONFIDENTIALITÉ

ARTICLE L.2132-1

L'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation du montant total ou du prix détaillé des offres.
Toutefois, l'acheteur peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées.
L'acheteur peut imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'il communique dans le cadre de la procédure de passation d'un marché.

JURISPRUDENCES

● La Cour d'appel de Paris avait mis en ligne sur son site internet, des informations nécessaires aux entreprises pour soumissionner à un marché portant sur « la gestion, l'exploitation et la maintenance des installations de télécommunication du Conseil des prud'hommes de Paris ». Dans ce dossier de consultation, se trouvaient un devis établi par une entreprise dans le cadre d'un autre marché en cours d'exécution avec l'UGAP, un mémoire technique où figuraient des informations relatives à la stratégie commerciale, aux procédés internes, délais d'exécution, et descriptifs de matériels et logiciels utilisés par l'entreprise et susceptibles d'être utilisés dans le cadre de la consultation. Certains de ces éléments étaient couverts par le secret industriel et commercial. L'administration a commis une faute susceptible d'engager sa responsabilité. Mais la Cour estime que la société n'a pas droit à indemnisation des préjudices patrimoniaux ou extrapatrimoniaux, car elle ne démontre pas qu'il existe un lien de causalité direct et certain entre la faute commise et les préjudices allégués, et d'autre part, que ces préjudices soient justifiés.
CAA Paris, 5 févr. 2019, req. n°17PA03752

● Un pouvoir adjudicateur, saisi par un opérateur économique d'une demande de communication d'informations réputées confidentielles contenues dans l'offre d'un concurrent auquel le marché a été attribué, n'est pas tenu de le faire. Et l'obligation, pour les opérateurs économiques, de démontrer qu'ils réalisent un certain chiffre d'affaires annuel moyen dans le domaine d'activités concerné par le marché public, constitue un critère de sélection relatif à la capacité économique et financière de ces opérateurs.
CJUE, 7 septembre 2021, C-927/19

● Ne sont pas communicables les éléments échangés en phase de négociation entre le pouvoir adjudicateur et la société attributaire dès lors qu'ils sont par nature couverts par le secret des affaires. En revanche, les éléments relatifs aux engagements de la société attributaire sur les quantités et la qualité des prestations sont communicables dès lors qu'ils ne mentionnent ni les prix unitaires, ni les caractéristiques précises de ces prestations.
CE, 15 mars 2023, n°465171

SECTION 2 : DÉMATÉRIALISATION DES COMMUNICATIONS ET ÉCHANGES D'INFORMATIONS

ARTICLE L.2132-2

Les communications et les échanges d'informations effectués dans le cadre de la procédure de passation d'un marché sont réalisés par voie électronique, selon des modalités et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

COMMENTAIRE

La dématérialisation étant pleinement entrée en vigueur depuis le 1er octobre 2018, dernière date ultime du basculement de certaines catégories d'acheteurs, il convient de l'appliquer du début (phase de mise en ligne du dossier de consultation) jusqu'à l'attribution du marché (via la plateforme dite « profil d'acheteur » retenue par l'acheteur), en ayant réglé la question délicate de la signature électronique.

JURISPRUDENCES

● L'impossibilité pour une société de transmettre son offre dématérialisée dans le délai imparti découlait d'un dysfonctionnement de la plateforme de dématérialisation, car le pouvoir adjudicateur n'apporte pas la preuve du bon fonctionnement de celle-ci. Le candidat n'a pas commis une éventuelle négligence, en ne déposant pas une copie de sauvegarde.
CE, 23 septembre 2021, n°449250

● Une société qui dépose en ligne seulement sept minutes avant l'heure limite de réception des plis, ne peut invoquer le caractère anormalement long du téléchargement de son offre, si la collectivité acheteuse démontre le bon fonctionnement de la plateforme de dématérialisation.
TA Caen, 8 novembre 2022, n°2202338

● La transmission de fichiers ZIP, non ouvrables, et donc probablement corrompus, attestée par la plateforme de dématérialisation, justifie le rejet de l'offre comme étant irrégulière.
TA Montpellier, 23 novembre 2022, n°2205737

● Le dépôt d'une offre par erreur un tiroir numérique d'un autre lot que celui auquel la société voulait soumissionner, justifie l'absence d'analyse de cette offre par la collectivité, au motif que la société n'était pas effectivement candidate au bon marché.
TA Amiens, 8 novembre 2022, n°2203116

● Le dépôt sur la plateforme d'une offre sous une mauvaise référence, impliquant une erreur de destination entre deux ministères acheteurs, justifie une absence d'analyse de l'offre.
TA Toulouse, 12 septembre 2022, n°2205139

● En débutant le dépôt électronique de son offre, seulement 2h30 avant l'expiration de l'heure limite, le candidat ne peut être regardé comme ayant accompli en temps utile les diligences normales attendues.
TA Clermont-Ferrand, 24 mars 2022, n°2200606

● **La transmission d'offres via WeTransfer ne garantit pas la confidentialité des offres, mais en l'espèce, les candidats n'ont pas été en mesure d'en tirer avantage, donc cette pratique est tolérée. A noter que dans ce litige, tous les candidats avaient déposé leur offre dans un délai très proche.**
CAA Lyon, 24 novembre 2022, n°20LY01552

● **L'ouverture des plis d'une procédure de passation peut être réalisée en visioconférence.**
TA Nantes, 19 août 2022, n°2209590

Sous-section 1 : Mise à disposition des documents de la consultation

ARTICLE R.2132-1
Les documents de la consultation sont l'ensemble des documents fournis par l'acheteur ou auxquels il se réfère afin de définir son besoin et de décrire les modalités de la procédure de passation, y compris l'avis d'appel à la concurrence. Les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et l'étendue du besoin et de décider de demander ou non à participer à la procédure.

ARTICLE R.2132-2
Les documents de la consultation sont gratuitement mis à disposition des opérateurs économiques. Pour les marchés qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 40000 euros hors taxes et dont la procédure donne lieu à la publication d'un avis d'appel à la concurrence, cette mise à disposition s'effectue sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.
Lorsque les spécifications techniques sont fondées sur des documents gratuitement disponibles par des moyens électroniques, l'indication de la référence de ces documents est considérée comme suffisante.
L'avis d'appel à la concurrence, ou le cas échéant l'invitation à confirmer l'intérêt, mentionne l'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont accessibles.

COMMENTAIRE

Modifié postérieurement à la publication du CCP au Journal Officiel, cet article ouvre la possibilité pour un acheteur de renvoyer dans les termes de sa consultation, à des spécifications déjà disponibles gratuitement sur internet. Il n'est pas obligé de les reprendre mot pour mot dans le corps même de son dossier de consultation.

ARTICLE R.2132-3
Le profil d'acheteur est la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires. Un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code détermine les fonctionnalités et les exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur.

ARTICLE R.2132-4
Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de pré-information ou d'un avis périodique indicatif, l'accès aux documents de la consultation sur le profil d'acheteur est offert à compter de l'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.
Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, l'accès aux documents de la consultation sur le profil d'acheteur est offert dès que possible et au plus tard à la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

ARTICLE R.2132-5
Lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur le profil d'acheteur pour une des raisons mentionnées aux articles R.2132-12 et R.2132-13, l'acheteur indique, dans l'avis d'appel à la concurrence ou l'invitation à confirmer l'intérêt, les moyens par lesquels ces documents peuvent être obtenus.
Lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur le profil d'acheteur parce que l'acheteur impose aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité de certaines informations, celui-ci indique, dans l'avis d'appel à la concurrence, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, dans les documents de la consultation, les mesures qu'il impose en vue de protéger la confidentialité des informations ainsi que les modalités d'accès aux documents concernés.
Lorsque certains documents de la consultation sont trop volumineux pour être téléchargés depuis le profil d'acheteur, l'acheteur indique dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt les moyens électroniques par lesquels ces documents peuvent être obtenus gratuitement.

COMMENTAIRE

On retrouve ici la même logique que celle de l'article R.2132-2.

ARTICLE R.2132-6
En cas de procédure formalisée, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sont envoyés aux opérateurs économiques six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour autant qu'ils en aient fait la demande en temps utile.
Lorsque le délai de réception des offres est réduit pour cause d'urgence en application des dispositions du titre VI, ce délai est de quatre jours.

Sous-section 2 : Support des communications et échanges d'informations

ARTICLE R.2132-7
Sous réserve des dispositions des articles R.2132-11 à R.2132-13, les communications et les échanges d'informations lors de la passation d'un marché en application du présent livre ont lieu par voie électronique.
Un moyen de communication électronique est un équipement électronique de traitement, y compris la compression numérique, et de stockage de données diffusées, acheminées et reçues par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.

ARTICLE R.2132-8
Les moyens de communication électronique ainsi que leurs caractéristiques techniques ne sont pas discriminatoires et ne res-

treignent pas l'accès des opérateurs économiques à la procédure de passation. Ils sont communément disponibles et compatibles avec les technologies de l'information et de la communication généralement utilisées. Ils répondent à des exigences minimales figurant dans un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe au présent code.

ARTICLE R.2132-9

L'acheteur assure la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible selon des modalités figurant dans un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe au présent code. Les frais d'accès au réseau restent à la charge de l'opérateur économique.
Les communications, les échanges et le stockage d'informations sont effectués de manière à assurer l'intégrité des données et la confidentialité des candidatures, des offres et des demandes de participation et à garantir que l'acheteur ne prend connaissance de leur contenu qu'à l'expiration du délai prévu pour leur présentation.

JURISPRUDENCE

● **Quand un acheteur est informé de l'existence d'une irrégularité procédurale affectant le choix d'un concessionnaire, il doit s'abstenir de signer le contrat litigieux. Et ce, d'autant plus en cas de violation de la confidentialité d'une offre, même si l'acheteur n'est pas à l'origine de l'irrégularité (aucune responsabilité démontrée de la collectivité). Certains éléments de l'offre d'un candidat avaient été publiés dans la presse.**
CE, 24 juin 2019, n°429407

ARTICLE R.2132-10

L'acheteur peut, si nécessaire, exiger l'utilisation d'outils et de dispositifs qui ne sont pas communément disponibles, tels que des outils de modélisation électronique des données du bâtiment ou des outils similaires.
Dans ce cas, il offre un ou plusieurs des moyens d'accès mentionnés à l'article R.2132-14, jusqu'à ce que ces outils et dispositifs soient devenus communément disponibles aux opérateurs économiques.

ARTICLE R.2132-11

Les candidats ou soumissionnaires peuvent adresser à l'acheteur une copie de sauvegarde des documents transmis par voie électronique dans des conditions fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code. Cette copie ne peut être prise en considération que si elle est parvenue à l'acheteur dans le délai prescrit pour le dépôt, selon le cas, des candidatures ou des offres.

COMMENTAIRE

Par décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022 (art.1), le dispositif ci-dessus est modifié, afin d'écarter désormais la transmission d'une copie de sauvegarde « en support papier » (ce n'est plus possible), et afin de préciser que cette copie électronique doit être réceptionnée par l'acheteur dans l'expiration de la date et heure limites de réception des plis établie par l'acheteur pour n'importe quelle candidature ou offre (qu'il s'agisse d'une copie de sauvegarde ou non). Cette nouvelle règle ne concerne que les marchés et concessions dont l'avis d'appel public à la concurrence a été envoyé pour publication à compter du 1er janvier 2023.

ARTICLE R.2132-12

L'acheteur n'est pas tenu d'utiliser des moyens de communication électronique dans les cas suivants:
1° Pour les marchés mentionnés aux articles R.2122-1 à R.2122-11 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée;
2° Pour les marchés de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au 3° de l'article R.2123-1 et à l'article R.2123-2;
3° Lorsque, en raison de la nature particulière du marché, l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait des outils, des dispositifs ou des formats de fichiers particuliers qui ne sont pas communément disponibles ou pris en charge par des applications communément disponibles;
4° Lorsque les applications prenant en charge les formats de fichier adaptés à la description des offres utilisent des formats de fichiers qui ne peuvent être traités par aucune autre application ouverte ou communément disponibles ou sont soumises à un régime de droit de propriété intellectuelle et ne peuvent être mises à disposition par téléchargement ou à distance par l'acheteur;
5° Lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait un équipement de bureau spécialisé dont les acheteurs ne disposent pas communément;
6° Lorsque les documents de la consultation exigent la présentation de maquettes, de modèles réduits, de prototypes ou d'échantillons qui ne peuvent être transmis par voie électronique;
7° Lorsque l'utilisation d'autres moyens de communication est nécessaire en raison soit d'une violation de la sécurité des moyens de communication électroniques, soit du caractère particulièrement sensible des informations qui exigent un degré de protection extrêmement élevé ne pouvant pas être assuré convenablement par l'utilisation de moyens de communication électroniques dont disposent communément les opérateurs économiques ou qui peuvent être mis à leur disposition par un des moyens d'accès mentionnés à l'article R.2132-14.

ARTICLE R.2132-13

Lorsque l'acheteur n'utilise pas de moyens de communication électroniques en application de l'article R.2132-12, il l'indique dans l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation. Les raisons pour lesquelles d'autres moyens de communication sont utilisés, sont indiquées dans le rapport de présentation mentionné aux articles R.2184-1 à R.2184-6 pour les pouvoirs adjudicateurs et dans les documents conservés en application des articles R.2184-7 à R.2184-10 pour les entités adjudicatrices. Pour chaque étape de la procédure, les candidats et soumissionnaires appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils transmettent à l'acheteur.

ARTICLE R.2132-14

L'acheteur est réputé offrir d'autres moyens d'accès appropriés dans tous les cas suivants:
1° Lorsqu'il offre gratuitement un accès sans restriction, complet et direct par moyen électronique aux outils et dispositifs mentionnés au premier alinéa de l'article R.2132-10 à partir de la date de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, à compter du lancement de la consultation. Le texte de l'avis ou de l'invitation à confirmer l'intérêt précise l'adresse internet à laquelle ces outils et dispositifs sont accessibles;
2° Lorsqu'il veille à ce que les opérateurs économiques n'ayant pas accès à ces outils et

dispositifs ni la possibilité de se les procurer dans les délais requis, à condition que l'absence d'accès ne soit pas imputable à l'opérateur économique concerné, puissent accéder à la procédure de passation du marché en utilisant des jetons provisoires mis gratuitement à disposition en ligne;
3° Lorsqu'il assure la disponibilité d'une autre voie de présentation électronique des offres.

TITRE IV : PHASE DE CANDIDATURE

Chapitre Ier : Motifs d'exclusions de la procédure de passation

JURISPRUDENCE

● **Un opérateur économique est fondé à saisir le juge du référé précontractuel, même s'il n'a pas déposé d'offre, dès lors qu'il a été dissuadé de soumissionner du fait des manquements qu'il invoque. Or en l'espèce, la société requérante avait toute possibilité de soumissionner. En refusant de candidater, par principe, car elle estimait bénéficier d'un droit d'exclusivité, cette société a perdu tout droit à contester la procédure de mise en concurrence sur le fond.**
TA Nancy, 17 novembre 2021, n°2103160

SECTION I: EXCLUSIONS DE PLEIN DROIT

ARTICLE L.2141-1

Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 225-4-1, 225-4-7, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du Code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du Code général des impôts, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne.
La condamnation définitive pour l'une de ces infractions ou pour recel d'une de ces infractions d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale entraîne l'exclusion de la procédure de passation des marchés de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions.
Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente par une décision de justice définitive, l'exclusion de la procédure de passation des marchés au titre du présent article s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation.
Cette exclusion n'est pas applicable en cas d'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du Code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du même code ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 dudit code ou des articles 702-1 ou 703 du Code de procédure pénale.

JURISPRUDENCES

● **Le Conseil d'Etat a renvoyé à la CJUE, la question de savoir si la directive européenne doit être interprétée comme faisant obstacle de façon absolue à ce qu'une législation d'un Etat membre puisse ne pas ouvrir à un opérateur économique relevant d'un motif d'exclusion, la possibilité de fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité au pouvoir adjudicateur malgré l'existence de ce motif d'exclusion.**
CE, 14 juin 2019, req. n°419146

● **La Cour n'identifie pas une prise illégale d'intérêt, dans le fait que le directeur de l'hôpital (acheteur) siège au conseil d'administration du candidat retenu. L'influence du directeur doit s'entendre par des preuves d'échanges formelles et non par le simple fait de sa position.**
CAA Marseille, 13 décembre 2021, n°17MA04927

● **Un candidat condamné à une interdiction de soumissionner ne peut pas être écarté par l'acheteur, dès lors que celui-ci a fait appel du jugement.**
CE, 2 novembre 2022, n°464479

ARTICLE L.2141-2

Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles. La liste de ces impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales est fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code.
Cette exclusion n'est pas applicable aux personnes qui, avant la date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, acquitté lesdits impôts, taxes, contributions et cotisations ou constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement, ou, à défaut, ont conclu et respectent un accord contraignant avec les organismes chargés du recouvrement en vue de payer les impôts, taxes, contributions ou cotisations, ainsi que les éventuels intérêts échus, pénalités ou amendes.

JURISPRUDENCE

● **Un acheteur ne commet pas d'irrégularité en acceptant la communication des attestations fiscales et sociales au-delà du délai prévu par le règlement de la consultation dès lors qu'elles sont produites avant la signature du marché.**
CE, 26 octobre 2023, n°474464

ARTICLE L.2141-3

Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes:
1° Soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L.640-1 du Code de commerce ou faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger;
2° Qui font l'objet, à la date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature, d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer en application des articles L.653-1 à L.653-8 du Code de commerce, ou d'une mesure équivalente prévue par un droit étranger;
3° Admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L.631-1 du Code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger, qui ne bénéficient pas d'un plan de redressement ou qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché.

COMMENTAIRE

La loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 (art. 131), dite loi « Asap », a rajouté au dernier paragraphe de l'article ci-dessus, l'hypothèse d'une absence de « plan de redressement » ou de justification leur permettant de « poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché ».
Les pouvoirs publics ont souhaité limiter les cas d'exclusion des entreprises mises en redressement judiciaire. La simple mise en place d'un plan de redressement suffit à empêcher l'acheteur à écarter la candidature d'une telle entreprise.
Jusqu'en décembre 2020, il était impératif d'éliminer d'office la candidature d'une entreprise dont la période d'observation mentionnée dans le jugement du Tribunal de Commerce ne couvrait pas la durée maximale d'exécution du marché (sauf à ce que l'acheteur invoque des raisons d'intérêt général).

JURISPRUDENCES

● Si une entreprise en situation de redressement, vient à bénéficier d'un plan de cession à une autre entreprise, en cours de procédure, elle doit le signaler à l'acheteur.
Mais la faculté de régulariser une offre ne permet que de présenter des pièces absentes ou incomplètes au pli initial et donc pas de reprendre une candidature qui avait été écartée comme n'ayant pas les capacités suffisantes pour exécuter le marché et d'attribuer le marché à l'entreprise qui a racheté l'entreprise en redressement, sachant qu'elle ne s'était pas elle-même portée candidate.
CE, 21 octobre 2019, n° 416616

● Il est possible d'être le repreneur d'une entreprise sans pour autant récupérer les dettes de celle-ci, et de ne pas en reprendre tous les actifs (tout ou partie du fonds de commerce, etc.). Il n'y a pas d'obligation de continuer l'exécution de tous les contrats déjà en cours, même si ce sont des marchés publics. Mais si le repreneur souhaite poursuivre le marché, l'acheteur est contraint d'accepter la cession. En l'espèce, la Cour constate qu'un avenant au marché a procédé à la substitution du repreneur au cotraitant, et donc il a manifesté sa volonté de reprendre ledit marché.
CAA Nancy, 18 juin 2019, n°18NC02354

ARTICLE L.2141-4

Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui:

1° Ont été sanctionnées pour méconnaissance des obligations prévues aux articles L.8221-1, L.8221-3, L.8221-5, L.8231-1, L.8241-1, L.8251-1 et L.8251-2 du Code du travail ou qui ont été condamnées au titre de l'article L.1146-1 du même code ou de l'article 225-1 du Code pénal;
2° Au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la procédure de passation du marché, n'ont pas mis en œuvre l'obligation de négociation prévue au 2° de l'article L.2242-1 du Code du travail.
Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente fixée par une décision de justice définitive, l'exclusion prévue au présent article s'applique pour une durée de trois ans à compter la date de la décision ou du jugement ayant constaté la commission de l'infraction.
Cette exclusion n'est pas applicable en cas d'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du Code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du Code pénal ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 du Code pénal ou des articles 702-1 ou 703 du code de procédure pénale.

ARTICLE L.2141-5

Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative prise en application de l'article L.8272-4 du Code du travail.

ARTICLE L.2141-6

L'acheteur peut, à titre exceptionnel, autoriser un opérateur économique qui serait dans un cas d'exclusion prévu à la présente section à participer à la procédure de passation d'un marché, à condition que cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, que le marché en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique et qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des marchés.

ARTICLE L.2141-6-1

La personne qui se trouve dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux articles L.2141-1, L.2141-4 et L.2141-5 peut fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité, notamment en établissant qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation du préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, qu'elle a clarifié totalement les faits ou les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières de l'infraction pénale ou de la faute.
Si l'acheteur estime que ces preuves sont suffisantes, la personne concernée n'est pas exclue de la procédure de passation de marché.
Une personne qui fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics au titre des articles 131-34 ou 131-39 du Code pénal ne peut se prévaloir des deux premiers alinéas du présent article pendant la période d'exclusion fixée par la décision de justice définitive.

SECTION 2 : EXCLUSIONS À L'APPRÉCIATION DE L'ACHETEUR

ARTICLE L.2141-7

L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur.

JURISPRUDENCES

● La sous-traitance d'une partie des travaux dans le cadre d'un marché public antérieur, décidée sans le consentement de l'acheteur et qui a donné lieu à une résiliation de ce marché, « constitue une défaillance importante ou persistante constatée lors de l'exécution d'une obligation essentielle afférente audit marché, et est donc de nature à justifier l'exclusion de cet opérateur économique de la participation à une procédure de consultation d'un marché ultérieur », mais seulement après avoir procédé

à sa propre évaluation de l'intégrité et fiabilité du candidat visé par la résiliation d'un marché antérieur.
CJUE, 3 octobre 2019, req. n°C-267/18

● Une commune roumaine met fin prématurément à un marché de travaux pour la rénovation et la modernisation d'un site récréatif, car l'un des cotraitants d'un groupement a sous-traité sans avoir sollicité l'autorisation de l'acheteur. Le mois suivant, cette entreprise soumissionne à un autre marché lancé par un autre pouvoir adjudicateur. Ce dernier prend connaissance de la mésaventure de la commune roumaine et donc, décide d'exclure ladite entreprise. La CJUE rappelle qu'une relation contractuelle se fonde dans un cadre de confiance et donc la fiabilité du candidat. Selon le considérant 101 de la directive 2014-24 : « les pouvoirs adjudicateurs devraient en outre pouvoir exclure des opérateurs économiques qui se seraient avérés non fiables ». Et l'article 57 § 4 sous g) de la directive, précise que l'éviction d'un candidat est concevable en cas de « défaillances importantes ou persistantes [...] constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur [...], lorsque ces défaillances ont donné lieu à la résiliation dudit marché ». Pour autant, l'acheteur ne peut se contenter des appréciations portées par un autre sur telle ou telle entreprise. Il doit « procéder à sa propre évaluation du comportement de l'opérateur économique ». Et « cet opérateur économique (doit pouvoir) présenter les mesures correctives qu'il a adoptées à la suite de la résiliation du marché public antérieur ».
Sur le fond : l'exécution directe par l'entreprise lors du précédent marché relevait-elle d'une tâche essentielle non sous-traitable ? La Cour identifie plusieurs indicateurs : l'importance de la part confiée au sous-traitant, l'existence d'une obligation d'exécution personnelle par l'acheteur, et si la sous-traitance entraîne une modification substantielle de l'offre du candidat retenu.
A noter que le second acheteur reprochait également à la société de ne pas avoir mentionné dans sa candidature, la résiliation du marché antérieur et les raisons de cette décision. Pour la CJUE, comme « la résiliation du marché n° 1 ayant été formellement constatée, il incombait à [l'entreprise], en vertu des exigences de transparence et de loyauté, d'informer le pouvoir adjudicateur de sa situation ». Cette disposition joue même si la fausse déclaration n'est pas intentionnelle. Il suffit que « les fausses informations communiquées ou les vraies informations cachées aient une incidence sur la décision prise par le pouvoir adjudicateur ». Donc la Cour considère que le candidat aurait dû fournir l'ensemble de ces informations afin d'établir que « la qualification de sous-traitance était erronée de sorte qu'elle n'avait pas manqué à ses obligations dans le cadre du marché n° 1 » ; ou que « le défaut d'obtention de l'agrément du pouvoir adjudicateur dans le cadre du marché public antérieur ne constituait qu'une irrégularité mineure ». De surcroît, « de telles précisions, poursuit-elle, auraient en particulier pu être mentionnées dans le formulaire type pour le document unique de marché européen [DUME], annexé au règlement d'exécution 2016/7 ».
Enfin, on peut souligner que le second acheteur a été informé de la résiliation de l'autre marché, en consultant la plateforme internet des marchés publics où l'acheteur n° 1 l'avait signalé.
CJUE, 3 octobre 2019, n°C-267/18

● L'exclusion automatique des procédures de passation de marchés publics de tous les membres d'un groupement en raison de la résiliation d'un marché pour faute du groupement titulaire est incompatible avec les termes de la directive n° 2014-24. Il faut une évaluation individuelle, de chaque entreprise concernée, avec possibilité de chacune de démontrer qu'elle a pris depuis, des mesures correctives.
CJUE, 26 janvier 2023, aff. C-682/21

ARTICLE L.2141-7-1

L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes soumises à l'article L.225-102-4 du Code de commerce qui ne satisfont pas à l'obligation d'établir un plan de vigilance comportant les mesures prévues au même article L.225-102-4, pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou d'engagement de la consultation. Une modification de cet article a été adoptée par l'article 27 de l'ordonnance n° 2023-1142 du 6 décembre 2023 (JORF n° 283 du 7 décembre 2023), mais celle-ci entrera en vigueur seulement à compter du 1er janvier 2026 (cf. art. 36-I de l'ordonnance précitée).

ARTICLE L.2141-7-2

L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes soumises à l'article L.229-25 du code de l'environnement qui ne satisfont pas à leur obligation d'établir un bilan de leurs émissions de gaz à effet de serre pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou d'engagement de la consultation.

ARTICLE L.2141-8

L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui :
1° Soit ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ;
2° Soit par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens.

JURISPRUDENCES

● Un acheteur peut exclure d'une procédure une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats.
CE, 24 juin 2019, req. n°428866.

● Suite à une demande d'explication sur la viabilité d'une offre, susceptible d'être anormalement basse, le candidat sollicite à plusieurs reprises une enquête de l'acheteur sur d'éventuels conflits d'intérêts et jette l'opprobre sur un fournisseur de ce dernier. L'acheteur décide de rejeter d'office ce candidat au motif qu'il aurait tenté d'influer sur sa décision au cours de la procédure de

passation. Pour le Tribunal, le candidat a voulu influencer le choix, puisqu'il ne pouvait pas ignorer que la présence d'une offre pouvant être anormalement basse impliquait nécessairement une demande d'explications et de vérification de la viabilité économique de cette offre.
TUE, 5 octobre 2022, aff. T-761/20

● Pour exclure un opérateur économique d'une procédure de passation en application de l'article L.2141-8, l'acheteur ne peut prendre en compte des faits commis depuis plus de trois ans. Cette durée court à compter d'une condamnation définitive.
CE, 16 février 2024, n°488524

● Un pouvoir adjudicateur ne peut pas exclure le candidat à un marché en raison d'un jugement non définitif rendu à son encontre. Il est tenu de procéder à une vérification contradictoire objective et non discriminatoire des offres déterminées comme étant anormalement basses. Une requête, pour être recevable, doit indiquer l'objet du litige, l'exposé sommaire des moyens invoqués et doit être suffisamment claire et précise pour permettre à la partie demanderesse de préparer sa défense.
TUE, 20 mars 2024, aff. T-640/22

ARTICLE L.2141-9

L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes à l'égard desquelles il dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence.

JURISPRUDENCES

● L'entreprise pressentie pour être retenue se désiste au profit de la seconde entreprise dans le classement, sachant que les deux entreprises étaient des filiales. Il n'existe pas une présomption d'entente (pratique anticoncurrentielle) entre ces entreprises : une exclusion automatique n'est pas possible. L'acheteur doit vérifier si l'une des entreprises a pu exercer une influence concrète sur le contenu respectif des offres déposées.
CJUE, 8 décembre 2022, aff. C-769/21

● Les seules circonstances que les sociétés soient détenues par la même société holding et présidées par la même personne, ne suffisent pas à établir une absence d'autonomie commerciale, et donc, à regarder ces deux sociétés comme étant un seul et même soumissionnaire.
TA Besançon, 16 septembre 2022, n°2201418

ARTICLE L.2141-10

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

JURISPRUDENCES

● Le simple fait qu'un candidat retenu pour un marché, soit déjà titulaire d'un autre marché de conseil en télécommunications auprès de l'acheteur, ne suffit pas à constater un conflit d'intérêts. Cette entreprise n'avait pas d'office un avantage anticoncurrentiel, car l'acheteur conservait son pouvoir décisionnel. Il n'y a pas présomption de conflit d'intérêts.
CAA Bordeaux, 15 décembre 2021, n°19BX03742

● Un magistrat ne peut être à la fois médiateur et exercer ses missions juridictionnelles dans la même affaire.
CE, 29 décembre 2022, n°459673

● Conformément aux dispositions combinées des articles L.2141-10 et L.2142-1 du code de la commande publique, un pouvoir adjudicateur peut imposer aux candidats des conditions de participation visant à garantir que les candidats disposent des capacités professionnelles nécessaires à l'exécution du marché qui peuvent consister à exclure de la procédure tout opérateur qui se trouve dans une situation de conflit d'intérêts pouvant avoir une incidence négative sur l'exécution du marché.
CE, 12 avril 2023, n°466740

ARTICLE L.2141-11

L'acheteur qui envisage d'exclure une personne en application de la présente section doit la mettre à même de fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats.
La personne établit notamment qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation des manquements précédemment énoncés, qu'elle a clarifié totalement les faits et les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir toute nouvelle situation mentionnée aux articles L.2141-7 à L.2141-10. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières attachées à ces situations.
Si l'acheteur estime que ces preuves sont suffisantes, la personne concernée n'est pas exclue de la procédure de passation de marché.

JURISPRUDENCES

● Les principes fondamentaux de la commande publique ne s'opposent pas à une réglementation nationale, affirmant que le défaut d'indication séparée des coûts de main-d'œuvre, dans l'offre à un marché public, entraîne l'exclusion de cette offre, y compris dans le cas où l'obligation d'indiquer ces coûts séparément n'était pas spécifiée dans la documentation de l'appel d'offres, dans la mesure où cette condition et cette possible exclusion sont clairement prévues par la réglementation nationale en vigueur. Mais une régularisation des plis déposés par les candidats doit être possible, dans un délai fixé par l'acheteur.
CJUE, 2 mai 2019, aff. C-309/18

● L'article 578- § 4-c et g de la directive européenne n° 2014-24 ne s'oppose pas à une réglementation nationale en vertu de laquelle l'introduction d'un recours juridictionnel contre la décision de résilier un contrat de marché public prise par un pouvoir adjudicateur en raison de défaillances importantes survenues lors de son exécution

empêche le pouvoir adjudicateur qui lance un nouvel appel d'offres de porter une quelconque appréciation, au stade de la sélection des candidats, sur la fiabilité de l'opérateur concerné par cette résiliation.
CJUE, 19 mai 2019, aff. C-41/18

● **Une étude commandée au titre d'un marché public pour l'élaboration d'un schéma directeur d'assainissement global, comportait de nombreuses erreurs, alors même que les résultats de cette étude avaient vocation à servir de fondement à la réalisation de travaux. Peu importe que cette étude devait être validée préalablement par un maître d'œuvre, avant d'engager des travaux. L'acheteur est en droit de se baser sur ces manquements.**
CAA Versailles, 17 novembre 2021, n°18VE03288

SECTION 3 : CHANGEMENT DE SITUATION DES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES AU REGARD DES MOTIFS D'EXCLUSION

ARTICLE L.2141-12
Lorsqu'un opérateur économique est, au cours de la procédure de passation d'un marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux sections 1 et 2, il informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation. Dans cette hypothèse, l'acheteur exclut le candidat de la procédure de passation du marché pour ce motif.

SECTION 4 : GROUPEMENTS D'OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES ET SOUS-TRAITANTS

ARTICLE L.2141-13
Lorsque le motif d'exclusion de la procédure de passation concerne un membre d'un groupement d'opérateurs économiques, l'acheteur exige son remplacement par un autre opérateur économique qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion, dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le mandataire du groupement, sous peine d'exclusion du groupement de la procédure.

ARTICLE L.2141-14
Lorsque le sous-traitant à l'encontre duquel il existe un motif d'exclusion est présenté au stade de la procédure de passation d'un marché, l'acheteur exige son remplacement par un autre opérateur économique qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion, dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le candidat ou le soumissionnaire, sous peine d'exclusion de la procédure.

Chapitre II : Conditions de participation

ARTICLE L.2142-1
L'acheteur ne peut imposer aux candidats des conditions de participation à la procédure de passation autres que celles propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché. Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.

SECTION 1 : DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Sous-section 1 : Conditions générales

ARTICLE R.2142-1
Les conditions de participation à la procédure de passation relatives aux capacités du candidat mentionnées à l'article L.2142-1, ainsi que les moyens de preuve acceptables, sont indiqués par l'acheteur dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation.

ARTICLE R.2142-2
Lorsque l'acheteur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut exiger que des niveaux minimaux liés et proportionnés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.

ARTICLE R.2142-3
Un opérateur économique peut avoir recours aux capacités d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces opérateurs. L'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques concernés soient solidairement responsables dans la mesure où cela est nécessaire à la bonne exécution du marché. Dans ce cas, l'acheteur justifie cette exigence dans les documents de la consultation.

Dans le cadre de procédures incluant une ou plusieurs phases de négociation ou de dialogue, l'acheteur peut autoriser le candidat qui en fait la demande à se constituer en groupement entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché, avec un ou plusieurs des candidats invités à négocier ou à participer au dialogue ou un ou plusieurs des opérateurs économiques aux capacités desquels il a eu recours, lorsque les conditions suivantes sont remplies:
1° Le groupement dispose des garanties économiques, financières, techniques et professionnelles exigées par l'acheteur pour participer à la procédure;
2° La constitution d'un groupement ne porte pas atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats ni à une concurrence effective entre ceux-ci.

ARTICLE R.2142-4
Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché.

Sous-section 2 : Conditions relatives à l'aptitude à exercer une activité professionnelle

ARTICLE R.2142-5
Lorsqu'un opérateur économique doit être inscrit sur un registre professionnel, l'acheteur peut exiger qu'il le justifie.

Sous-section 3 : Conditions relatives aux capacités économiques et financières

ARTICLE R.2142-6
L'acheteur peut notamment exiger que les opérateurs économiques réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal, notamment dans le domaine concerné par le marché.

ARTICLE R.2142-7
Le chiffre d'affaires minimal exigé ne peut être supérieur à deux fois le montant estimé du marché ou du lot, sauf justifications liées à son objet ou à ses conditions d'exécution. Les raisons pour lesquelles un chiffre d'affaires annuel minimal supérieur à ce plafond est exigé figurent dans les documents de la consultation ou, à défaut:
1° Sont indiquées dans le rapport de présentation mentionné aux articles R.2184-1 à R.2184-6 pour les pouvoirs adjudicateurs;
2° Sont conservées dans les conditions des

articles R.2184-7 à R.2184-11 pour les entités adjudicatrices.

ARTICLE R.2142-8
En cas de marché alloti, le plafond mentionné à l'article R.2142-7 s'applique pour chacun des lots. Toutefois, l'acheteur peut exiger un chiffre d'affaires annuel minimal pour des groupes de lots, dans l'éventualité où un titulaire se verrait attribuer plusieurs lots à exécuter en même temps.

ARTICLE R.2142-9
Pour les accords-cadres, le plafond mentionné à l'article R.2142-7 est calculé sur la base du montant total maximal des marchés subséquents ou des bons de commande dont l'exécution par un même titulaire pourrait être effectuée concomitamment ou, si ce montant ne peut être estimé, sur la base de la valeur totale estimée des marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre ou des bons de commande susceptibles d'être attribués à un même titulaire pendant la durée de validité de l'accord-cadre.

ARTICLE R.2142-10
Pour les systèmes d'acquisition dynamique, le plafond mentionné à l'article R.2142-7 est calculé sur la base de la valeur totale estimée des marchés spécifiques envisagés pendant la durée totale du système.

ARTICLE R.2142-11
L'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques fournissent des informations sur leurs comptes annuels indiquant notamment le rapport entre les éléments d'actif et de passif. L'acheteur précise, dans les documents de la consultation, les méthodes et les critères objectifs et non discriminatoires qu'il appliquera pour prendre en compte ces informations.

ARTICLE R.2142-12
L'acheteur peut exiger un niveau approprié d'assurance des risques professionnels.

JURISPRUDENCE

● **Une entité acheteuse n'était pas tenue de souscrire une assurance dommage-ouvrage pour la réalisation de l'ouvrage en litige, et aucune forme préalable de déclaration de sinistre n'était prévue.**
CE, 6 décembre 2022, n°465221

Sous-section 4 : Conditions relatives aux capacités techniques et professionnelles

ARTICLE R.2142-13
L'acheteur peut imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié. A cette fin, dans les marchés de services ou de travaux et les marchés de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comprenant des prestations de service, l'acheteur peut imposer aux candidats qu'ils indiquent les noms et les qualifications professionnelles pertinentes des personnes physiques qui seront chargées de l'exécution du marché en question.

ARTICLE R.2142-14
L'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement. Toutefois, l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat.

JURISPRUDENCES

● **Une consultation exigeait de démontrer de l'expérience au cours des trois dernières années. Or, la société attributaire a été créée récemment et n'a pas l'ancienneté nécessaire pour cela. Une entreprise rejetée conteste l'attribution du marché à cette société. Les magistrats estiment qu'il n'y a pas d'illégalité, car l'entreprise démontrer l'expérience de son personnel, avec notamment un responsable ayant 25 ans d'expérience auprès d'une entreprise concurrente. L'expérience d'un candidat s'apprécie par tout moyen, notamment au regard de l'expérience de ses effectifs, et non pas à la seule date de sa création.**
CAA Marseille, 19 janvier 2022, n°19MA02554

● **La Cour constate que plusieurs critères sont trop imprécis ou ont été dénaturés, et le critère « références et expériences du candidat dans le domaine de la création et impression de documents » est illégal. Ces irrégularités ne peuvent pas être régularisées. Toutefois, la Cour ne prononce pas l'annulation du marché, car les vices constatés ne sont pas « d'une particulière gravité que le juge devrait relever d'office ». Le mauvais emploi des critères justifie une résiliation, mais cela n'affecte pas le contenu même du contrat, donc pas d'annulation par le juge. Et l'entreprise requérante était classée troisième et n'avait donc pas de chances sérieuses de remporter le marché.**
CAA Paris, 17 décembre 2021, n°19PA03808

● **L'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur les garanties, capacités et références professionnelles des candidats, fait l'objet par le juge administratif d'un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation.**
CE, 10 avril 2024, n°482722

SECTION 2 : RÉDUCTION DU NOMBRE DE CANDIDATS

ARTICLE R.2142-15
L'acheteur peut limiter le nombre de candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue, à condition que ce nombre soit suffisant pour assurer une concurrence effective.

ARTICLE R.2142-16
L'acheteur qui entend limiter le nombre de candidats indique, dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, les critères objectifs et non discriminatoires qu'il prévoit d'appliquer à cet effet, le nombre minimum de candidats qu'il prévoit d'inviter et, le cas échéant, leur nombre maximum.

ARTICLE R.2142-17
Pour les pouvoirs adjudicateurs, le nombre minimum de candidats indiqué dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, ne peut être inférieur à:
1° Cinq en appel d'offres restreint;
2° Trois en procédure avec négociation ou en dialogue compétitif.

JURISPRUDENCE

● **Dans le cadre d'une procédure restreinte, un candidat présélectionné qui s'engage à absorber un autre candidat également présélectionné, en vertu d'un accord de fusion**

conclu entre la phase de présélection et celle de présentation des offres et exécuté après cette phase d'attribution, peut parfaitement présenter une offre.
CJUE, 11 juillet 2019, req. C-697/17

ARTICLE R.2142-18
Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection est inférieur au nombre minimum indiqué, l'acheteur peut poursuivre la procédure avec ces candidats.

SECTION 3 : GROUPEMENTS D'OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES

ARTICLE R.2142-19
Les groupements d'opérateurs économiques peuvent participer aux procédures de passation de marchés.

ARTICLE R.2142-20
Le groupement est:
1° Conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché;
2° Solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché.

ARTICLE R.2142-21
Les documents de la consultation peuvent interdire aux candidats de présenter pour le marché ou certains de ses lots plusieurs candidatures en agissant à la fois:
1° En qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements;
2° En qualité de membres de plusieurs groupements.

ARTICLE R.2142-22
L'acheteur ne peut exiger que le groupement d'opérateurs économiques ait une forme juridique déterminée pour la présentation d'une candidature ou d'une offre.
L'acheteur ne peut exiger que les groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme juridique déterminée après l'attribution du marché que lorsque cela est nécessaire à sa bonne exécution. Dans ce cas, l'acheteur justifie cette exigence dans les documents de la consultation.

ARTICLE R.2142-23
Les candidatures et les offres sont présentées soit par l'ensemble des membres du groupement, soit par un mandataire qui justifie des habilitations nécessaires pour représenter les autres membres du groupement. Un même opérateur économique ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché.

ARTICLE R.2142-24
Dans les deux formes de groupements mentionnées à l'article R.2142-20, l'un des opérateurs économiques membres du groupement, désigné dans la candidature et dans l'offre comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis de l'acheteur et coordonne les prestations des membres du groupement.
Si le marché le prévoit, le mandataire du groupement conjoint est solidaire, pour l'exécution du marché, de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard de l'acheteur.

JURISPRUDENCES

● **Un groupement conjoint d'entreprises a indiqué la répartition des honoraires entre ses membres, mais pas la répartition des missions attribuées à chacun des membres. Les désordres constatés sont imputables en partie à un défaut de conception, comme l'a relevé l'expert et aucun acte contractuel opposable au maître d'ouvrage, n'excluait l'entreprise requérante de cette partie de la conception. Donc, cette société n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal a retenu sa responsabilité décennale compte tenu de sa participation à l'ouvrage, objet des désordres, même si, selon l'expert, elle n'a commis aucune faute.**
CAA Douai, 10 novembre 2021, n°19DA00152

● **Dans un groupement, il est possible qu'une expérience soit détenue uniquement par l'un des membres du groupement.**
CJUE, 30 septembre 2022, C-592/21

● **L'exclusion automatique des procédures de passation de marchés publics de tous les membres d'un groupement en raison de la résiliation d'un marché pour faute du groupement titulaire est incompatible avec les termes de la directive n° 2014-24. Il faut une évaluation individuelle, de chaque entreprise concernée, avec possibilité de chacune de démontrer qu'elle a pris depuis, des mesures correctives.**
CJUE, 26 janvier 2023, aff. C-682/21

● **Dans un groupement conjoint, le mandataire est seul habilité à présenter les demandes d'acompte, les projets de décompte et à accepter les décomptes ; seules sont recevables les réclamations formulées et transmises au maître d'ouvrage par ses soins.**
CAA Toulouse, 19 septembre 2023, n°21TL02394

● **Une réglementation nationale ne peut pas interdire à un opérateur économique de se retirer d'un groupement momentané d'entreprises lorsque la durée de validité des offres arrive à échéance et que le pouvoir adjudicateur souhaite la prolonger.**
CJUE, 26 septembre 2024, aff. C-403/23 et C-404/23

ARTICLE R.2142-25
L'appréciation des capacités d'un groupement d'opérateurs économiques est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des capacités requises pour exécuter le marché.

ARTICLE R.2142-26
Sans préjudice des dispositions de l'article L.2141-13, la composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché. Toutefois, en cas d'opération de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion ou d'acquisition ou, si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait, il peut demander à l'acheteur l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation en proposant, le cas échéant, à l'acceptation de l'acheteur, un ou plusieurs nouveaux membres du groupement, sous-traitants ou entreprises liées. L'acheteur se prononce sur cette demande après examen de la capacité de l'ensemble des membres du groupement ainsi transformé et, le cas échéant, des sous-traitants ou entreprises liées présentés à son acceptation, au regard des conditions de participation qu'il a définies.
Dans le cadre de procédures incluant une ou plusieurs phases de négociation ou de dia-

logue, l'acheteur peut également autoriser le groupement qui en fait la demande à modifier sa composition lorsque les conditions suivantes sont remplies:
1° Le groupement dispose des garanties économiques, financières, techniques et professionnelles exigées par l'acheteur pour participer à la procédure;
2° Cette modification ne porte pas atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats ni à une concurrence effective entre ceux-ci.

ARTICLE R.2142-27
Pour les marchés de services ou de travaux et les marchés de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comprenant des prestations de service, l'acheteur peut exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées par l'un des membres du groupement, à condition de l'avoir mentionné dans les documents de la consultation.

Chapitre III : Contenu des candidatures
Le présent chapitre ne comprend pas de dispositions législatives.

SECTION I : PRÉSENTATION DES CANDIDATURES

Sous-section 1 : Délai de réception des candidatures

ARTICLE R.2143-1
L'acheteur fixe les délais de réception des candidatures en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature.
En procédure formalisée, les délais de réception des candidatures ne peuvent être inférieurs aux délais minimaux propres à chaque procédure fixée au chapitre Ier du titre VI du présent livre.

ARTICLE R.2143-2
Les candidatures reçues hors délai sont éliminées.

Sous-section 2 : Eléments à produire par le candidat

ARTICLE R.2143-3
Le candidat produit à l'appui de sa candidature:
1° Une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés aux article s L.2141-1 à L.2141-5 et L.2141-7 à L.2141-11 notamment qu'il satisfait aux obligations concernant l'emploi des travailleurs handicapés définies aux articles L.5212-1 à L.5212-11 du Code du travail;
2° Les renseignements demandés par l'acheteur aux fins de vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles du candidat.

JURISPRUDENCE

● **Un règlement de consultation exigeait que seuls les géomètres-experts puissent candidater. Le requérant a engagé un référé, mais le juge constate que celui-ci n'apporte pas la preuve d'un intéressement de sa part à cette consultation prouvant que cette restriction l'avait empêché de candidater (il n'avait pas téléchargé le dossier de consultation dans lequel le règlement de consultation se trouvait et la publicité ne comportait pas cette exigence).**
TA Nancy, 15 décembre 2020, n° 2003077

ARTICLE R.2143-4
L'acheteur accepte que le candidat présente sa candidature sous la forme d'un document unique de marché européen et constituant un échange de données structurées, établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen, en lieu et place de la déclaration sur l'honneur et des renseignements mentionnés à l'article R.2143-3.
En ce qui concerne les conditions de participation, l'acheteur indique dans les documents de la consultation s'il autorise les candidats à se limiter à indiquer dans le document unique de marché européen qu'ils disposent de l'aptitude et des capacités requises sans fournir d'informations particulières sur celles-ci. En l'absence d'une telle mention, cette faculté n'est pas autorisée.
Les opérateurs économiques peuvent réutiliser le document unique de marché européen qui a déjà été utilisé dans une procédure antérieure, à condition de confirmer que les informations qui y figurent sont toujours valables.

JURISPRUDENCE

● **La fourniture du DUME doit être réalisée par l'entreprise qui soumissionne et qui utilisera ses propres personnels et matériels. Si elle utilise ceux d'autres entités, le DUME doit être également fourni par celles-ci.**
CJUE, 10 novembre 2022, aff. C-631/21

SECTION 2 : DOCUMENTS JUSTIFICATIFS ET AUTRES MOYENS DE PREUVE

Sous-section 1 : Dispositions générales

ARTICLE R.2143-5
Lorsqu'il demande à un candidat de fournir un certificat, une attestation ou tout autre document prouvant qu'une exigence a été satisfaite, l'acheteur accepte tout document équivalent d'un autre Etat membre de l'Union européenne. Il n'impose pas la remise de documents sous forme d'original, de copie certifiée conforme ou de traduction certifiée, sauf lorsque cela est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général.

Sous-section 2 : Documents justificatifs et autres moyens de preuve de l'absence de motifs d'exclusion

COMMENTAIRE

Les motifs d'exclusions d'un opérateur économique sont nombreux, mais un candidat peut répondre aux interrogations d'un acheteur, par une simple déclaration sur l'honneur. De plus, dans certains cas, le CCP impose à l'acheteur de permettre au candidat de fournir des éléments de réponse, avant de pouvoir l'écarter d'office.

ARTICLE R.2143-6
L'acheteur accepte, comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'exclusion mentionné aux articles L.2141-1, L.2141-4 et L.2141-5, une déclaration sur l'honneur.

ARTICLE R.2143-7
L'acheteur accepte comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'exclusion mentionné à l'article L.2141-2, les certificats délivrés par les administrations et organismes compétents. La liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales devant donner lieu à délivrance d'un certificat ainsi que

la liste des administrations et organismes compétents figurent dans un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code.
Le candidat établi à l'étranger produit un certificat établi par les administrations et organismes de son pays d'origine ou d'établissement.

COMMENTAIRE

Le décret n° 2019-33 du 18 janvier 2019 fixant la liste des pièces justificatives que le public n'est plus tenu de produire à l'appui des procédures administratives en application de l'article L.113-13 du Code des relations entre le public et l'administration, a créé le nouvel article D.113-14 dans ledit Code.
Celui-ci prévoit une exonération de transmission de l'attestation de régularité fiscale, des déclarations de résultats soumis aux bénéfices industriels et commerciaux, bénéfices non commerciaux, bénéfices agricoles, impôt sur les sociétés, ou déclarations devant être remplis par les sociétés mères et filiales de groupe, de l'extrait d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, des statuts de personne morale, des attestations de régularité sociale et de vigilance, de la carte professionnelle d'entrepreneur de travaux publics, ou encore du certificat attestant de la régularité de la situation de l'employeur au regard de l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés.

ARTICLE R.2143-8

Le candidat produit, le cas échéant, les pièces prévues aux articles R.1263-12, D.8222-5 ou D.8222-7 ou D.8254-2 à D.8254-5 du Code du travail.

ARTICLE R.2143-9

Afin de prouver qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion mentionné à l'article L.2141-3, le candidat produit son numéro unique d'identification permettant à l'acheteur d'accéder aux informations pertinentes par le biais d'un système électronique mentionné au 1° de l'article R.2143-13 ou, s'il est étranger, produit un document délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente de son pays d'origine ou d'établissement, attestant de l'absence de cas d'exclusion.
Lorsque le candidat est en redressement judiciaire, il produit la copie du ou des jugements prononcés.

COMMENTAIRE

Modifiées par le décret n° 2021-631 du 21 mai 2021, ces nouvelles dispositions sont entrées en vigueur « le premier jour du sixième mois suivant celui de sa publication au JORF » (cf. article 22 du décret précité), et donc, seulement depuis le 1er novembre 2021.

ARTICLE R.2143-10

Lorsque les autorités compétentes du pays d'origine ou d'établissement du candidat ne délivrent pas les documents justificatifs équivalents à ceux mentionnés aux articles R.2143-6 à R.2143-9 ou lorsque ceux-ci ne mentionnent pas tous les motifs d'exclusion de la procédure de passation, ils peuvent être remplacés par une déclaration sous serment ou, dans les pays où une telle procédure n'existe pas, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant une autorité judiciaire ou administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié de son pays d'origine ou d'établissement.

Sous-section 3 : Documents justificatifs et autres moyens de preuve relatifs aux conditions de participation

ARTICLE R.2143-11

Pour vérifier que les candidats satisfont aux conditions de participation à la procédure, l'acheteur peut exiger la production des renseignements et documents dont la liste figure dans un arrêté annexé au présent code.

ARTICLE R.2143-12

Si le candidat s'appuie sur les capacités d'autres opérateurs économiques, il justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché. Cette preuve peut être apportée par tout moyen approprié.

Sous-section 4 : Accès des acheteurs aux documents justificatifs et moyens de preuve

ARTICLE R.2143-13

Les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve que l'acheteur peut obtenir directement par le biais:
1° D'un système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel à condition que l'accès à celui-ci soit gratuit et, le cas échéant, que figurent dans le dossier de candidature toutes les informations nécessaires à sa consultation;
2° D'un espace de stockage numérique, à condition que figurent dans le dossier de candidature toutes les informations nécessaires à sa consultation et que l'accès à ceux-ci soit gratuit.

COMMENTAIRE

Point très important, pouvant constituer un piège pour les acheteurs : un candidat n'est pas obligé de transmettre des documents déjà accessibles gratuitement et librement sur internet. Il pourrait en être ainsi des fiches techniques de produits, demandées par l'acheteur, mais disponibles sur internet. L'absence de ces fiches techniques dans le pli dématérialisé ne serait pas constitutive d'un rejet du pli.

ARTICLE R.2143-14

Les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve qui ont déjà été transmis au service acheteur concerné lors d'une précédente consultation et qui demeurent valables, même si celui-ci ne l'a pas expressément prévu.

COMMENTAIRE

Point tout aussi important que celui prévu dans l'article précédent : un candidat peut très bien renvoyer à des documents déjà transmis lors d'une précédente consultation. Soulignons que l'article précise bien, que cela est possible, même si l'acheteur n'a pas prévu ce cas de figure (par exemple, dans son règlement de consultation).

Sous-section 5 : Opérateurs agréés et certifiés

ARTICLE R.2143-15

Pour les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs, les candidats inscrits sur une liste officielle d'opérateurs agréés d'un Etat membre de l'Union européenne ou munis d'un certificat délivré par un organisme de certification répondant aux normes européennes en matière de certification peuvent présenter au pouvoir adjudicateur un certificat d'inscription délivré par l'autorité compétente ou le certificat délivré par l'organisme de certification compétent, à condition

que ces opérateurs soient établis dans l'Etat membre qui a dressé la liste officielle. Ces certificats indiquent les références qui leur ont permis d'être inscrits sur la liste officielle ou d'obtenir la certification, ainsi que la classification sur cette liste.
L'inscription certifiée par les organismes compétents sur des listes officielles ou le certificat délivré par l'organisme de certification constitue une présomption d'aptitude en ce qui concerne les motifs d'exclusion et les conditions de participation couvertes par la liste officielle ou le certificat. Toutefois, en ce qui concerne la vérification de la régularité de la situation fiscale et sociale du candidat, un certificat supplémentaire peut être exigé lors de l'attribution du contrat ou, lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue, lors de la sélection des candidats.

SECTION 3 : TRADUCTION EN FRANÇAIS

ARTICLE R.2143-16
L'acheteur peut exiger que les candidats joignent une traduction en français aux éléments et documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application du présent chapitre.

COMMENTAIRE
Rédigé ainsi, cet article ne prévoit qu'une « possibilité » et non plus une obligation que les documents soient forcément établis ou traduits en langue Française. Un candidat transmettant des documents en langue étrangère, ne peut pas être éliminé d'office, si l'acheteur n'a pas préalablement exigé qu'ils soient uniquement en langue Française.

Chapitre IV : Examen des candidatures

Le présent chapitre ne comprend pas de dispositions législatives.

SECTION 1 : MODALITÉS DE VÉRIFICATION

ARTICLE R.2144-1
L'acheteur vérifie les informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie. Cette vérification est effectuée dans les conditions prévues aux articles R.2144-3 à R.2144-5.

ARTICLE R.2144-2
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.
Les dispositions du premier alinéa s'appliquent dans le cas où l'acheteur constate qu'une candidature a été présentée en méconnaissance de l'article R.2132-7.

ARTICLE R.2144-3
La vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles des candidats peut être effectuée à tout moment de la procédure et au plus tard avant l'attribution du marché.

ARTICLE R.2144-4
L'acheteur ne peut exiger que du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché qu'il justifie ne pas relever d'un motif d'exclusion de la procédure de passation du marché.

JURISPRUDENCE
● En dehors du cas où l'acheteur décide lui-même de limiter le nombre de candidats admis à négocier, les preuves qu'un candidat ne se trouve pas dans un des cas d'interdiction de soumissionner doivent seulement être apportées par le candidat auquel l'acheteur envisage d'attribuer le marché. La collectivité en l'espèce n'avait pas limité le nombre de candidats admis à négocier, elle était donc en droit de ne pas écarter la candidature d'une société au motif que son dossier de candidature aurait été incomplet et pouvait se contenter d'exiger la production par la société des jugements de mise en redressement judiciaire (et autres) qu'une fois son offre retenue.
CE, 25 janvier 2019, req. n° 421844

ARTICLE R.2144-5
Lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, les vérifications mentionnées aux articles R.2144-1, R.2144-3 et R.2144-4 interviennent au plus tard avant l'envoi de l'invitation à soumissionner ou à participer au dialogue.

ARTICLE R.2144-6
L'acheteur peut demander au candidat de compléter ou d'expliquer les documents justificatifs et moyens de preuve fournis ou obtenus.

ARTICLE R.2144-7
Si un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans un cas d'exclusion, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur, produit, à l'appui de sa candidature, de faux renseignements ou documents, ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé.
Dans ce cas, lorsque la vérification des candidatures intervient après la sélection des candidats ou le classement des offres, le candidat ou le soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les documents nécessaires. Si nécessaire, cette procédure peut être reproduite tant qu'il subsiste des candidatures recevables ou des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

JURISPRUDENCE
● Il n'est pas contraire aux intérêts de l'acheteur qu'un candidat renforce sa capacité économique et technique après la présélection. Ce renforcement peut inclure le recours aux moyens d'autres opérateurs économiques et, le cas échéant, l'absorption partielle ou complète d'un participant à la même procédure. En l'espèce, un candidat a procédé à une fusion-acquisition avec un autre candidat, entre la date de remise des candidatures et le dépôt des offres. Le principe d'égalité s'avère cependant rompu si des informations sensibles sur la procédure ont été échangées par les protagonistes avant la réalisation de la fusion.
CJUE, 11 juillet 2019, n°C-697/17

SECTION 2 : INVITATION DES CANDIDATS SÉLECTIONNÉS

ARTICLE R.2144-8
L'acheteur invite simultanément et par écrit les candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue.

ARTICLE R.2144-9
En cas d'appel d'offres restreint, de procédure avec négociation ou de dialogue compétitif, l'invitation comprend au minimum les informations suivantes:
1° La référence de l'avis d'appel à la concurrence publié;
2° La date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle les offres doivent être transmises et la ou les langues autorisées pour leur présentation. Toutefois, dans le cas du dialogue compétitif, ces renseignements ne figurent pas dans l'invitation à participer au dialogue mais dans l'invitation à remettre une offre finale;
3° Dans le cas du dialogue compétitif, la date et le lieu du dialogue ainsi que la ou les langues utilisées;
4° La liste des documents à fournir;
5° La pondération ou la hiérarchisation des critères d'attribution du marché si ces renseignements ne figurent pas dans les documents de la consultation;
6° L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation ont été mis à disposition des candidats. Lorsque les documents de la consultation n'ont pas été mis à disposition sur un profil d'acheteur, pour l'un des motifs énoncés aux articles R.2132-12 et R.2132-13, ni par d'autres moyens, ils sont joints à l'invitation.

TITRE V : PHASE D'OFFRE

Chapitre Ier : Présentation et contenu des offres

ARTICLE L.2151-1
En cas d'allotissement, les opérateurs économiques ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.
Par dérogation au premier alinéa, pour les marchés répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à un seuil fixé par voie réglementaire, les entités adjudicatrices peuvent autoriser les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.

SECTION I : PRÉSENTATION DES OFFRES

Sous-section 1 : Délais de réception

ARTICLE R.2151-1
L'acheteur fixe les délais de réception des offres en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur offre.

ARTICLE R.2151-2
Les délais de réception des offres présentées dans le cadre d'une procédure formalisée ne peuvent être inférieurs aux délais minimaux propres à chaque procédure, définis au chapitre Ier du titre VI.
Lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur pour l'une des raisons mentionnées à l'article R.2132-5, le délai minimal de réception des offres est augmenté de cinq jours, sauf urgence dûment justifiée.

ARTICLE R.2151-3
Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché ou après consultation sur place de documents complémentaires, les délais de réception des offres sont suffisants pour permettre à tous les opérateurs économiques de prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour l'élaboration de leurs offres.

JURISPRUDENCE

● **Un acheteur peut écarter une offre comme étant irrégulière au motif que le candidat n'a pas réalisé la visite obligatoire du lieu d'exécution du marché, quand bien même ce candidat aurait réalisé cette visite de son côté, seul, la veille, en regardant l'environnement du chantier.**
TA Rennes, 26 octobre 2022, n°2205090

ARTICLE R.2151-4
Le délai de réception des offres est prolongé dans les cas suivants:
1° Lorsqu'un complément d'informations, nécessaire à l'élaboration de l'offre, demandé en temps utile par l'opérateur économique, n'est pas fourni dans les délais prévus à l'article R.2132-6;
2° Lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents de la consultation.
La durée de la prolongation est proportionnée à l'importance des informations demandées ou des modifications apportées.

ARTICLE R.2151-5
Les offres reçues hors délai sont éliminées.

Sous-section 2 : Modalités de remise

ARTICLE R.2151-6
Le soumissionnaire transmet son offre en une seule fois. Si plusieurs offres sont successivement transmises par un même soumissionnaire, seule est ouverte la dernière offre reçue par l'acheteur dans le délai fixé pour la remise des offres.

ARTICLE R.2151-7
L'acheteur peut interdire aux candidats, dans les documents de la consultation, de présenter pour le marché ou certains de ses lots plusieurs offres en agissant à la fois:
1° En qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements;
2° En qualité de membres de plusieurs groupements.

Sous-section 3 : Variantes

COMMENTAIRE

Le système des « variantes » reste inchangé dans le cadre de ce nouveau CCP. La possibilité de pouvoir exiger une variante, ne débouche pas sur un changement de terminologie. Cela demeure une « variante ». Les « prestations supplémentaires éventuelles », dites PSE, renvoient à un concept qui n'existe plus, sauf à évoquer les marchés portant sur des prestations supplémentaires (ce qui n'a rien à voir). Le CCP ne fait que recopier les termes très explicites des directives européennes sur les « variantes ».

ARTICLE R.2151-8
Les acheteurs peuvent autoriser la présentation de variantes dans les conditions suivantes:
1° Pour les marchés passés selon une procédure formalisée:
a) Lorsque le marché est passé par un pouvoir adjudicateur, les variantes sont interdites sauf mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt;
b) Lorsque le marché est passé par une entité adjudicatrice, les variantes sont

autorisées sauf mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt;
2° Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans les documents de la consultation.

ARTICLE R.2151-9
L'acheteur peut exiger la présentation de variantes. Dans ce cas, il l'indique dans l'avis d'appel à la concurrence, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation.

ARTICLE R.2151-10
Lorsque l'acheteur autorise ou exige la présentation de variantes, il mentionne dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation.

ARTICLE R.2151-11
Pour les marchés de fournitures ou de services, une variante ne peut être rejetée au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, à un marché de services au lieu d'un marché de fournitures ou à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services.

SECTION 2 : INFORMATIONS ET DOCUMENTS À PRODUIRE DANS L'OFFRE

ARTICLE R.2151-12
L'acheteur peut exiger que les soumissionnaires joignent une traduction en français aux documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application de l'article R.2151-6. Il n'impose pas de traduction certifiée sauf lorsque cela est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général.

ARTICLE R.2151-13
Dans les documents de la consultation, l'acheteur peut demander aux soumissionnaires d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers, notamment à des petites et moyennes entreprises au sens de la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises ou à des artisans au sens du I de l'article 19 de la loi n°96-603 du 5 juillet 1996 modifiée relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat.

ARTICLE R.2151-14
Dans les documents de la consultation, l'acheteur peut exiger que les soumissionnaires fournissent, comme moyen de preuve de la conformité aux spécifications techniques, aux critères d'attribution ou aux conditions d'exécution du marché, un rapport d'essai d'un organisme d'évaluation de la conformité accrédité, conformément au règlement (CE) n°765/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits et abrogeant le règlement (CEE) n°339/93 du Conseil, ou un certificat délivré par un tel organisme. Lorsqu'il exige un certificat établi par un organisme d'évaluation identifié, il accepte un certificat établi par un organisme équivalent. Lorsqu'un opérateur économique n'a pas accès aux certificats ou aux rapports d'essai mentionnés à l'alinéa précédent ni la possibilité de les obtenir dans les délais fixés par l'acheteur, ce dernier accepte d'autres moyens de preuve appropriés.

ARTICLE R.2151-15
Dans les documents de la consultation, l'acheteur peut exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes ainsi que de tout document permettant d'apprécier l'offre. Lorsque ces demandes impliquent un investissement significatif pour les soumissionnaires, elles donnent lieu au versement d'une prime. Le montant de la prime est indiqué dans les documents de la consultation. Ce montant est déduit de la rémunération du titulaire du marché.

JURISPRUDENCE

● **Le tribunal administratif confirme que le sous-critère « qualité de l'échantillon de dégustation » n'a pas été suffisamment défini. S'agissant d'un marché public de fournitures pour la livraison de repas complets pour un restaurant scolaire, un sous-critère portant sur la « qualité de l'échantillon de dégustation » n'est pas suffisamment précis, car l'acheteur n'a pas fixé un menu identique pour la remise de l'échantillon de dégustation dans le règlement de consultation. En outre, le règlement de consultation prévoyait seulement la mention comme composition de l'échantillon, qu'il devait s'agir d'un hors-d'œuvre à base de crudités, d'un plat chaud, d'un fromage, et d'un dessert de type pâtisserie. Or, durant l'analyse, le fromage n'a pas été pris en compte.**
Enfin, le critère « prix du repas au regard de la prestation » suppose une note arithmétique, où le candidat ayant présenté l'offre la moins coûteuse obtient forcément la meilleure note, spécifiquement pour ce critère.
TA Martinique, 10 décembre 2021, n°2100714

ARTICLE R.2151-16
Dans les marchés de travaux ou de services et les marchés de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comportant des prestations de service, l'acheteur peut imposer aux soumissionnaires qu'ils indiquent les noms et les qualifications professionnelles pertinentes des personnes physiques qui seront chargées de l'exécution du marché, lorsque la qualité de l'offre est évaluée sur la base du savoir-faire, de l'efficacité, de l'expérience ou de la fiabilité de l'équipe dédiée à cette exécution.

Chapitre II : Examen des offres

SECTION 1 : OFFRES IRRÉGULIÈRES, INACCEPTABLES OU INAPPROPRIÉES

ARTICLE L.2152-1
L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées.

COMMENTAIRE

Souvent utilisé uniquement dans les procédures formalisées, le CCP confirme (cf. les articles réglementaires ci-après) que cette trilogie créée à l'initiative du Conseil d'Etat, il y a plusieurs années, s'applique autant en « procédure adaptée » qu'en « procédure formalisée ».

ARTICLE L.2152-2
Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.

JURISPRUDENCES

● Constituent des offres irrégulières, deux offres «identiques» présentées pour un même lot, par deux sociétés filiales d'un même groupe, sachant que le règlement de consultation prévoyait qu'en cas de présentation d'un nombre d'offres supérieur à celui autorisé, toutes les offres du même candidat seront déclarées irrégulières. Malgré le caractère identique des deux offres, celles-ci émanaient de deux entreprises, donc elles auraient dû être écartées.
CE, 8 décembre 2020, n°436532

● Le fait que l'offre du requérant soit elle-même irrégulière ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse contester l'attribution à un candidat dont l'offre serait irrégulière (en l'espèce, anormalement basse).
CE, 27 mai 2020, n°435982

● Un candidat dont l'offre a été valablement écartée comme étant irrégulière ou inacceptable ne peut pas soulever un moyen critiquant l'appréciation des autres offres, lors d'un recours d'un tiers en contestation de validité d'un contrat.
CE, 10 octobre 2022, n°455691

● Une offre peut être irrégulière en cas de non-respect d'une convention collective.
CE, 10 novembre 2022, n°455691

● Un candidat dont l'offre est définitivement jugée comme irrégulière est dépourvu d'intérêt à agir contre une nouvelle décision attribuant le marché public dont il est évincé. Il ne peut engager un référé précontractuel.
CE, 1er juin 2023, n°468930

● Un opérateur économique définitivement exclu d'une procédure de sélection peut être privé de la possibilité de contester le refus du pouvoir adjudicateur d'annuler la décision d'attribution d'un marché.
CJUE, 9 février 2023, aff. C-53/22

ARTICLE L.2152-3

Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure.

JURISPRUDENCE

● La fixation des crédits budgétaires alloués à l'accord-cadre à un montant inférieur au maximum de ce dernier est sans incidence sur la régularité de l'élimination d'une offre comme inacceptable.
CAA Paris, 18 avril 2023, n°21PA02213

● Une offre ne peut être déclarée inacceptable au motif qu'elle excède les crédits budgétaires alloués au contrat que lorsque ce montant a été porté à la connaissance des candidats. La ville de Paris avait rejeté comme inacceptable l'offre d'un candidat au motif qu'elle excédait le budget alloué à l'accord-cadre auquel il soumissionnait. Dès lors que la ville n'avait pas informé les candidats du montant maximum du budget alloué à ce contrat, le Conseil d'Etat considère cette pratique illégale.
CE, 12 juin 2024, n°475214

ARTICLE L.2152-4

Une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur qui sont formulés dans les documents de la consultation.

JURISPRUDENCE

● L'attribution d'un marché public à une entreprise dont l'offre est non conforme aux exigences du cahier des charges lèse les candidats qui ont été évincés.
CE, 21 juillet 2022, n°456472

ARTICLE R.2152-1

Dans les procédures adaptées sans négociation et les procédures d'appel d'offres, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées.
Dans les autres procédures, les offres inappropriées sont éliminées. Les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables au cours de la négociation ou du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. Lorsque la négociation ou le dialogue a pris fin, les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables sont éliminées.

ARTICLE R.2152-2

Dans toutes les procédures, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles.

COMMENTAIRE

Une régularisation n'est jamais possible s'agissant d'une offre jugée anormalement basse ou inappropriée.

JURISPRUDENCES

● Les principes fondamentaux de la commande publique ne s'opposent pas à une réglementation nationale, affirmant que le défaut d'indication séparée des coûts de main-d'œuvre, dans l'offre à un marché public, entraîne l'exclusion de cette offre, y compris dans le cas où l'obligation d'indiquer ces coûts séparément n'était pas spécifiée dans la documentation de l'appel d'offres, dans la mesure où cette condition et cette possible exclusion sont clairement prévues par la réglementation nationale en vigueur.
Mais une régularisation des plis déposés par les candidats doit être possible, dans un délai fixé par l'acheteur.
CJUE, 2 mai 2019, aff. C-309/18

● L'acheteur peut en cours de procédure, compléter lui-même les lignes incomplètes d'un bordereau de prix unitaires. L'acheteur avait prévu dans son règlement de consultation, que «toute ligne de prestation sur barèmes non renseignée par le soumissionnaire (prestation non chiffrée ou comportant une exclusion) est complétée par le service par le prix le plus élevé de toutes les offres multipliées par deux». Rien n'interdit dans le cadre d'une procédure négociée, qu'il ait informé ou non les candidats dans le dossier de consultation que la négociation pourrait le conduire à fixer un montant maximum en fin de procédure. Le défaut de mention dans l'avis, sur la quantité ou l'étendue de la prestation, n'a pas lésé le candidat car des précisions lui ont été apportées par ailleurs.
CE, 12 juin 2019, n°427397

● Le principe d'égalité de traitement entre les candidats s'apprécie entre les candidats à un même lot. Un pouvoir adjudicateur n'était pas tenu de régulariser une candidature même s'il l'avait fait pour des candidatures à un autre lot, de la même consultation.
CE, 20 juillet 2022, n°458427

● Dans l'hypothèse où un soumissionnaire dépose sur une plateforme électronique son offre par erreur dans le « tiroir numérique » d'une autre consultation que celle souhaitée, le pouvoir adjudicateur est dans l'impossibilité de corriger cette erreur par lui-même. Pas d'obligation de régularisation pour l'acheteur.
CE, 1er juin 2023, n°469127

● Une contradiction manifeste entre l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de consultation n'entache pas d'irrégularité la procédure de passation d'un marché public. La contradiction était facilement décelable par des opérateurs économiques de bonne foi, selon le Conseil d'Etat.
CE, 18 juillet 2024, n°492938

SECTION 2 : OFFRES ANORMALEMENT BASSES

ARTICLE L.2152-5

Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché.

ARTICLE L.2152-6

L'acheteur met en œuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses. Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre.
Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

COMMENTAIRE

Le CCP intègre dans ces articles, les enseignements de la jurisprudence des juridictions administratives, s'agissant de la définition d'une offre anormalement basse.

JURISPRUDENCES

● Le pouvoir adjudicateur est tenu de porter à la connaissance du soumissionnaire évincé les raisons pour lesquelles l'offre qu'il a retenue ne lui est pas apparue comme anormalement basse, à condition toutefois que ce soumissionnaire en fasse la demande expresse.
Tribunal de l'UE, 16 mai 2019, n°T-228/18

● Le tribunal administratif de Montreuil, en se référant à la jurisprudence « Société Sepur » de mars 2019, rappelle que : le caractère anormalement bas d'une offre s'apprécie au regard de son prix global (pas seulement eu égard au volet prix unitaires, sans tenir compte de leur importance dans la formule de notation, il fallait apprécier globalement en incluant la partie forfaitaire).
TA Montreuil, 12 août 2019, n° 1907713

● L'existence d'un prix paraissant anormalement bas au sein de l'offre d'un candidat, pour l'une seulement des prestations faisant l'objet du marché, n'implique pas, à elle seule, le rejet de son offre comme anormalement basse, y compris lorsque cette prestation fait l'objet d'un mode de rémunération différent ou d'une sous-pondération spécifique au sein du critère du prix.
CE, 13 mars 2019, n° 425191

● Le fait qu'un prix paraisse anormalement bas au sein de l'offre d'un candidat, pour l'une seulement des prestations, n'implique pas, à lui seul, le rejet de son offre comme étant anormalement basse, y compris quand cette prestation fait l'objet d'un mode de rémunération différent ou d'une sous-pondération spécifique au sein du critère du prix.
En l'espèce, le prix était globalement inférieur de 12 % au prix de la société retenue.
CAA Marseille, 27 janvier 2020, n°18MA02886

● Un délai de seulement sept heures laissé à un candidat pour justifier de la viabilité de son offre, soupçonnée d'être anormalement basse, est suffisant, d'autant plus que ce candidat était l'ancien titulaire du marché et que cette même durée a été laissée aux trois autres candidats qui ont répondu dans ce délai.
TA Versailles, 11 octobre 2022, n°2207177

● Une offre dont le prix est manifestement sous-évalué, avec des durées d'intervention trop courtes pour assurer des prestations complètes et de qualité, peut constituer une offre anormalement basse.
TA Limoges, 18 août 2022, n°2201129

● L'acheteur n'ayant pas de doute sur la fiabilité des offres reçues, n'est pas tenu d'adopter une décision explicite et motivée constatant l'absence d'offres anormalement basses.
CJUE, 15 septembre 2022, C-669/20

● Le pouvoir adjudicateur est tenu de fournir les raisons détaillées qui l'ont conduit à ne pas déclarer une offre comme anormalement basse lorsqu'un candidat évincé lui en fait la demande expresse, même si l'offre ne lui est pas apparue irrecevable lors de son contrôle initial.
CJUE, 11 mai 2023, n°101/22

ARTICLE R.2152-3

L'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché qu'il envisage de sous-traiter.
Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants:
1° Le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction;
2° Les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux;
3° L'originalité de l'offre;
4° La réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations;
5° L'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le soumissionnaire.

ARTICLE R.2152-4

L'acheteur rejette l'offre comme anormalement basse dans les cas suivants:
1° Lorsque les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés;
2° Lorsqu'il établit que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient en matière de droit de l'environnement, de droit social et de droit du travail aux obligations imposées par le droit français, y compris la ou les conventions collectives applicables, par le droit de l'Union européenne ou par les stipulations des accords ou traités internationaux mentionnées dans un avis qui figure en annexe du présent code.

ARTICLE R.2152-5

L'acheteur qui constate qu'une offre est

anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'Etat par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que si le soumissionnaire n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par l'acheteur, que l'aide en question répondait aux conditions de compatibilité avec le marché intérieur définies à l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
L'acheteur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission européenne.

SECTION 3 : CHOIX DE L'OFFRE ÉCONOMIQUEMENT LA PLUS AVANTAGEUSE

ARTICLE L.2152-7

Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base du critère du prix ou du coût. L'offre économiquement la plus avantageuse peut également être déterminée sur le fondement d'une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Les modalités d'application du présent alinéa sont prévues par voie réglementaire.
Les offres sont appréciées lot par lot, sauf lorsque les entités adjudicatrices ont autorisé les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus en application du second alinéa de l'article L.2151-1.
Le lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément aux articles L.2112-2 à L.2112-4.

JURISPRUDENCES

● **Lorsqu'un candidat irrégulièrement évincé avait une chance de remporter le marché, il a droit en principe au remboursement des frais engagés pour présenter son offre.**
CAA Marseille, 11 septembre 2023, n°19MA05388

● **Un candidat évincé ne peut être indemnisé de son manque à gagner que s'il démontre des chances sérieuses de remporter le contrat, au contraire de tous les autres candidats**
CE, 28 novembre 2023, n°468867

ARTICLE L.2152-8

Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence. Ils sont rendus publics dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

ARTICLE L.2152-9

L'acheteur tient compte parmi les critères d'attribution des marchés globaux mentionnés à l'article L.2171-1 de la part d'exécution du marché que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans.

COMMENTAIRE

La loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 (art. 131), dite loi « Asap », a créé cet article, afin d'exiger que dans tous les marchés globaux (qu'il s'agisse de la conception-réalisation, des marchés globaux de performance ou sectoriels), qu'une part du contrat soit confié à des PME ou artisans. Cette nouvelle disposition revient s'ajoute à celle similaire, qui est prévue pour les marchés de partenariat.
On entend par PME, conformément à la Recommandation n° 2003-361 de la Commission européenne du 6 mai 2003, la définition suivante :
– Une « moyenne » entreprise est définie comme étant une entreprise dont l'effectif est inférieur à 250 personnes et dont le chiffre d'affaires n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros.
– Une « petite » entreprise est définie comme étant une entreprise dont l'effectif est inférieur à 50 personnes et dont le chiffre d'affaires ou le total du bilan annuel n'excède pas 10 millions d'euros.
– Une « microentreprise » est définie comme étant une entreprise dont l'effectif est inférieur à 10 personnes et dont le chiffre d'affaires ou le total du bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros.

Sous-section 1 : Choix des critères d'attribution

ARTICLE R.2152-6

Les offres régulières, acceptables et appropriées, et qui n'ont pas été rejetées en application des articles R.2152-3 à R.2152-5 et R.2153-3, sont classées par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution.

ARTICLE R.2152-7

Pour attribuer le marché au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde:
1° Soit sur un critère unique qui peut être:
a) Le prix, à condition que le marché ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre;
b) Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie défini à l'article R.2152-9;
2° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir des critères suivants:
a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal;
b) Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles;
c) L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché.
D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.
Les critères d'attribution retenus doivent pouvoir être appliqués tant aux variantes qu'aux offres de base.

JURISPRUDENCES

● **La pondération « particulièrement disproportionnée entre le critère technique et le critère financier, dont le ministre de**

la défense n'établit pas la nécessité au regard de l'objet du marché de prestations de formation, a pour effet en pratique de contrecarrer la portée du critère du prix dans l'appréciation globale des offres». En l'espèce, la pondération à 10 % du prix était faible, selon la Cour, car cela ne permet pas de rattraper des écarts trop importants sur la valeur technique. Il s'agissait pourtant de prestations intellectuelles.
CAA Nantes, 29 mars 2019, n°17NT01869

● Un acheteur a opté pour une simulation à partir de commandes réalisées au cours d'une période antérieure. Mais il n'a pas communiqué assez d'informations aux opérateurs afin qu'ils puissent élaborer une offre compétitive.
CE, 12 juillet 2019, n° 429782

● Si l'acheteur souhaite retenir d'autres critères que le prix, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou hiérarchisation des critères, y compris des sous-critères, dès lors que ces derniers sont susceptibles d'influer sur la notation des offres. Il n'est pas tenu cependant de communiquer la méthode de notation.
CAA Lyon, 5 décembre 2019, n°17LY02839

● La méthode non proportionnelle attribuant une note nulle à toute offre deux fois plus chère que l'offre la moins-disante est validée. Pour le juge, «la méthode litigieuse n'a pas pour effet l'attribution automatique d'une note nulle aux offres les plus onéreuses. Si elle peut avoir pour effet d'accentuer les écarts entre les prix des offres, ce n'est que dans l'hypothèse où existe un écart de prix substantiel entre celles-ci, la note de 0/40 n'étant attribuée qu'aux offres dont le prix est plus de deux fois supérieur à celui de la moins-disante, offre qui n'a nécessairement pas été écartée comme étant anormalement basse». «Si l'écart de note sur le critère prix qui peut ainsi résulter de l'attribution de cette note nulle, poursuit le magistrat, n'est pas proportionnel à l'écart constaté entre le montant des offres, il reflète néanmoins un écart de prix suffisamment conséquent par rapport à l'offre la moins onéreuse.
En outre, compte tenu de la pondération des deux critères, cette méthode n'a pas pour effet d'éliminer une offre notée 0/40 sur le prix, celle-ci demeurant toujours susceptible d'emporter le marché en fonction des notes attribuées sur le critère de la valeur technique des offres».
TA Rennes, 30 décembre 2019, n°1905847

● La méthode consistant à noter uniquement un taux de remise sur catalogue est jugée irrégulière. Un taux de remise ne signifie pas grand-chose. Tout dépend du prix figurant sur le catalogue lui-même.
Pour les juges, cette méthode est irrégulière. Mais ce manquement n'entraîne pas automatiquement l'annulation de la procédure. Il faut que cette méthode ait lésé le candidat non retenu.
TA Nîmes, 31 décembre 2019, n°1904188 et 1904189

● Le montant du budget consacré à l'alimentation des enfants par les candidats n'est pas sans lien avec le sous-critère de la qualité du projet d'établissement intégré dans le critère de la valeur technique des offres. Et ce montant du budget pouvait également servir à la notation d'un autre critère, celui financier reposant sur le prix unitaire à la place de crèche.
CE, 20 novembre 2020, n°427761

● Le fait que l'offre du candidat évincé ait été examinée et classée ne fait pas obstacle à ce que l'acheteur puisse le cas échéant se prévaloir de l'irrégularité de cette offre devant le juge.
CAA Lyon, 14 novembre 2019, n°17LY01062

● Une offre peut être valablement rejetée si elle ne respecte pas les exigences du CCTP et une norme à laquelle le marché renvoyait. Et si le candidat écarté conteste, il appartient au juge de vérifier si celui-ci avait des chances de remporter le contrat. Si tel n'était pas le cas, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre, et à être indemnisé de son manque à gagner. En revanche, le candidat ne peut prétendre à une indemnisation de ce manque à gagner, si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général.
CAA Versailles, 2 novembre 2021, n°19VE02748

● L'article R.2151-6 du code de la commande publique prévoit que le soumissionnaire transmet son offre en une seule fois, et que si plusieurs offres sont successivement transmises par un même soumissionnaire, seule est ouverte la dernière offre reçue par l'acheteur dans le délai fixé pour la remise des offres. Cet article ne s'applique pas aux délégations de service public.
L'acheteur public doit faire preuve de bonne foi : en analysant les offres, il aurait dû faire preuve de discernement et constater que le second envoi (qui était un complément de son offre initiale) était manifestement trop léger pour constituer la véritable offre du soumissionnaire. Il aurait dû reconstituer l'offre.
CE, 20 décembre 2021, n° 454801

● Si l'acheteur prévoit des sous-critères et en leur sein, des éléments d'appréciation, ces derniers ne doivent pas bénéficier d'une importance différente, car à défaut, ils deviennent des «sous-sous-critères» dont le poids doit être porté à la connaissance des soumissionnaires.
TA Marseille, 12 août 2022, n°2206089

● L'implantation géographique d'un candidat n'est pas un critère recevable. Si celle-ci est indispensable, elle peut être exigée au stade de l'exécution du marché public concerné.
CJUE, 14 juillet 2022, C-436/20

● La notation du critère prix peut reposer sur la moyenne de deux offres proposées (l'une portant sur la tranche ferme plus celle optionnelle n°1, l'autre sur la tranche ferme plus celle optionnelle n°2).
TA Rennes, 29 avril 2022, n°2201923

● Une erreur manifeste d'appréciation de l'offre de l'attributaire aurait été commise, mais «en l'espèce, l'erreur invoquée a des conséquences si faibles sur les notes attribuées» que pour le juge, elle est «sans incidence sur l'appréciation effectuée» par l'acheteur.
TUE, 19 octobre 2022, n°T 717/20

● Le refus (en l'espèce) d'un acheteur de prolonger à nouveau un délai de validité des offres de 240 jours, est valable.
TA Réunion, 4 août 2022, n°2200880

● Un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de communiquer aux candidats les barèmes utilisés pour apprécier les sous-critères de notation des offres, dès lors que les critères et sous-critères sont suffisamment détaillés dans le dossier de consultation.
CE, 2 août 2023, n°472976

● La seule circonstance que l'offre d'un candidat évincé aurait été sous-évaluée ou mal-évaluée ne suffit pas à justifier une indemnisation de son manque à gagner. Il faut que ce candidat démontre, en plus d'une éventuelle sous-évaluation, qu'elle aurait été mieux classée que celles des autres candidats et qu'il avait ainsi des chances sérieuses d'emporter le contrat.
CE, 24 mai 2024, n°474763

● Une méthode de notation visant à retenir la moyenne pondérée du rang de classement obtenu pour chaque critère par les soumissionnaires est irrégulière.
CE, 7 juin 2024, n°489404

● Le manque à gagner d'un candidat irrégulièrement évincé est évalué par la soustraction du total du chiffre d'affaires non réalisé de l'ensemble des charges variables et de la quote-part des coûts fixes affectée à l'exécution du marché.
CE, 31 octobre 2024, n°490242

ARTICLE R.2152-8
En cas de dialogue compétitif et pour les partenariats d'innovation, l'offre économiquement la plus avantageuse est identifiée sur la base d'une pluralité de critères conformément aux dispositions du 2° de l'article R.2152-7.

Sous-section 2 : Utilisation du coût du cycle de vie comme critère d'attribution

COMMENTAIRE

Par-delà une approche « développement durable » d'un acte d'achat, l'intégration du coût du cycle de vie dans les critères d'un marché, relève d'un bon achat et d'une recherche du juste prix. Le frigo le moins cher ne constitue pas nécessairement la meilleure offre économiquement, car il risque d'avoir un coût d'utilisation important (consommation énergétique), coût d'entretien élevé, durée de vie courte, et externalités environnementales peu efficiente.
Le véritable « prix » d'un produit ou d'un ouvrage, découle d'une approche globale de ce produit ou ouvrage. Le CCP se contente ici, de reprendre les termes consacrés par les directives européennes de 2014, actuellement en vigueur, ayant utilisé pour la première fois ce concept de « cycle de vie ».

ARTICLE R.2152-9
Le coût du cycle de vie couvre, dans la mesure où ils sont pertinents, tout ou partie des coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage:
1° Les coûts supportés par l'acheteur ou par d'autres utilisateurs, tels que:
a) Les coûts liés à l'acquisition;
b) Les coûts liés à l'utilisation comme la consommation d'énergie et d'autres ressources;
c) Les frais de maintenance;
d) Les coûts liés à la fin de vie comme les coûts de collecte et de recyclage;
2° Les coûts imputés aux externalités environnementales et liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée. Ces coûts peuvent inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique.

ARTICLE R.2152-10
Lorsque l'acheteur évalue les coûts selon une approche fondée sur le cycle de vie, il indique dans les documents de la consultation les données que doivent fournir les soumissionnaires et la méthode qu'il utilisera pour déterminer le coût du cycle de vie sur la base de ces données.
La méthode utilisée pour évaluer les coûts imputés aux externalités environnementales respecte l'ensemble des conditions suivantes:
a) Elle se fonde sur des critères non discriminatoires et vérifiables de façon objective;
b) Elle est accessible à toutes les parties intéressées;
c) Elle implique que les données requises puissent être fournies moyennant un effort raisonnable consenti par des opérateurs économiques normalement diligents.

Sous-section 3 : Publicité des critères et de leurs modalités de mise en œuvre

ARTICLE R.2152-11
Les critères d'attribution ainsi que les modalités de leur mise en œuvre sont indiqués dans les documents de la consultation.

ARTICLE R.2152-12
Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, les critères d'attribution font l'objet d'une pondération ou, lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, sont indiqués par ordre décroissant d'importance.
La pondération peut être exprimée sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié.

SECTION 4 : MISE AU POINT DU MARCHÉ

ARTICLE R.2152-13
L'acheteur et le soumissionnaire retenu peuvent procéder à une mise au point des composantes du marché avant sa signature. Cependant, cette mise au point ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles de l'offre ou du marché.

COMMENTAIRE

Une « mise au point » ne doit pas se traduire par une « négociation ». Elle peut consister à corriger des erreurs évidentes ou à préciser les termes d'un cahier des charges, afin d'éviter tout différend durant la phase d'exécution.

Chapitre III : Offres présentées par des opérateurs économiques ou comportant des produits d'Etats tiers

SECTION 1 : PRINCIPES GÉNÉRAUX

ARTICLE L.2153-1
L'acheteur garantit aux opérateurs économiques ainsi qu'aux travaux, fournitures et services issus des Etats parties à l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ou à un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie, dans la limite de ces accords, un traitement équivalent à celui garanti aux opérateurs économiques, aux travaux, aux fournitures et aux services issus de l'Union européenne.
Dans les autres cas, les acheteurs peuvent introduire dans les documents de la consultation des critères ou des restrictions fondés sur l'origine de tout ou partie des travaux, fournitures ou services composant les offres proposées ou la nationalité des opérateurs autorisés à soumettre une offre.
Les modalités d'application du présent alinéa sont précisées par voie réglementaire.
Pour l'application du présent livre, les Etats parties à l'Espace économique européen

qui ne sont pas membres de l'Union européenne sont assimilés à des Etats membres de l'Union européenne.

ARTICLE R.2153-1
Les acheteurs peuvent introduire dans les documents de la consultation des critères ou des restrictions fondées sur l'origine de tout ou partie des travaux, fournitures ou services composant les offres proposées ou la nationalité des opérateurs économiques autorisés à soumettre une offre, en tenant compte du champ géographique et sectoriel des accords internationaux mentionnés par l'article L.2153-1 ainsi que des éventuelles restrictions qu'ils comportent.

ARTICLE R.2153-2
Les pays et les secteurs pour lesquels les mesures visées à l'article R.2153-1 ne peuvent être introduites sont précisés en tant que de besoin et en fonction du contenu des accords mentionnés à l'article L.2153-1, par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.

SECTION 2 : MARCHÉS DE FOURNITURES DES ENTITÉS ADJUDICATRICES

ARTICLE L.2153-2
Lorsqu'une offre présentée dans le cadre de la passation d'un marché de fournitures par une entité adjudicatrice contient des produits originaires de pays tiers avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays, ou auxquels le bénéfice d'un tel accord n'a pas été étendu par une décision du Conseil de l'Union européenne, cette offre peut être rejetée lorsque les produits originaires des pays tiers représentent la part majoritaire de la valeur totale des produits composant cette offre, dans des conditions prévues par voie réglementaire. Lorsque deux ou plusieurs offres sont équivalentes au regard des critères d'attribution, une préférence peut être accordée à l'une d'entre elles dans des conditions prévues par voie réglementaire.

ARTICLE R.2153-3
Pour l'application de l'article L.2153-2, une offre peut être rejetée lorsque la part des produits originaires de pays tiers excède 50% de la valeur totale des produits composant cette offre.
Pour l'application du présent article, les logiciels utilisés dans les équipements de réseaux de télécommunications sont considérés comme des produits.

JURISPRUDENCE

● Les opérateurs économique de pays tiers à l'Union Européenne, n'ayant pas conclu d'accord de libre-échange avec l'UE, n'ont pas un accès garanti aux marchés publics dans l'Union, compte tenu de l'absence de réciprocité.
CJUE, 22 octobre 2024, aff. C-652/22

ARTICLE R.2153-4
Lorsque deux ou plusieurs offres sont équivalentes au regard des critères d'attribution, une préférence est accordée à celle des offres qui ne peut être rejetée en application de l'article R.2153-3. Les offres sont considérées comme équivalentes si l'écart entre leur prix respectif n'excède pas 3%.
Toutefois, ce droit de préférence n'est pas mis en œuvre lorsque l'acceptation de l'offre obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel présentant des caractéristiques techniques différentes de celles du matériel qu'elle possède déjà et entraînerait une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien ou des coûts disproportionnés.

ARTICLE R.2153-5
La liste des pays et des secteurs couverts, à la date de sa publication, par un accord mentionné à l'article L.2153-2 est précisée en tant que de besoin par un arrêté du ministre chargé de l'économie.
Cet arrêté précise également, pour un pays ou un secteur donné, si, en fonction du contenu de ces accords, les engagements conclus comportent des restrictions de nature à empêcher un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés des pays tiers.

TITRE VI : RÈGLES APPLICABLES AUX PROCÉDURES DE PASSATION ET AUX TECHNIQUES D'ACHAT

Le présent titre ne comprend pas de dispositions législatives.

Chapitre Ier : Règles applicables aux procédures formalisées

ARTICLE R.2161-1
Les dispositions du présent chapitre relatives aux délais de présentation des candidatures et des offres s'appliquent sans préjudice de celles figurant aux articles R.2143-1, R.2151-1 et R.2151-2.

SECTION 1 : APPEL D'OFFRES

Sous-section 1 : Appel d'offres ouvert

ARTICLE R.2161-2
Le délai minimal de réception des candidatures et des offres est de trente-cinq jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché.

ARTICLE R.2161-3
Le délai minimal fixé à l'article R.2161-2 peut être ramené:
1° A quinze jours si l'acheteur a publié un avis de pré-information ou un avis périodique indicatif qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence et lorsque les conditions suivantes sont réunies:
a) L'avis de pré-information ou l'avis périodique indicatif a été envoyé pour publication trente-cinq jours au moins à douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché;
b) Cet avis contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication;
2° A trente jours si les candidatures et les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique;
3° A quinze jours lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend le délai minimal impossible à respecter.

ARTICLE R.2161-4
L'acheteur peut décider d'examiner les offres avant les candidatures. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, il examine les candidatures de manière impartiale et transparente.
Il veille notamment à ce que sa connaissance des offres n'influe en rien sur l'appréciation des motifs d'exclusion ou des critères de sélection.

ARTICLE R.2161-5
L'acheteur ne peut négocier avec les soumissionnaires. Il lui est seulement possible de leur demander de préciser la teneur de leur offre.

Sous-section 2 : Appel d'offres restreint

ARTICLE R.2161-6
Les délais minimaux de réception des candidatures sont:
1° Pour les pouvoirs adjudicateurs, de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de pré-information, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt. Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend ce délai minimal impossible à respecter, le pouvoir adjudicateur peut fixer un délai de réception des candidatures qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de l'invitation à confirmer l'intérêt;
2° Pour les entités adjudicatrices, de quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de l'invitation à confirmer l'intérêt.

ARTICLE R.2161-7
Le délai minimal de réception des offres est, pour les pouvoirs adjudicateurs, de trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

ARTICLE R.2161-8
Le délai minimal fixé à l'article R.2161-7 peut être ramené:
1° A dix jours si le pouvoir adjudicateur a publié un avis de pré-information qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence et lorsque cet avis remplit les conditions suivantes:
a) Il a été envoyé pour publication trente-cinq jours au moins à douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché;
b) Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication;
2° A vingt-cinq jours si les offres sont transmises par voie électronique;
3° A dix jours lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend le délai minimal impossible à respecter.

ARTICLE R.2161-9
Un pouvoir adjudicateur autre qu'une autorité publique centrale dont la liste figure dans un avis annexé au présent code peut fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous.
En l'absence d'accord, il fixe un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

COMMENTAIRE
Cette disposition, ainsi que l'article suivant, autorise implicitement un acheteur (en appel d'offres restreint) à ne pas prévoir une date limite de remise des « offres » dès le lancement de la consultation, et à l'établir dans un second temps, « par accord » éventuellement entre les candidats présélectionnés. Certes, le délai devra respecter l'un des délais minimaux mentionnés aux articles précédents.

ARTICLE R.2161-10
Une entité adjudicatrice peut fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous. En l'absence d'accord, elle fixe un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

ARTICLE R.2161-11
L'acheteur ne peut négocier avec les soumissionnaires. Il lui est seulement possible de leur demander de préciser la teneur de leur offre.

SECTION 2 : PROCÉDURE AVEC NÉGOCIATION

COMMENTAIRE
La « négociation » (portant sur les termes d'une offre déjà reçue) ne doit pas être confondue avec une phase de « dialogue » (cf. la procédure de dialogue compétitif) ou une phase d'« audition » (qui ne portera pas sur le volet financier, mais plutôt sur la simple présentation – et pas négociation – du volet technique d'une offre). Les acheteurs doivent à cet égard, être rigoureux dans les termes qu'ils utilisent dans leurs règlements de consultation et rapports d'analyse des offres.

Sous-section 1 : Règles applicables aux pouvoirs adjudicateurs

ARTICLE R.2161-12
Le délai minimal de réception des candidatures est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de pré-information, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt. Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend ce délai minimal impossible à respecter, le pouvoir adjudicateur peut fixer un délai de réception des candidatures qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence ou de l'invitation à confirmer l'intérêt.

ARTICLE R.2161-13
Le pouvoir adjudicateur indique dans les documents de la consultation les exigences minimales que doivent respecter les offres.

ARTICLE R.2161-14
Le délai minimal de réception des offres initiales est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

ARTICLE R.2161-15
Le délai minimal fixé à l'article R.2161-14 peut être ramené:
1° A dix jours si le pouvoir adjudicateur a publié un avis de pré-information qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence et lorsque cet avis remplit les conditions suivantes:
a) Il a été envoyé pour publication trente-cinq jours au moins à douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché;
b) Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication;
2° Vingt-cinq jours si les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique;
3° Dix jours lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend le délai minimal impossible à respecter.

ARTICLE R.2161-16
Un pouvoir adjudicateur autre qu'une autorité publique centrale dont la liste figure dans un avis annexé au présent code peut fixer la date limite de réception des offres

d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous. En l'absence d'accord, il fixe un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

ARTICLE R.2161-17

Le pouvoir adjudicateur négocie avec tous les soumissionnaires leurs offres initiales et ultérieures, à l'exception des offres finales. Il peut toutefois attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt qu'il se réserve la possibilité de le faire. Les exigences minimales mentionnées à l'article R.2161-13 et les critères d'attribution ne peuvent faire l'objet de négociations.

COMMENTAIRE

Cela signifie que la négociation porte bien sur une offre «initiale» (déjà reçue) et pas sur une offre «finale» (sinon, l'acheteur devra refaire un tour de négociation auprès des soumissionnaires).

ARTICLE R.2161-18

La procédure avec négociation peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution définis dans les documents de la consultation. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'un de ces documents, s'il fera usage de cette possibilité. Dans la phase finale de négociation, le nombre d'offres restant à négocier doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant d'offres remplissant les conditions requises.

ARTICLE R.2161-19

Le pouvoir adjudicateur informe par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées en application de l'article R.2161-18 de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de la consultation, à l'exception de ceux qui définissent les exigences minimales. A la suite de ces changements, le pouvoir adjudicateur accorde aux soumissionnaires un délai suffisant et identique pour leur permettre de modifier leurs offres et, le cas échéant, de les présenter à nouveau.

ARTICLE R.2161-20

Lorsque le pouvoir adjudicateur entend conclure les négociations, il en informe les soumissionnaires restant en lice et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées.

Sous-section 2 : Règles applicables aux entités adjudicatrices

ARTICLE R.2161-21

Le délai minimal de réception des candidatures est de quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis périodique indicatif, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

ARTICLE R.2161-22

La date limite de réception des offres peut être fixée d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous. En l'absence d'accord, l'entité adjudicatrice fixe un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

ARTICLE R.2161-23

L'entité adjudicatrice peut attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt qu'elle se réserve la possibilité de le faire.

COMMENTAIRE

Les enseignements de la jurisprudence sont ici intégrés dans le CCP. L'acheteur doit prévoir une «possible» négociation pour pouvoir s'en exonérer le cas échéant. Attention, cet article exige que cela figure dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer un intérêt.

SECTION 3 : DIALOGUE COMPÉTITIF

ARTICLE R.2161-24

L'acheteur définit ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché et, le cas échéant, dans un programme fonctionnel ou un projet partiellement défini.
Les modalités du dialogue, les critères d'attribution et un calendrier indicatif sont précisés dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation.

ARTICLE R.2161-25

Le délai minimal de réception des candidatures est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

ARTICLE R.2161-26

L'acheteur ouvre avec les participants sélectionnés un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins. Tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les participants sélectionnés.

ARTICLE R.2161-27

Le dialogue peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter, en appliquant les critères d'attribution définis dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. L'acheteur indique, dans les documents de la consultation, s'il fera usage de cette possibilité. Dans la phase finale de dialogue, le nombre de solutions restant à discuter doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions remplissant les conditions requises. L'acheteur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

ARTICLE R.2161-28

Lorsqu'il estime que le dialogue est arrivé à son terme, l'acheteur en informe les participants restant en lice et les invite à présenter leur offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue. Il vérifie que les offres finales comprennent tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet.

ARTICLE R.2161-29

Des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments peuvent être demandés aux participants sur leur offre finale. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre finale, notamment les besoins et exigences indiqués dans les documents de la consultation.

ARTICLE R.2161-30

A la demande de l'acheteur, l'attributaire peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché.

COMMENTAIRE

Cette clarification ne revient pas à une « négociation » ou remise d'une nouvelle offre. On est ici, dans le cadre, d'une phase de « dialogue » compétitif arrivé à son terme.

ARTICLE R.2161-31

L'acheteur peut prévoir des primes au profit des participants au dialogue. Le montant de la prime est indiqué dans les documents de la consultation et la rémunération du titulaire du marché tient compte de la prime qui lui a été éventuellement versée pour sa participation à la procédure.

Chapitre II : Règles applicables aux techniques d'achat

SECTION I : ACCORDS-CADRES

COMMENTAIRE

Il existe plusieurs formules d'accords-cadres. Il est donc vivement conseillé aux acheteurs de qualifier le type d'accord-cadre auquel ils ont recours : accord-cadre à marchés subséquents, accord-cadre à bons de commande ; ou un accord-cadre qui aurait une partie à marchés subséquents et une autre partie à bons de commande (cf. art. R.2162-3).

JURISPRUDENCE

● Lorsque le titulaire d'un accord-cadre multi-attributaires, engage un recours en contestation de la validité de cet accord-cadre, le juge ne peut pas prononcer la résiliation ou l'annulation de l'accord-cadre dans son ensemble. Il peut annuler ou résilier spécifiquement l'accord-cadre signé avec l'entreprise concernée, et ce, même cela a pour conséquence de ramener le nombre des titulaires de l'accord-cadre à un nombre inférieur à celui qui avait été fixé dans le règlement de la consultation.
CE, 24 novembre 2023, n°474108

Sous-section 1 : Dispositions générales

ARTICLE R.2162-1

Les acheteurs ne peuvent recourir aux accords-cadres de manière abusive ou aux fins d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

ARTICLE R.2162-2

Lorsque l'accord-cadre ne fixe pas toutes les stipulations contractuelles, il donne lieu à la conclusion de marchés subséquents dans les conditions fixées aux articles R.2162-7 à R.2162-12..
Lorsque l'accord-cadre fixe toutes les stipulations contractuelles, il est exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande dans les conditions fixées aux articles R.2162-13 et R.2162-14. Toutefois, lorsqu'il est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, il peut prévoir qu'il peut donner lieu, pour une partie des prestations, à la conclusion de marchés subséquents après remise en concurrence des titulaires conformément aux dispositions des articles R.2162-7 à R.2162-12, à condition que les documents de la consultation:
1° Indiquent expressément la possibilité de recourir à cette faculté;
2° Définissent les circonstances objectives déterminant le choix de recourir à un marché subséquent;
3° Précisent les termes de l'accord-cadre pouvant faire l'objet d'une remise en concurrence.

ARTICLE R.2162-3

Un accord-cadre peut être exécuté en partie par la conclusion de marchés subséquents et en partie par l'émission de bons de commande, à condition que l'acheteur identifie les prestations qui relèvent des différentes parties de l'accord-cadre.

ARTICLE R.2162-4

Les accords-cadres peuvent être conclus:
1° Soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité;
2° Soit avec seulement un maximum en valeur ou en quantité.

COMMENTAIRE

Tirant les enseignements de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, du 17 juin 2021, « Simonsen & Weel A/S c/ Région Nordjylland og Region Syddanmark », aff. C-23/20, l'article R.2162-4 a été modifié par le décret n° 2021-1111 du 23 août 2021, afin de rendre implicitement obligatoire de prévoir un montant maximum « en valeur ou en quantité », quel que soit le type d'accord-cadre concerné (à bons de commande ou non), et quel que soit son montant. Il n'est pas juridiquement valable de conclure un contrat relevant du champ d'application de la réglementation des marchés publics, sans la mention d'un volume financier ou quantitatif « maximum ». La mention d'un « minimum » relevant du libre arbitre de l'acheteur ; elle a vocation à inciter à établir une meilleure offre financière au regard d'un volume ou chiffre d'affaires garanti.
Le Code de la commande publique, dans sa version originelle, n'était pas en effet conforme aux termes des directives européennes sur ce point. La lecture attentive de l'interprétation jurisprudentielle des magistrats de la Cour, montre que : non seulement, le volume « maximum » doit figurer mentionner dans l'avis de marché (c'est bien une obligation) ; mais également qu'il doit être contractualisé (afin d'éviter à l'acheteur de passer des commandes pour un montant beaucoup plus important que cette limite d'étendue du contrat). Il convient donc de faire figurer ce « maximum » dans l'acte d'engagement et/ou dans le cahier des charges. Le volume « maximal » peut bien évidemment être établi au-delà de l'estimation réaliste du besoin, établi initialement par l'acheteur. Il convient de fixer un plafond maximum, au-delà duquel l'accord-cadre n'a plus d'existence juridique et l'acheteur ne peut plus s'en prévaloir pour passer des commandes.
A noter que cette réforme s'applique seulement aux consultations engagées ou dont l'avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à l'organe de publication, depuis le 1er janvier 2022 (cf. art. 31 du décret n° 2021-1111 précité).

ARTICLE R.2162-5

Les marchés subséquents et les bons de commande ne peuvent être conclus ou émis que durant la période de validité de l'accord-cadre. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre. L'acheteur ne peut fixer une durée telle que l'exécution des marchés subséquents ou des bons de commande se prolonge au-delà de la date limite de vali-

dité de l'accord-cadre dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique.

ARTICLE R.2162-6

Les marchés subséquents et les bons de commande sont conclus ou émis entre les acheteurs identifiés à cette fin dans l'avis d'appel à la concurrence, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans un autre document de la consultation, et le ou les opérateurs économiques titulaires de l'accord-cadre.

Sous-section 2 : Dispositions propres aux marchés subséquents

ARTICLE R.2162-7

Les marchés subséquents précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre. Ils ne peuvent entraîner des modifications substantielles des termes de l'accord-cadre.

ARTICLE R.2162-8

Les marchés subséquents peuvent prendre la forme d'un accord-cadre fixant toutes les conditions d'exécution des prestations et exécuté au moyen de bons de commande dans les conditions fixées aux articles R.2162-13 et R.2162-14.

ARTICLE R.2162-9

Pour les pouvoirs adjudicateurs, lorsqu'un accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique, les marchés subséquents sont attribués dans les conditions fixées par l'accord-cadre. Préalablement à la conclusion des marchés subséquents, le pouvoir adjudicateur peut demander par écrit au titulaire de compléter son offre.

ARTICLE R.2162-10

Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, le pouvoir adjudicateur organise une mise en concurrence selon la procédure suivante:
1° Pour chacun des marchés subséquents, le pouvoir adjudicateur consulte par écrit les titulaires de l'accord-cadre ou, lorsque l'accord-cadre a été divisé en lots, les titulaires du lot correspondant à l'objet du marché subséquent;
2° Le pouvoir adjudicateur fixe un délai suffisant pour la présentation des offres en tenant compte d'éléments tels que la complexité des prestations attendues ou le temps nécessaire à la transmission des offres;
3° Les offres sont proposées conformément aux caractéristiques fixées par l'accord-cadre et les documents de la consultation propres au marché subséquent. Elles sont établies par écrit et ne sont pas ouvertes avant l'expiration du délai prévu pour le dépôt des offres;
4° Le marché subséquent est attribué à celui ou à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base des critères d'attribution énoncés dans l'accord-cadre.
L'accord-cadre peut prévoir que l'attribution de certains marchés subséquents ne donnera pas lieu à remise en concurrence lorsqu'il apparaît que, pour des raisons techniques, ces marchés ne peuvent plus être confiés qu'à un opérateur économique déterminé. Tel est notamment le cas lorsqu'aucun produit, matériel ou service ne peut être substitué au produit, matériel ou service à acquérir et qu'un seul des titulaires est en mesure de le fournir.

JURISPRUDENCES

● **Un préfet a engagé un déféré préfectoral en contestation de la validité d'un marché subséquent à un accord-cadre, dont le critère unique (de remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre) était le prix. La Cour valide ce critère unique, au motif que l'article L.2125-1 du code de la commande publique applique les règles habituelles des marchés publics aux accords-cadres, et qu'en application de l'article R.2152-7 du même code, l'accord-cadre doit être attribué au (x) soumissionnaire(s) ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Or si l'acheteur choisit de recourir à un seul critère, ce ne peut être que le critère du prix ou du coût. Tel était la possibilité offerte par le texte en vigueur à l'époque des faits.**
Autre point important : les juges confirment la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de reprendre, au moment d'établir l'analyse des offres du marché subséquent, la note technique qui avait été obtenue au moment de la mise en concurrence de l'accord-cadre initiale. Cela revient à dire qu'il est possible de prévoir un critère technique au stade de l'attribution d'un marché subséquent, dont une notation était déjà intervenue lors de l'attribution de l'accord-cadre initial (multi-attributaire), et donc, de reprendre à l'identique cette note.
CAA Bordeaux, 2 décembre 2021, n°21BX01447

● **Lorsque le titulaire d'un accord-cadre multi-attributaires, engage un recours en contestation de la validité de cet accord-cadre, le juge ne peut pas prononcer la résiliation ou l'annulation de l'accord-cadre dans son ensemble. Il peut annuler ou résilier spécifiquement l'accord-cadre signé avec l'entreprise concernée, et ce, même cela a pour conséquence de ramener le nombre des titulaires de l'accord-cadre à un nombre inférieur à celui qui avait été fixé dans le règlement de la consultation.**
CE, 24 novembre 2023, n°474108

ARTICLE R.2162-11

Pour les entités adjudicatrices, les marchés subséquents sont passés sur la base de règles ou de critères objectifs et non discriminatoires définis dans l'accord-cadre, qui peuvent inclure la remise en concurrence des titulaires.

ARTICLE R.2162-12

Lorsqu'une remise en concurrence est prévue, l'entité adjudicatrice fixe un délai suffisant pour permettre la présentation des offres.
Le marché subséquent est attribué à celui ou à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base des critères d'attribution définis dans l'accord-cadre.

Sous-section 3 : Dispositions propres aux bons de commande

ARTICLE R.2162-13

Les bons de commande sont des documents écrits adressés aux titulaires de l'accord-cadre qui précisent celles des prestations, décrites dans l'accord-cadre, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité.

ARTICLE R.2162-14

L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence

préalable des titulaires, selon des modalités prévues par l'accord-cadre.

SECTION 2 : CONCOURS

Sous-section 1 : Déroulement du concours

ARTICLE R.2162-15
L'acheteur publie un avis de concours dans les conditions prévues aux articles R.2131-12, R.2131-13 et R.2131-16 à R.2131-20. Lorsqu'il entend attribuer un marché de services au lauréat ou à l'un des lauréats du concours en application de l'article R.2122-6, il l'indique dans l'avis de concours.

ARTICLE R.2162-16
Lorsque le concours est restreint, l'acheteur établit des critères de sélection des participants au concours. Le nombre de candidats invités à participer au concours est suffisant pour garantir une concurrence réelle. L'acheteur fixe, au vu de l'avis du jury, la liste des candidats admis à concourir et les candidats non retenus en sont informés.

ARTICLE R.2162-17
Pour l'organisation du concours, l'acheteur fait intervenir un jury composé selon les modalités prévues à la sous-section 2.

ARTICLE R.2162-18
Après avoir analysé les candidatures et formulé un avis motivé sur celles-ci, le jury examine les plans et projets présentés de manière anonyme par les opérateurs économiques admis à participer au concours, sur la base des critères d'évaluation définis dans l'avis de concours.
Il consigne dans un procès-verbal, signé par ses membres, le classement des projets ainsi que ses observations et, le cas échéant, tout point nécessitant des éclaircissements et les questions qu'il envisage en conséquence de poser aux candidats concernés. L'anonymat des candidats peut alors être levé.
Le jury peut ensuite inviter les candidats à répondre aux questions qu'il a consignées dans le procès-verbal. Un procès-verbal complet du dialogue entre les membres du jury et les candidats est établi.

ARTICLE R.2162-19
L'acheteur choisit le ou les lauréats du concours au vu des procès-verbaux et de l'avis du jury et publie un avis de résultats de concours dans les conditions prévues aux articles R.2183-1 à R.2183-7.

ARTICLE R.2162-20
Une prime est allouée aux participants qui ont remis des prestations conformes au règlement du concours. Sous réserve des dispositions des articles R.2172-4 à R.2172-6, le montant de la prime est librement défini par l'acheteur et est indiqué dans les documents de la consultation.

ARTICLE R.2162-21
Lorsqu'un marché de services est attribué au lauréat ou à l'un des lauréats du concours, sa rémunération tient compte de la prime qu'il a reçue pour sa participation au concours.

Sous-section 2 : Composition du jury

ARTICLE R.2162-22
Le jury est composé de personnes indépendantes des participants au concours. Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à un concours, au moins un tiers des membres du jury doit posséder cette qualification ou une qualification équivalente.

ARTICLE R.2162-23
Pour les concours organisés par l'Etat, les membres du jury sont désignés selon les modalités suivantes:
1° En ce qui concerne les administrations centrales de l'Etat, les services à compétence nationale et les services déconcentrés qui ne sont pas placés sous l'autorité du préfet, par le ministre dont ils dépendent;
2° En ce qui concerne les services déconcentrés de l'Etat placés sous l'autorité du préfet, par le préfet.

ARTICLE R.2162-24
Pour les concours organisés par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux et des offices publics de l'habitat, les membres élus de la commission d'appel d'offres font partie du jury.

ARTICLE R.2162-25
Pour les concours organisés par les acheteurs autres que ceux mentionnés aux articles R.2162-23 et R.2162-24, les membres du jury sont désignés selon les règles propres à chaque établissement.

ARTICLE R.2162-26
Pour les groupements de commande mentionnés au I de l'article L.1414-3 du Code général des collectivités territoriales, les membres de la commission d'appel d'offres du groupement font partie du jury. Pour les autres groupements de commande, la composition du jury est fixée par la convention de groupement.

SECTION 3 : SYSTÈME DE QUALIFICATION DES ENTITÉS ADJUDICATRICES

ARTICLE R.2162-27
Les entités adjudicatrices peuvent recourir à un système de qualification établi par un tiers. Elles en informent les opérateurs économiques intéressés.

Sous-section 1 : Règles de publicité

ARTICLE R.2162-28
Pour mettre en place un système de qualification, l'entité adjudicatrice publie un avis sur l'existence d'un tel système dans les conditions fixées à l'article R.2131-19 et R.2131-20.
Cet avis mentionne son objet, sa durée et les modalités d'accès aux règles qui le gouvernent.
Il est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.

ARTICLE R.2162-29
L'entité adjudicatrice notifie à l'Office des publications de l'Union européenne tout changement de la durée du système en utilisant:
1° Un avis sur l'existence d'un système de qualification lorsque sa durée de validité est modifiée sans qu'il y soit mis un terme;
2° Un avis d'attribution lorsqu'il est mis fin au système.

Sous-section 2 : Qualification des opérateurs économiques

ARTICLE R.2162-30
Le système de qualification peut comprendre plusieurs stades de qualification.

L'entité adjudicatrice établit des règles et critères objectifs d'exclusion et de sélection des opérateurs économiques qui demandent à être qualifiés et des règles et critères objectifs de fonctionnement du système de qualification, portant sur des aspects tels que l'inscription au système, la mise à jour périodique des qualifications et la durée du système. Parmi ces critères, peut être retenue la capacité des candidats à respecter des spécifications techniques définies aux articles R.2111-4, R.2111-5, R.2111-9 et R.2111-10. Ces règles et ces critères peuvent être mis à jour.

ARTICLE R.2162-31
Les entités adjudicatrices veillent à ce que les opérateurs économiques puissent à tout moment demander à être qualifiés. Les règles et les critères de qualification leur sont communiqués sur leur demande. La mise à jour des règles et des critères est communiquée à tous les opérateurs économiques intéressés. Les opérateurs économiques sont informés des décisions relatives à leur qualification dans les conditions de l'article R.2181-5 et R.2181-6.

ARTICLE R.2162-32
Les entités adjudicatrices ne peuvent mettre fin à la qualification d'un opérateur économique que pour des raisons fondées sur les règles et critères mentionnés à l'article R.2162-30. L'intention de mettre fin à la qualification est préalablement notifiée à cet opérateur, par écrit motivé, au moins quinze jours avant la date prévue pour mettre fin à la qualification.

ARTICLE R.2162-33
Un relevé des opérateurs économiques qualifiés est conservé. Il peut être divisé en catégories par type de marchés pour la réalisation desquels la qualification est valable.

ARTICLE R.2162-34
Lorsque des frais sont facturés pour les demandes de qualification, pour la mise à jour ou la conservation d'une qualification déjà obtenue en vertu du système, ils sont proportionnés aux coûts occasionnés.

Sous-section 3 : Règles de passation des marchés conclus sur la base d'un système de qualification

ARTICLE R.2162-35
Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, l'accès aux documents de la consultation est offert dès que possible et au plus tard à la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.
Lorsqu'une mise en concurrence est effectuée au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, les marchés de travaux, fournitures ou services couverts par le système de qualification sont attribués selon une procédure d'appel d'offres restreint ou une procédure avec négociation dans laquelle les participants sont sélectionnés parmi les candidats déjà qualifiés selon un tel système.

ARTICLE R.2162-36
Lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur parce que l'entité adjudicatrice impose aux participants sélectionnés des exigences visant à protéger la confidentialité de certaines informations, cette dernière indique, dans les documents de la consultation, les mesures qu'elle impose en vue de protéger la confidentialité des informations ainsi que les modalités d'accès aux documents concernés.

SECTION 4 : SYSTÈME D'ACQUISITION DYNAMIQUE

Sous-section 1 : Mise en place du système d'acquisition dynamique

ARTICLE R.2162-37
Le système d'acquisition dynamique peut être subdivisé en catégories de fournitures, de services ou de travaux définies de manière objective sur la base des caractéristiques du marché à exécuter dans la catégorie concernée. Ces caractéristiques peuvent notamment renvoyer à la taille maximale autorisée de certains marchés spécifiques ou à une zone géographique précise dans laquelle certains marchés spécifiques seront exécutés.
Lorsque l'acheteur a subdivisé le système en catégories de produits, de services ou de travaux, il précise les critères de sélection applicables à chaque catégorie.

ARTICLE R.2162-38
Lorsqu'il met en place un système d'acquisition dynamique et que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur respecte les règles de l'appel d'offres restreint sous réserve des dispositions des articles R.2162-39, R.2162-41 à R.2162-47 et R.2162-49 à R.2162-51.

Paragraphe 1 : Formalités de publicité

ARTICLE R.2162-39
Pour mettre en place un système d'acquisition dynamique, l'acheteur publie un avis d'appel à la concurrence. Cet avis mentionne l'intention de l'acheteur de recourir à un tel système et indique la période de validité du système.
Lorsqu'un système d'acquisition dynamique est mis en place par une centrale d'achat, l'avis d'appel à la concurrence indique en outre s'il est susceptible d'être utilisé par d'autres acheteurs.

ARTICLE R.2162-40
Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur notifie à la Commission européenne tout changement de la durée de validité du système d'acquisition dynamique en utilisant les formulaires types suivants:
1° Le formulaire utilisé pour l'appel à la concurrence lorsque la durée de validité est modifiée sans qu'il soit mis fin au système;
2° L'avis d'attribution mentionné aux articles R.2183-1 à R.2183-7 lorsqu'il est mis fin au système.

Paragraphe 2 : Documents de la consultation

ARTICLE R.2162-41
L'acheteur offre par voie électronique, pendant toute la durée de validité du système, un accès libre, direct et complet aux documents de la consultation.

ARTICLE R.2162-42
L'acheteur précise dans les documents de la consultation la nature des achats envisagés

et leur quantité estimée ainsi que toutes les informations nécessaires concernant le système d'acquisition dynamique, y compris son éventuelle subdivision en catégories de produits, de services ou de travaux et les caractéristiques de ces catégories, les modalités de fonctionnement du système, l'équipement électronique utilisé et les arrangements et spécifications techniques de connexion.

Sous-section 2 : Sélection des opérateurs économiques participant au système d'acquisition dynamique

ARTICLE R.2162-43

Tout opérateur économique peut demander à participer au système d'acquisition dynamique pendant sa durée de validité.

ARTICLE R.2162-44

Le délai minimal de réception des candidatures est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de pré-information ou d'un avis périodique indicatif, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.
Après l'envoi de l'invitation à soumissionner pour le premier marché spécifique dans le cadre du système d'acquisition dynamique, aucun délai supplémentaire de réception des candidatures n'est applicable.

ARTICLE R.2162-45

L'acheteur procède à l'évaluation des candidatures dans un délai dix jours ouvrables après leur réception. Ce délai peut être porté à quinze jours ouvrables lorsque cela est justifié, notamment parce qu'il est nécessaire d'examiner des documents complémentaires ou de vérifier d'une autre manière si les critères de sélection sont remplis. L'acheteur peut prolonger la période d'évaluation des candidatures tant que l'invitation à soumissionner pour le premier marché spécifique n'a pas été envoyée. Il indique dans les documents de la consultation, la durée de la prolongation qu'il compte appliquer.

ARTICLE R.2162-46

Les candidats qui satisfont aux critères de sélection sont admis dans le système. Leur nombre n'est pas limité. L'acheteur informe dans les plus brefs délais les candidats.

ARTICLE R.2162-47

A tout moment au cours de la période de validité du système d'acquisition dynamique, l'acheteur peut demander aux candidats admis d'actualiser leur dossier de candidature, dans un délai de cinq jours ouvrables à compter de la date d'envoi de cette demande.

ARTICLE R.2162-48

Aucun frais ne peut être facturé avant ou pendant la période de validité du système d'acquisition dynamique aux opérateurs économiques intéressés ou participant au système d'acquisition dynamique.

Sous-section 3 : Règles de passation des marchés spécifiques conclus sur la base d'un système d'acquisition dynamique

ARTICLE R.2162-49

Afin de procéder à l'attribution d'un marché spécifique, l'acheteur invite tous les candidats admis dans le système d'acquisition dynamique à présenter une offre dans les conditions des articles R.2144-8 et R.2144-9.
Lorsque le système est subdivisé en catégories de produits, de services ou de travaux, l'acheteur invite tous les candidats admis pour la catégorie correspondant au marché spécifique concerné.

ARTICLE R.2162-50

Le délai minimal de réception des offres est de dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.
Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités publiques centrales dont la liste figure dans l'avis annexé au présent code et les entités adjudicatrices peuvent fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats invités à soumissionner, à condition que cette date soit la même pour tous.
En l'absence d'accord sur la date limite de réception des offres, le délai fixé ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

ARTICLE R.2162-51

Le marché spécifique est attribué au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base des critères d'attribution définis dans l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de pré-information ou d'un avis périodique indicatif, dans l'invitation à confirmer l'intérêt. Ces critères peuvent, le cas échéant, être précisés dans l'invitation à soumissionner.

SECTION 5 : CATALOGUES ÉLECTRONIQUES

ARTICLE R.2162-52

Lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques est requise, l'acheteur peut exiger que les offres soient présentées sous la forme d'un catalogue électronique ou qu'elles comportent un tel catalogue.

COMMENTAIRE

Il est recommandé à l'acheteur de procéder à un minimum de vérifications auprès d'opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés par la consultation, afin de voir s'ils disposent d'un tel catalogue électronique. Dans des secteurs d'achat où cet outil serait fort utile pour les acheteurs, bien des acteurs économiques n'en disposent pas encore.

ARTICLE R.2162-53

L'acheteur indique dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans l'invitation à soumissionner s'il autorise ou exige la présentation des offres sous la forme d'un catalogue électronique.
Il précise également, dans les documents de la consultation, toutes les informations requises en ce qui concerne le format, l'équipement électronique utilisé ainsi que les modalités de connexion et les spécifications techniques du catalogue.

ARTICLE R.2162-54

Les catalogues électroniques sont établis par les candidats ou les soumissionnaires conformément aux spécifications techniques et au format prévus par l'acheteur. Ils respectent les exigences applicables aux moyens de communication électronique ainsi que toute exigence supplémentaire définie par l'acheteur conformément aux dispositions des articles R.2132-1, à R.2132-7 et R.2132-11 à R.2132-13.
Les offres présentées sous la forme d'un catalogue électronique peuvent être accompagnées de documents complémentaires.

ARTICLE R.2162-55

Lorsque, dans le cadre de la procédure de passation d'un accord-cadre conclu avec

plusieurs opérateurs économiques, des offres ont été présentées sous la forme de catalogues électroniques, l'acheteur peut prévoir que la remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre pour l'attribution des marchés subséquents est effectuée sur la base des catalogues actualisés.
Dans ce cas, l'acheteur utilise l'une des méthodes suivantes:
1° Soit il invite les titulaires de l'accord-cadre à présenter de nouveau leurs catalogues électroniques, adaptés aux exigences du marché subséquent;
2° Soit il informe les titulaires de l'accord-cadre qu'il entend recueillir, à partir des catalogues électroniques déjà présentés, les informations nécessaires pour constituer des offres adaptées aux exigences du marché subséquent, pour autant que l'utilisation de cette méthode ait été annoncée dans les documents de la consultation de l'accord-cadre. Dans ce cas, l'acheteur informe les titulaires de l'accord-cadre de la date et de l'heure à laquelle il entend procéder à cette collecte d'information et leur donne la possibilité de refuser cette collecte. Il prévoit un délai adéquat entre la notification et la collecte effective des informations. Avant d'attribuer le marché subséquent, l'acheteur transmet les informations collectées à chaque titulaire concerné afin de lui permettre de contester ou de confirmer que l'offre ainsi constituée ne comporte pas d'erreurs matérielles.

ARTICLE R.2162-56

L'acheteur peut attribuer des marchés spécifiques dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique en exigeant que les offres soient présentées sous la forme d'un catalogue électronique. Il peut également attribuer des marchés spécifiques conformément aux dispositions du 2° de l'article R.2162-55, à condition que la demande de participation au système d'acquisition dynamique soit accompagnée d'un catalogue électronique conforme aux spécifications techniques et au format prévus par l'acheteur. Ce catalogue est ensuite complété par les candidats lorsqu'ils sont informés de l'intention de l'acheteur de constituer des offres en procédant à la collecte d'information.

SECTION 6: ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES

COMMENTAIRE

Les enchères électroniques constituent un outil d'optimisation de la dépense. Elles sont pourtant peu pratiquées.

ARTICLE R.2162-57

L'enchère électronique porte:
1° Soit uniquement sur le prix lorsque le marché est attribué sur la base de ce seul critère;
2° Soit sur le prix ou sur d'autres éléments quantifiables indiqués dans les documents de la consultation lorsque le marché est attribué sur la base du coût ou d'une pluralité de critères.

ARTICLE R.2162-58

L'acheteur qui décide de recourir à une enchère électronique en fait mention dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, lorsque l'appel à la concurrence a été réalisé au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, dans l'invitation à soumissionner.

ARTICLE R.2162-59

Les documents de la consultation de l'enchère électronique comprennent les informations suivantes:
1° Les éléments des offres sur lesquels porte l'enchère;
2° Le cas échéant, les valeurs minimales et maximales qui pourront être présentées;
3° La nature des informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère et le moment où elles le seront;
4° Les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère, notamment les conditions dans lesquelles les soumissionnaires pourront enchérir et les écarts minimaux qui, le cas échéant, seront exigés pour enchérir;
5° Les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion.

ARTICLE R.2162-60

L'enchère électronique intervient après une première évaluation complète des offres conformément aux critères d'attribution, permettant leur classement sur la base d'un traitement automatisé.

ARTICLE R.2162-61

Tous les soumissionnaires qui ont présenté des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables sont invités simultanément, par des moyens électroniques, à participer à l'enchère électronique en utilisant les connexions, à la date et à l'heure spécifiées, conformément aux instructions figurant dans l'invitation.

ARTICLE R.2162-62

L'invitation adressée à chaque soumissionnaire est accompagnée du résultat de l'évaluation complète de son offre réalisée en application de l'article R.2162-60.
Elle mentionne également la formule mathématique qui déterminera, lors de l'enchère électronique, les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix ou des nouvelles valeurs présentés. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, telle qu'indiquée dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. Le cas échéant, les fourchettes sont réduites à une valeur déterminée. Lorsque des variantes sont autorisées, une formule distincte est fournie pour chaque variante.

ARTICLE R.2162-63

L'enchère électronique peut se dérouler en plusieurs phases successives. Elle ne peut débuter moins de deux jours ouvrables après la date d'envoi des invitations.

ARTICLE R.2162-64

Au cours de chaque phase de l'enchère électronique, l'acheteur communique instantanément à tous les soumissionnaires les informations leur permettant de connaître à tout moment leur classement respectif.
Il peut également annoncer le nombre de participants à la phase de l'enchère et communiquer, si les documents de la consultation le prévoient, les prix ou valeurs présentés par les autres soumissionnaires. Cependant, il ne peut en aucun cas divulguer l'identité des soumissionnaires.

ARTICLE R.2162-65

L'acheteur clôt l'enchère électronique selon une ou plusieurs des modalités suivantes:

1° A la date et à l'heure fixées dans l'invitation à participer à l'enchère;
2° Lorsqu'il ne reçoit plus de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs répondant aux exigences relatives aux écarts minimaux, à condition d'avoir préalablement précisé le délai qu'il observera à partir de la réception de la dernière offre avant de clôturer l'enchère;
3° Lorsque toutes les phases de l'enchère, prévues dans l'invitation à participer à l'enchère ont eu lieu.
Lorsque l'acheteur entend clore l'enchère conformément aux dispositions du 3°, le cas échéant en combinaison avec les modalités prévues au 2°, l'invitation à participer indique le calendrier de chaque phase de l'enchère.

ARTICLE R.2162-66

Après la clôture de l'enchère électronique, le marché est attribué en fonction des résultats de celle-ci et sous réserve du respect des dispositions des articles R.2152-3 à R.2152-5.

TITRE VII : RÈGLES APPLICABLES À CERTAINS MARCHÉS

Chapitre Ier : Règles applicables à certains marchés globaux

ARTICLE L.2171-1

Sont des marchés globaux passés par dérogation au principe d'allotissement:
1° Les marchés de conception-réalisation;
2° Les marchés globaux de performance;
3° Les marchés globaux sectoriels.

SECTION 1 : MARCHÉS DE CONCEPTION-RÉALISATION

COMMENTAIRE

C'est à l'occasion de la définition même d'un besoin et de la phase de consultations préalables éventuellement entreprise auprès d'opérateurs économiques, qu'il faut envisager la formule de conception-réalisation. Si l'acheteur s'engage dans un marché de maîtrise d'œuvre, il est déjà trop tard pour mettre en œuvre un marché de conception-réalisation au stade des travaux.

ARTICLE L.2171-2

Le marché de conception-réalisation est un marché de travaux permettant à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.
Les acheteurs soumis aux dispositions du livre IV ne peuvent conclure un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel portant sur l'amélioration de l'efficacité énergétique ou la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un tel marché est confié à un groupement d'opérateurs économiques. Il peut toutefois être confié à un seul opérateur économique pour les ouvrages d'infrastructures.
Toutefois, les conditions mentionnées au précédent alinéa ne sont pas applicables aux marchés de conception-réalisation relatifs à la réalisation de logements locatifs aidés par l'Etat financés avec le concours des aides publiques mentionnées au 1° de l'article L.301-2 du Code de la construction et de l'habitation, lorsqu'ils sont conclus par les acheteurs mentionnés au 4° de l'article L.2411-1.

ARTICLE R.2171-1

Les motifs d'ordre technique justifiant le recours à un marché de conception-réalisation sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage.
Sont concernés des ouvrages dont l'utilisation conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des ouvrages dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques.

JURISPRUDENCE

● **Le Conseil national et le Conseil régional de l'Ordre des architectes n'ont pas un intérêt à agir démontré, pour obtenir la résiliation de trois marchés de conception-réalisation conclus par une collectivité (construction de collèges).**
CE, 3 juin 2020, n°426932, 26933 et 426938

SECTION 2 : MARCHÉS GLOBAUX DE PERFORMANCE

ARTICLE L.2171-3

Le marché global de performance associe l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance. Ces objectifs sont définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.
Le marché global de performance comporte des engagements de performance mesurables.

ARTICLE R.2171-2

Les prix des prestations de réalisation, d'exploitation ou de maintenance du marché global de performance apparaissent de manière séparée dans le marché. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance du marché global de performance est liée à l'atteinte des engagements de performances mesurables, fixées par le marché pour toute sa durée.

ARTICLE R.2171-3

Pour attribuer le marché global de performance, l'acheteur se fonde sur une pluralité de critères parmi lesquels figurent le critère du coût global ainsi qu'un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance définis en fonction de l'objet du marché.

SECTION 3 : MARCHÉS GLOBAUX SECTORIELS

ARTICLE L.2171-4

L'Etat peut confier à un opérateur économique une mission globale portant sur:
1° La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance des immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense, à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris ou affectés par l'Etat à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles;
2° La conception, la construction et l'aménagement des infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur;

3° La conception, la construction et l'aménagement des établissements pénitentiaires. Cette mission peut en outre porter sur l'exploitation ou la maintenance des établissements pénitentiaires, à l'exception des fonctions de direction, de greffe et de surveillance;
4° La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien, l'hôtellerie et la maintenance de centres de rétention ou de zones d'attente. Cette mission ne peut conduire à confier l'enregistrement et la surveillance des personnes retenues ou maintenues à d'autres personnes que des agents de l'Etat.
5° La conception, la construction, l'aménagement, l'exploitation, la maintenance ou l'entretien des infrastructures linéaires de transport de l'Etat, hors bâtiments.

COMMENTAIRE

La loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 (art. 143), dite loi «Asap», a rajouté le cinquième paragraphe à l'article ci-dessus. Cela s'inscrit notamment dans le cadre des infrastructures réalisées pour le «Grand Paris» qui bénéficiaient déjà d'un régime dérogatoire (cf. art. L.2171-6). Désormais le dispositif a une portée plus large.

ARTICLE L.2171-5

Les établissements publics de santé, les organismes mentionnés à l'article L.124-4 du Code de la sécurité sociale gérant des établissements de santé et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale de droit public peuvent confier à un opérateur économique une mission globale portant sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien ou la maintenance de bâtiments ou d'équipements affectés à l'exercice de leurs missions.

ARTICLE L.2171-6

I. - L'établissement public Société des grands projets peut confier à un opérateur économique une mission globale portant sur tout ou partie de la conception, de la construction et de l'aménagement des infrastructures du réseau de transport public du Grand Paris au sens du II de l'article 7 de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris ou des infrastructures de transport public dont la maîtrise d'ouvrage lui est confiée, sur les opérations de construction et de valorisation immobilière non directement liées aux infrastructures précitées qui relèvent de sa compétence ainsi que sur la maintenance des éléments qui sont remis en gestion à Ile-de-France Mobilités en application des articles 20 et 20-2 de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 précitée. L'établissement public Société des grands projets ou sa filiale compétente peut confier à un opérateur économique une mission globale portant sur tout ou partie de la conception, de la construction et de l'aménagement des infrastructures pour lesquelles l'établissement public ou sa filiale a été désigné maître d'ouvrage en application de l'article 20-3 de la même loi.
II. - Sur décision de l'établissement public Société des grands projets ou de sa filiale compétente, et selon les modalités particulières prévues par les documents de la consultation, l'opérateur économique attributaire du contrat relatif à la mission globale mentionnée au I du présent article peut se voir transférer, avec l'accord du cocontractant concerné, les droits et obligations issus de tout ou partie des marchés passés par l'établissement public Société des grands projets ou sa filiale compétente et pouvant concourir à l'exécution de sa mission. Le contrat portant sur la mission globale intègre alors les droits et obligations précités et la composition de l'opérateur économique attributaire est modifiée afin d'inclure le titulaire du marché dont les droits et obligations sont ainsi transférés.
Le marché mentionné au même I peut confier au titulaire l'acquisition de biens nécessaires à la réalisation de l'opération. Dans ce cadre, le titulaire remet les biens acquis à l'établissement public Société des grands projets ou à sa filiale compétente dans les conditions définies par ce marché.

COMMENTAIRE

Cet article a été modifié par la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 (art. 144), dite loi «Asap», afin de tenir compte des besoins de souplesse des travaux relevant du «Grand Paris».

ARTICLE L.2171-6-1

Ile-de-France Mobilités peut confier à un opérateur économique une mission globale portant sur la conception, la construction et l'aménagement des sites de maintenance et de remisage des modes de transport (bus, tramway, tram-train, métropolitain) dont elle assure l'organisation dans le cadre de ses missions.

SECTION 4 : IDENTIFICATION ET MISSION DE LA MAÎTRISE D'ŒUVRE DANS LES MARCHÉS GLOBAUX

ARTICLE L.2171-7

Les conditions d'exécution d'un marché global comportant des prestations de conception d'ouvrage comprennent l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de cet ouvrage et du suivi de sa réalisation.
Pour les ouvrages de bâtiment, la mission confiée à l'équipe de maîtrise d'œuvre comprend les éléments de la mission définie à l'article L.2431-1 adaptés à la spécificité des marchés globaux, dans les conditions prévues par voie réglementaire.

SECTION 5 : PART D'EXÉCUTION DES MARCHÉS GLOBAUX RÉSERVÉS AUX PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

ARTICLE L.2171-8

Le marché global prévoit la part minimale de l'exécution du contrat que le titulaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans. Cette part minimale est établie dans des conditions prévues par voie réglementaire.

COMMENTAIRE

Nouvel article créé par la loi dite «Asap» du 7 décembre 2020 : voir notre commentaire sous l'article L.2152-9.

Sous-section : Dispositions communes aux marchés globaux comportant des prestations de conception d'un ouvrage de bâtiment

COMMENTAIRE

Les éléments de mission de maîtrise d'œuvre sont expressément intégrés dans le CCP, actant l'abrogation d'une grande partie de la loi Mop n° 85-704 du 12 juillet 1985 et de ses décrets de 1993 et autres textes d'application.

ARTICLE D.2171-4

Pour les marchés globaux comportant des prestations de conception d'un ouvrage de bâtiment, une mission de base est confiée à

l'équipe de maîtrise d'œuvre qui comporte les éléments de mission suivants:
1° Les études d'avant-projet définitif;
2° Les études de projet;
3° Les études d'exécution;
4° Le suivi de la réalisation des travaux;
5° L'assistance au maître d'ouvrage aux opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement.
Cette mission peut également comprendre les études d'esquisse et les études d'avant-projet sommaire.
Ces éléments de mission sont définis à la présente sous-section.

Paragraphe 1 : Les études d'esquisse

COMMENTAIRE

Souvent dénommées sous le signe « ESQ ».

ARTICLE D.2171-5

Les études d'esquisse ont pour objet de:
1° Proposer une ou plusieurs solutions d'ensemble, traduisant les éléments majeurs du programme, et d'en indiquer les délais de réalisation;
2° Vérifier la faisabilité de l'opération au regard des différentes contraintes du programme et du site.

Paragraphe 2 : Les études d'avant-projet

ARTICLE D.2171-6

Les études d'avant-projet sommaire ont pour objet de:
1° Préciser la composition générale en plan et en volume;
2° Apprécier les volumes intérieurs et l'aspect extérieur de l'ouvrage;
3° Proposer les dispositions techniques pouvant être envisagées et, le cas échéant, préconiser des études complémentaires des ouvrages existants notamment dans le cadre des opérations de réutilisation et de réhabilitation;
4° Participer à la vérification du calendrier de réalisation et, le cas échéant, le découpage en tranches fonctionnelles;
5° Participer à la vérification de la cohérence des éléments architecturaux, techniques et économiques avec l'économie générale du marché global.

COMMENTAIRE

Souvent dénommées sous le signe « APS ».

ARTICLE D.2171-7

Les études d'avant-projet définitif ont pour objet de:
1° Déterminer les surfaces détaillées de tous les éléments du programme;
2° Arrêter en plans, coupes et façades, les dimensions de l'ouvrage, ainsi que son aspect;
3° Définir les principes constructifs, les matériaux et les installations techniques;
4° Participer à la vérification de la cohérence des éléments du projet et des prestations avec l'économie générale du marché global.

COMMENTAIRE

Souvent dénommées sous le signe « APD ».

ARTICLE D.2171-8

Pour les ouvrages de construction neuve de logements, les études d'avant-projet sommaire et d'avant-projet définitif peuvent être exécutées en une seule phase d'études.

ARTICLE D.2171-9

Les études d'avant-projet sommaire et d'avant-projet définitif comprennent l'établissement des dossiers et les consultations relevant de la compétence de la maîtrise d'œuvre et nécessaires à l'obtention du permis de construire et des autres autorisations administratives, ainsi que l'assistance au maître d'ouvrage au cours de leur instruction.

Paragraphe 3 : Les études de projet

COMMENTAIRE

Souvent dénommées sous le signe « PRO ».

ARTICLE D.2171-10

Les études de projet ont pour objet de:
1° Préciser par des plans, coupes et élévations, les formes des différents éléments de la construction, la nature et les caractéristiques des matériaux et les conditions de leur mise en œuvre;
2° Déterminer l'implantation et l'encombrement de tous les éléments de structure et de tous les équipements techniques;
3° Préciser les tracés des alimentations et évacuations de tous les fluides;
4° Transmettre au maître d'ouvrage les éléments lui permettant d'estimer les coûts d'exploitation de l'ouvrage;
5° Participer à la vérification de la cohérence des éléments du projet et des prestations avec l'économie générale du marché global.

Paragraphe 4 : Les études d'exécution

COMMENTAIRE

Souvent dénommées sous le signe « EXE ».

ARTICLE D.2171-11

Les études d'exécution permettent la réalisation de l'ouvrage. Elles ont pour objet, pour l'ensemble de l'ouvrage, d'établir tous les plans d'exécution et spécifications à l'usage du chantier ainsi que les plans de synthèse correspondants, sans nécessiter pour l'opérateur économique chargé de la construction, d'études complémentaires autres que celles concernant les plans d'atelier et de chantier, relatifs aux méthodes de réalisation, aux ouvrages provisoires et aux moyens de chantier.

ARTICLE D.2171-12

Lorsque des études d'exécution ou des plans de synthèse ne sont pas réalisés par l'équipe de maître d'œuvre identifiée dans le marché global, celle-ci s'assure que les documents qu'elle n'a pas établis respectent les dispositions du projet et, dans ce cas, leur délivre son visa.

Paragraphe 5 : Le suivi de la réalisation des travaux

COMMENTAIRE

Souvent dénommés sous le signe « DET ».

ARTICLE D.2171-13

L'équipe de maîtrise d'œuvre est chargée du suivi de la réalisation des travaux et, le cas échéant, de leur direction.
Le suivi de la réalisation des travaux a pour objet, d'une part, de s'assurer que les documents d'exécution ainsi que les ouvrages en cours de réalisation respectent les dispositions des études effectuées et sont conformes au marché global et, d'autre part, que les demandes de paiement sont cohérentes avec l'avancement des travaux. Il comprend la participation aux réunions de chantier et le visa des procès-verbaux.
La direction des travaux a pour objet d'organiser et diriger les réunions de chantier et en établir les procès-verbaux.

20e édition

Forum TERATEC 25

21 & 22 mai 2025 | Parc Floral, Paris

LE PLUS GRAND RENDEZ-VOUS DES EXPERTS EUROPÉENS DE LA SIMULATION, DU HPC, DE L'IA ET DU QUANTIQUE EN FRANCE

The largest meeting of European Simulation, HPC, AI and Quantum experts in France

www.forumteratec.com

Plus d'informations & inscription

Un événement organisé par

infoprodigital

Teratec

Paragraphe 6 : L'assistance aux opérations de réception et à la mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement

COMMENTAIRE

Souvent dénommées sous le signe « AOR ».

ARTICLE D.2171-14

L'équipe de maîtrise d'œuvre est associée aux opérations de réception et à la mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement. Elle participe ainsi :
1° Aux opérations préalables à la réception des travaux ;
2° Au suivi des réserves formulées lors de la réception des travaux jusqu'à leur levée ;
3° A l'examen des désordres signalés par le maître d'ouvrage ;
4° A la constitution du dossier des ouvrages exécutés, nécessaire à leur exploitation.

JURISPRUDENCES

● Une commune a réceptionné des travaux en émettant des réserves, qu'elle a levées une semaine plus tard. Les magistrats en déduisent que la commune « est ainsi réputée avoir renoncé à demander réparation des désordres apparents causés à l'ouvrage ». Elle ne peut donc pas engager la responsabilité des entreprises pour des désordres liés à la pose de sols souples. Et ce, d'autant plus, que lors de l'établissement du décompte général définitif, la commune n'a, une nouvelle fois, émis aucune réserve.
CAA Douai, 21 décembre 2021, n°19DA01607

● Un maître d'ouvrage a émis des réserves lors de la réception de travaux. En conséquence, il n'est pas fondé à réclamer une indemnisation au titre de la garantie décennale, puisque la réception était prononcée avec réserves. Les rapports contractuels entre les parties, perduraient. Et le fait que le maître d'œuvre a également émis des réserves, l'exonère d'une éventuelle responsabilité.
CAA Lyon, 17 décembre 2021, n°19LY00451

● La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage, avec ou sans réserve, et prend possession de cet ouvrage. Le juge du contrat peut prononcer la réception de l'ouvrage en cas de refus du maître de l'ouvrage d'y procéder. Il fixe alors la date de l'achèvement des travaux.
CAA Nancy, 16 novembre 2021, n°19NC03251

● Concernant le délai de prescription d'une garantie contractuelle, la demande adressée à un juge de diligenter une expertise interrompt le délai de prescription jusqu'à l'extinction de l'instance et, lorsque le juge fait droit à cette demande, le même délai est suspendu jusqu'à la remise par l'expert de son rapport au juge.
CE, 25 novembre 2021, n° 449854

● Il est toujours loisible à une partie de renoncer à se prévaloir d'une clause du contrat qui lui est favorable. La société a renoncé à l'application des dispositions de l'article 13.4.4 du CCAG Travaux dans sa version du 1er avril 2014 lui permettant d'obtenir par acceptation tacite du pouvoir adjudicateur un décompte général définitif.
CAA Lyon, 8 décembre 2022, n°21LY00560

● La réception demeure, par elle-même, sans effet sur les droits et obligations financiers nés de l'exécution du marché, à raison notamment de retards ou de travaux supplémentaires, dont la détermination intervient définitivement lors de l'établissement du solde du décompte définitif. Seule l'intervention du décompte général définitif du marché a pour conséquence d'interdire au maître d'ouvrage toute réclamation à cet égard.
CE, 10 octobre 2022, n°455188

● Le projet de décompte final remis par un titulaire de marché public de travaux avant le procès-verbal de réception du pouvoir adjudicateur ne déclenche pas le délai de notification du décompte général.
CE, 1er juin 2023, n°469268

● En l'absence de relations contractuelles entre un pouvoir adjudicateur et les sous-traitants d'un marché public de travaux, aucun décompte général ne peut conditionner l'émission d'un titre exécutoire visant au remboursement des avances versées aux sous-traitants. Le maître d'ouvrage peut demander le remboursement des avances consenties à un sous-traitant en cas de résiliation d'un marché de travaux, même si le décompte général n'a pas encore été établi.
CE, 1er juin 2023, n°462211

● La notification au titulaire d'un décompte général, même irrégulier, fait obstacle à l'établissement d'un décompte général et définitif tacite à l'initiative du titulaire dans les conditions prévues par le CCAG-travaux. Dès lors, il appartient au juge du contrat, en l'absence de décompte général devenu définitif, de statuer sur les réclamations présentées par chacune des deux parties.
CE, 9 novembre 2023, n°469673

● La réception des travaux, même lorsqu'elle est prononcée avec réserves, ou sous réserves, fait courir le délai de garantie de parfait achèvement à compter de la date d'effet de cette réception.
CE, 13 décembre 2024, « Commune de Puget-Ville », n°489720

ARTICLE R.2171-15

Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, les acheteurs soumis au livre IV passent des marchés globaux de conception-réalisation ou de performance selon l'une des procédures mentionnées aux articles R.2124-2 à R.2124-6 sous réserve des dispositions de la présente section.

ARTICLE R.2171-16

Un jury est désigné par l'acheteur à l'exception des cas suivants :
1° Pour les marchés de conception-réalisation passés par les pouvoirs adjudicateurs dans les hypothèses énumérées aux 1° à 3° et au 5° de l'article R.2172-2 ;
1° bis Pour les marchés globaux de performance passés par les pouvoirs adjudicateurs dans les hypothèses énumérées à l'article R.2172-2 ;
2° Pour les marchés de conception-réalisation et les marchés globaux de performance passés par les entités adjudicatrices selon la procédure de dialogue compétitif ou selon la procédure avec négociation.

ARTICLE R.2171-17

Le jury est composé de personnes indépendantes des candidats. Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à la procédure, au moins un tiers des membres du jury doit posséder cette qualification ou une qualification équivalente.

ARTICLE R.2171-18

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé

sur la liste des candidats à retenir. L'acheteur arrête la liste des candidats admis à réaliser des prestations.
Les candidats admis exécutent des prestations sur lesquelles se prononce le jury, après les avoir entendus.
Ces prestations comportent au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou, pour un ouvrage d'infrastructure, un avant-projet accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage.
Le jury dresse un procès-verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats et formule un avis motivé.
L'acheteur peut demander des clarifications ou des précisions concernant les offres, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, et les offres finales, dans le cadre des autres procédures. Ces précisions, clarifications ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché.
Le marché est attribué au vu de l'avis du jury.

JURISPRUDENCE

● Il est possible d'attribuer à un autre candidat que celui classé en premier par le jury, un marché de maîtrise d'œuvre à un candidat ayant participé à un concours. L'acheteur n'est pas tenu de suivre l'avis émis par le jury du concours et il peut porter son choix sur tout candidat ayant participé au concours, sauf à commettre une erreur manifeste d'appréciation.
CE, 30 juillet 2024, n°470756

ARTICLE R.2171-19
Lorsque les documents de la consultation des marchés globaux prévoient la remise de prestations, ils indiquent le montant de la prime qui sera versée aux soumissionnaires ainsi que ses modalités de réduction ou de suppression:
1° Pour la passation d'un marché de conception-réalisation lorsque celui-ci est passé par un acheteur soumis aux dispositions du livre IV de la présente partie;
2° Pour la passation d'un marché global de performance qui comporte des prestations de conception.

ARTICLE R.2171-20
Le montant de la prime attribué à chaque soumissionnaire est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par les documents de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20%.

ARTICLE R.2171-21
Lorsque le marché de conception-réalisation ou le marché global de performance répond à un besoin dont la valeur estimée est supérieure aux seuils de procédure formalisée et lorsque sa procédure de passation fait intervenir un jury, la prime est versée aux soumissionnaires sur proposition du jury.

ARTICLE R.2171-22
La rémunération du titulaire du marché de conception-réalisation ou du marché global de performance tient compte de la prime qu'il a reçue.

ARTICLE R.2171-23
Si le titulaire d'un marché global n'est pas lui-même une petite ou moyenne entreprise ou un artisan, la part minimale qu'il s'engage à confier, directement ou indirectement, à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans, en application de l'article L.2171-8, est fixée à 20% du montant prévisionnel du marché, sauf lorsque la structure économique du secteur concerné ne le permet pas.
Le taux mentionné au premier alinéa peut être modifié par décret.

COMMENTAIRE

Cette obligation de réserver une part du montant prévisionnel du marché global à une petite ou moyenne entreprise ou un artisan, a été instaurée par le décret n° 2021-357 du 30 mars 2021. Elle s'inscrit dans la même logique adoptée antérieurement pour les marchés de partenariat. En d'autres termes, l'échappatoire à l'obligation d'allotissement que constituent les marchés globaux, suppose un minimum de participation des PME ou artisans à un tel montage contractuel.

Chapitre II : Règles applicables à certains marchés en fonction de leur objet

ARTICLE L.2172-1
Préalablement à la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage de bâtiment, l'acheteur soumis aux dispositions du livre IV organise un concours, dans des conditions et sous réserve des exceptions, fonction du montant du marché ou de la nature des projets confiés, prévues par voie réglementaire.

ARTICLE L.2172-2
Les collectivités publiques soumises à l'obligation de décoration des constructions publiques passent les marchés ayant pour objet de satisfaire à cette obligation et choisissent le titulaire du marché après avis d'un comité artistique, dans des conditions prévues par voie réglementaire.

ARTICLE L.2172-3
Le partenariat d'innovation est un marché qui a pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants ainsi que l'acquisition ultérieure des produits, services ou travaux en résultant et qui répondent à un besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché.
Sont considérés comme innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise. Sont considérés comme innovants tous les travaux, les fournitures ou les services proposés par les jeunes entreprises définies à l'article 44 sexies-0 A du code général des impôts.

ARTICLE L.2172-4
(abrogé par l'ordonnance n°2021-1490 du 17 novembre 2021)

ARTICLE L.2172-5
Lorsqu'ils achètent des constructions temporaires, les acheteurs ne peuvent exclure les constructions temporaires ayant fait l'objet d'un reconditionnement pour réemploi, sous réserve que leurs niveaux de qualité et de sécurité soient égaux à ceux des constructions neuves de même type. Ils tiennent compte des incidences énergétiques et environnementales de la construction sur toute sa durée de vie.

COMMENTAIRE

Article créé par la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 (art. 56) qui vise les réalisations déjà préfabriquées dans des locaux extérieurs au lieu d'exécution du marché, afin de promouvoir une plus grande rapidité de construction.

ARTICLE L.2172-6

Dans un souci de préservation des ressources naturelles, les achats de pneumatiques effectués par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs opérateurs portent sur des pneumatiques rechapés, sauf si une première consultation s'est révélée infructueuse. Les achats de pneumatiques portant sur les véhicules d'urgence ainsi que les véhicules militaires peuvent être dispensés des obligations prévues au présent article.

COMMENTAIRE

Article crée par la loi n° 2020-15 du 10 février 2020 (art. 60), relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire.

SECTION 1 : MARCHÉS DE MAÎTRISE D'ŒUVRE

COMMENTAIRE

Le lancement d'une consultation pour la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre, implique que l'acheteur soit certain de conclure ensuite un marché de travaux. S'il n'en est pas certain, compte tenu d'un certain nombre d'aléas sur la définition de son opération, il doit recourir à un marché de définition (prestation de services contribuant à l'aider à définir l'ensemble des paramètres de son besoin). Et ensuite, une fois cette définition actée, il pourra établir son marché de maîtrise d'œuvre puis de travaux.

Sous-section 1 : Définition

ARTICLE R.2172-1

Les marchés de maîtrise d'œuvre ont pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou plusieurs éléments de la mission définie à l'article L.2431-1. Ces marchés sont passés selon les modalités prévues à la présente section et, lorsqu'ils relèvent ainsi que les acheteurs qui les concluent du livre IV, dans le respect de ces dispositions.

Sous-section 2 : Procédures applicables

ARTICLE R.2172-2

Pour les acheteurs soumis au livre IV, les marchés de maîtrise d'œuvre qui répondent à un besoin dont le montant est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée sont négociés en application de l'article R.2122-6, avec le ou les lauréats d'un concours restreint organisé dans les conditions des articles R.2162-15 à R.2162-21.
Toutefois, l'acheteur n'est pas tenu d'organiser un concours pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre:
1° Relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ou à la réalisation d'un projet urbain ou paysager;
2° Relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation;
3° Relatif à des ouvrages d'infrastructures
4° Qui ne confie aucune mission de conception au titulaire.
5° Relatif à des ouvrages de bâtiment réalisés par des organismes d'habitations à loyer modéré mentionnés à l'article L.411-2 du code de la construction et de l'habitation, des sociétés d'économie mixte mentionnées à l'article L.481-1 du même code pour leur activité agréée ainsi que des centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires définis à l'article L.822-3 du Code de l'éducation.

ARTICLE R.2172-3

Pour les autres acheteurs, les marchés de maîtrise d'œuvre qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée sont passés selon l'une des procédures mentionnées au chapitre IV du titre II ou, si les conditions mentionnées au chapitre II du titre II sont remplies, sans publicité ni mise en concurrence préalables.

Sous-section 3 : Primes

ARTICLE R.2172-4

Lorsque l'acheteur est soumis au livre IV et organise un concours, les opérateurs économiques qui ont remis des prestations conformes au règlement du concours bénéficient d'une prime. Le montant de cette prime est égal au prix estimé des études à effectuer, affecté d'un abattement au plus égal à 20%. L'acheteur précise dans les documents de la consultation les modalités selon lesquelles la prime peut être réduite ou supprimée. Il verse cette prime aux participants au concours sur proposition du jury.

ARTICLE R.2172-5

Lorsque l'acheteur n'est pas soumis au livre IV ou lorsqu'il n'organise pas de concours, les opérateurs économiques qui ont remis des prestations conformes aux documents de la consultation bénéficient d'une prime dont le montant est librement défini par l'acheteur.

ARTICLE R.2172-6

Le montant de la prime mentionnée à la présente sous-section est indiqué dans les documents de la consultation et la rémunération du titulaire du marché de maîtrise d'œuvre tient compte de la prime reçue pour sa participation à la procédure.

SECTION 2 : MARCHÉS DE DÉCORATION DES CONSTRUCTIONS PUBLIQUES

ARTICLE R.2172-7

Les collectivités publiques soumises à l'obligation de décoration des constructions publiques passent des marchés ayant pour objet de satisfaire cette obligation conformément aux dispositions de la présente section.

Sous-section 1 : Marchés inférieurs aux seuils européens

Paragraphe 1 : Marchés portant sur la commande d'une ou plusieurs réalisations artistiques à créer

ARTICLE R.2172-8

Le marché de décoration des constructions publiques est passé dans les conditions fixées au présent paragraphe lorsque les deux conditions suivantes sont remplies:
1° Il porte sur la commande d'une ou plusieurs réalisations artistiques à créer;
2° Son montant est inférieur aux seuils européens mentionnés dans un avis figurant en annexe du présent code.

ARTICLE R.2172-9

L'acheteur constitue un comité artistique dans les conditions fixées à la sous-section 3, dès l'approbation de l'avant-projet sommaire défini à l'article R.2431-10.

ARTICLE R.2172-10
Le comité artistique élabore le programme de la commande artistique qui précise notamment la nature et l'emplacement de la réalisation envisagée puis le soumet à l'approbation de l'acheteur.

ARTICLE R.2172-11
Lorsque la commande ne peut être confiée qu'à un prestataire déterminé en application des dispositions de l'article R.2122-3, l'acheteur peut négocier sans publicité ni mise en concurrence préalables le marché de décoration des constructions publiques. Dans les autres cas, il doit procéder à une publicité adaptée du programme de la commande artistique permettant une information suffisante des artistes en fonction de la nature et du montant de la commande. L'avis de publicité précise le nombre d'artistes qui seront sélectionnés.

ARTICLE R.2172-12
Le comité artistique invite les artistes sélectionnés à remettre leurs projets. Il peut les entendre. Il propose un ou plusieurs des projets à l'acheteur.

ARTICLE R.2172-13
L'acheteur arrête son choix, après avis du comité artistique, par une décision motivée et en informe l'ensemble des candidats.

ARTICLE R.2172-14
Les artistes ayant présenté au comité artistique un projet non retenu reçoivent une indemnité. Le total des indemnités ne peut dépasser 20% du montant défini à l'article 2 du décret n°2002-677 du 29 avril 2002 relatif à l'obligation de décoration des constructions publiques et précisant les conditions de passation des marchés ayant pour objet de satisfaire à cette obligation. L'acheteur peut décider, sur proposition du comité artistique, de supprimer ou de réduire le montant de l'indemnité en cas d'insuffisance manifeste du projet présenté par un candidat.

Paragraphe 2 : Marchés portant sur l'achat d'une ou plusieurs réalisations artistiques existantes

ARTICLE R.2172-15
Le marché de décoration des constructions publiques est attribué à un ou plusieurs artistes vivants après avis du maître d'œuvre, de l'utilisateur de l'ouvrage et du directeur régional des affaires culturelles lorsqu'il porte sur l'achat d'une ou plusieurs réalisations artistiques existantes et que son montant est inférieur à 30000 euros hors taxes.

ARTICLE R.2172-16
Le marché de décoration des constructions publiques est passé dans les conditions fixées au paragraphe 1 de la présente sous-section lorsqu'il porte sur l'achat d'une ou plusieurs réalisations artistiques existantes et que son montant est supérieur ou égal à 30000 euros hors taxes et inférieur aux seuils européens mentionnés dans un avis figurant en annexe du présent code.

Sous-section 2 : Marchés supérieurs aux seuils européens

ARTICLE R.2172-17
Lorsque le marché de décoration des constructions publiques porte sur l'achat ou la commande d'une ou plusieurs réalisations artistiques et que son montant est supérieur aux seuils européens mentionnés dans un avis figurant en annexe du présent code, il est passé selon les règles définies aux titres Ier à VI et VIII. Toutefois, l'acheteur est également tenu de faire intervenir un comité artistique conformément aux dispositions de la sous-section 3.

Sous-section 3 : Composition et fonctionnement du comité artistique

ARTICLE R.2172-18
Pour les opérations situées sur le territoire national, le comité artistique mentionné à l'article R.2172-9 est composé des membres suivants:
1° Le maître d'ouvrage ou son représentant, qui en assure la présidence;
2° Le maître d'œuvre;
3° Le directeur régional des affaires culturelles ou son représentant;
4° Un représentant des utilisateurs du bâtiment;
5° Trois personnalités qualifiées dans le domaine des arts plastiques:
a) Une personnalité qualifiée désignée par le maître d'ouvrage;
b) Deux personnalités qualifiées désignées par le directeur régional des affaires culturelles, dont une choisie sur une liste établie par les organisations professionnelles d'artistes.
Le directeur régional des affaires culturelles ou son représentant est rapporteur des projets devant le comité. Le préfet de région peut désigner un rapporteur adjoint au sein des services de l'Etat. Le président du comité peut inviter un représentant de la commune du lieu d'implantation de la construction à assister avec voix consultative aux travaux du comité.

ARTICLE R.2172-19
Pour les opérations situées hors du territoire national, le comité artistique mentionné à l'article R.2172-9 est composé des membres suivants:
1° Le maître d'ouvrage ou son représentant, qui en assure la présidence;
2° L'ambassadeur ou son représentant;
3° Le maître d'œuvre;
4° Le directeur général de la création artistique ou son représentant;
5° Deux personnalités qualifiées dans le domaine des arts plastiques, dont l'une est désignée par le maître de l'ouvrage et l'autre par l'ambassadeur.

SECTION 3 : PARTENARIATS D'INNOVATION

COMMENTAIRE

Cette procédure de création récente et peu pratiquée, permet de financer de manière indirecte des activités de recherche pour la mise au point d'un produit ou d'une solution à un besoin définit en termes d'objectifs à atteindre par un acheteur. Une telle procédure peut s'avérer coûteuse, mais peut permettre de répondre à des besoins complexes, pour lesquels une réponse n'existe pas encore dans le commerce.

ARTICLE R.2172-20
L'acheteur peut décider de mettre en place un partenariat d'innovation avec un ou plusieurs opérateurs économiques qui exécutent les prestations de manière séparée dans le cadre de contrats individuels.

Sous-section 1 : Contenu du partenariat d'innovation

ARTICLE R.2172-21
La décision mentionnée à l'article R.2172-20

est indiquée dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation.

ARTICLE R.2172-22
L'acheteur définit, dans les documents de la consultation, le besoin relatif aux produits, services ou travaux innovants. Il indique les éléments de cette définition qui fixent les exigences minimales que doivent respecter toutes les offres.
Les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée de la solution requise et de décider de demander ou non à participer à la procédure.

ARTICLE R.2172-23
Le partenariat d'innovation comprend une ou plusieurs phases successives qui suivent le déroulement du processus de recherche et de développement et une ou plusieurs phases d'acquisition des produits, services ou travaux qui en sont le résultat.
La structure, la durée et la valeur des différentes phases du partenariat d'innovation tiennent compte du degré d'innovation de la solution proposée, de la durée et du coût des activités de recherche et d'innovation requises pour le développement de la solution innovante. La valeur estimée des produits, services ou travaux dont l'acquisition est envisagée n'est pas disproportionnée par rapport à l'investissement requis pour leur développement, quelle que soit la part des activités de recherche et de développement financée par l'acheteur.

ARTICLE R.2172-24
Le partenariat d'innovation définit les objectifs de chaque phase que le partenaire doit atteindre ainsi que la rémunération associée à chaque phase.

ARTICLE R.2172-25
La répartition des droits de propriété intellectuelle, notamment quant aux résultats des phases de recherche et développement, est prévue dans le partenariat d'innovation.

Sous-section 2 : Passation du partenariat d'innovation

ARTICLE R.2172-26
Les partenariats d'innovation d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée sont passés selon la procédure avec négociation sous réserve des dispositions de la présente sous-section.

ARTICLE R.2172-27
Un avis de pré-information ou un avis périodique indicatif ne peut être utilisé en lieu et place de l'avis de marché.

ARTICLE R.2172-28
Le délai minimum de réception des candidatures prévu à l'article R.2161-12 ne peut être réduit. La sélection des candidatures tient compte notamment de la capacité des candidats dans le domaine de la recherche et du développement ainsi que dans l'élaboration et la mise en œuvre de solutions innovantes.

ARTICLE R.2172-29
Sans préjudice de l'application des dispositions des articles R.2151-1 à R.2151-5, le délai minimal de réception des offres initiales est librement fixé par l'acheteur.

ARTICLE R.2172-30
L'acheteur ne peut attribuer le partenariat d'innovation sur la base des offres initiales sans négociation. Il négocie les offres initiales et toutes les offres ultérieures en vue d'en améliorer le contenu à l'exception des offres finales. Les critères d'attribution et les exigences minimales ne font pas l'objet de négociation.
La négociation peut se dérouler en phases successives à l'issue desquelles certains soumissionnaires sont éliminés par application des critères d'attribution définis dans les documents de la consultation. L'acheteur indique, dans l'un de ces documents, s'il fera usage de cette possibilité. Il informe, à l'issue de chaque phase, tous les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été éliminée des changements apportés aux documents de la consultation et leur accorde un délai suffisant pour leur permettre de modifier leur offre et, le cas échéant, de la présenter à nouveau.

Sous-section 3 : Déroulement du partenariat d'innovation

ARTICLE R.2172-31
A l'issue de chaque phase, sur la base des résultats obtenus, l'acheteur décide:
1° Soit de poursuivre l'exécution du partenariat d'innovation, éventuellement après avoir précisé ou modifié, avec l'accord du partenaire, les objectifs de la phase suivante et les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre. Les conditions initiales du partenariat d'innovation ne peuvent être substantiellement modifiées à cette occasion;
2° Soit de mettre un terme au partenariat d'innovation ou, lorsqu'il existe plusieurs partenaires, de réduire leur nombre en mettant un terme à leurs contrats.
Le partenariat d'innovation mentionne cette prérogative de l'acheteur et définit les conditions de sa mise en œuvre, notamment ses conséquences financières et les modalités de sélection des partenaires avec lesquels il est décidé de poursuivre l'exécution du partenariat.
L'exécution de chaque phase est subordonnée à une décision de l'acheteur notifiée au partenaire dans les conditions fixées dans le partenariat d'innovation.

ARTICLE R.2172-32
L'acheteur ne peut acquérir les produits, les services ou les travaux résultant des phases de recherche et de développement que s'ils correspondent aux niveaux de performance et n'excèdent pas les coûts maximums prévus par le partenariat d'innovation.

SECTION 4 : MARCHÉS RÉALISÉS DANS LE CADRE DE PROGRAMMES EXPÉRIMENTAUX

ARTICLE R.2172-33
Pour la réalisation d'ouvrages issus de projets retenus par l'Etat dans le cadre d'un programme public national de recherche, d'essai et d'expérimentation, l'acheteur peut passer des marchés de maîtrise d'œuvre ou de travaux, sur certains de ces ouvrages afin d'en vérifier la pertinence.

ARTICLE R.2172-34
Ces marchés sont conclus au terme d'une procédure de mise en concurrence conforme aux dispositions du présent livre, limitée à des opérateurs économiques choisis parmi ceux dont les projets auront été sélectionnés par le jury du programme public national, après publication d'un avis de marché.
Un protocole d'expérimentation est passé entre l'acheteur et l'organisme public responsable du programme national.

SECTION 5 : MARCHÉS RELATIFS À L'ACHAT DE VÉHICULES À MOTEUR

ARTICLES R.2172-35 À 38 (ABROGÉS PAR LE DÉCRET N° 2021-1491 DU 17 NOVEMBRE 2021)

TITRE VIII : ACHÈVEMENT DE LA PROCÉDURE

Chapitre Ier : Information des candidats et des soumissionnaires évincés

ARTICLE L.2181-1

Dès qu'il a fait son choix, l'acheteur le communique aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

COMMENTAIRE

Tout acheteur devant désormais disposer d'une plateforme de dématérialisation de ses procédures d'achat, dite « profil d'acheteur », il est conseillé de recourir à celle-ci pour notifier à un candidat ou soumissionnaire le rejet de son pli. Cela permettra à l'acheteur de disposer d'une preuve certaine, à la fois d'envoi et de réception.

ARTICLE R.2181-1

L'acheteur notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre.

SECTION 1 : MARCHÉS PASSÉS SELON UNE PROCÉDURE ADAPTÉE

ARTICLE R.2181-2

Tout candidat ou soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été rejetée peut obtenir les motifs de ce rejet dans un délai de quinze jours à compter de la réception de sa demande à l'acheteur. Lorsque l'offre de ce soumissionnaire n'était ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, l'acheteur lui communique en outre les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché.

SECTION 2 : MARCHÉS PASSÉS SELON UNE PROCÉDURE FORMALISÉE

ARTICLE R.2181-3

La notification prévue à l'article R.2181-1 mentionne les motifs du rejet de la candidature ou de l'offre.
Lorsque la notification de rejet intervient après l'attribution du marché, l'acheteur communique en outre:
1° Le nom de l'attributaire ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de son offre;
2° La date à compter de laquelle il est susceptible de signer le marché dans le respect des dispositions de l'article R.2182-1.

ARTICLE R.2181-4

A la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre qui n'a pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, l'acheteur communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande:
1° Lorsque les négociations ou le dialogue ne sont pas encore achevés, les informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations ou du dialogue;
2° Lorsque le marché a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue.

SECTION 3 : INFORMATIONS DES CANDIDATS ET SOUMISSIONNAIRES ÉVINCÉS DANS LE CADRE D'UN SYSTÈME DE QUALIFICATION PASSÉ PAR UNE ENTITÉ ADJUDICATRICE

ARTICLE R.2181-5

Les entités adjudicatrices qui établissent et gèrent un système de qualification informent les opérateurs économiques qui demandent à être qualifiés de la décision prise à leur sujet dans un délai de quatre mois à compter de la réception de leur demande de qualification.
Ce délai peut être prolongé de deux mois au plus, à condition que les opérateurs économiques concernés soient informés de cette prolongation dans les deux mois qui suivent la réception de leur demande. Les motifs de cette prolongation ainsi que la date à laquelle une décision sera prise leur sont également indiqués.

ARTICLE R.2181-6

Lorsque l'entité adjudicatrice décide de rejeter une demande de qualification, elle informe l'opérateur économique des motifs de sa décision, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la date de cette décision. Ces motifs doivent être fondés sur les critères de qualification mentionnés à l'article R.2162-30.

JURISPRUDENCE

● L'acheteur ne commet aucun manquement lorsqu'il communique à un soumissionnaire les motifs de rejet de son offre plusieurs mois après l'attribution du marché public.
CE, 27 septembre 2024, n°490697

Chapitre II : Signature et notification du marché

Le présent chapitre ne comprend pas de dispositions législatives.

SECTION 1 : SIGNATURE DU MARCHÉ

ARTICLE R.2182-1

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, un délai minimal de onze jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux articles R.2181-1 et R.2181-3 et la date de signature du marché par l'acheteur. Ce délai minimal est porté à seize jours lorsque cette notification n'a pas été transmise par voie électronique.

ARTICLE R.2182-2

Le respect du délai mentionné à l'article R.2182-1 n'est pas exigé:
1° Lorsque le marché est attribué au seul opérateur ayant participé à la consultation;
2° Pour l'attribution des marchés subséquents, fondés sur un accord-cadre, ou des marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique.

ARTICLE R.2182-3

Le marché peut être signé électroniquement, selon les modalités fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie qui figure en annexe du présent code.

COMMENTAIRE

La signature électronique n'est pas encore rendue obligatoire. Elle le sera prochainement. Cependant, dès à présent, au nom du parallélisme des formes, une offre reçue déjà signée électroniquement par un soumissionnaire, doit faire l'objet d'une signature électronique, et non pas être rematérialisée. Il est vivement conseillé aux acheteurs de se doter d'une signature électronique utilisable pour les contrats relevant de la commande publique. Souvent les collecti-

vités disposent déjà d'une telle signature au sein du service des finances, mais celle-ci n'est généralement pas utilisable pour la signature de contrats de la commande publique, au motif qu'elle ne dispose pas du niveau suffisant de sécurité informatique exigé pour ces contrats.

SECTION 2 : NOTIFICATION DU MARCHÉ

COMMENTAIRE

Il est recommandé d'utiliser la plateforme de dématérialisation pour la notification des marchés.

ARTICLE R.2182-4

L'acheteur notifie le marché au titulaire. Le marché prend effet à la date de réception de la notification.

ARTICLE R.2182-5

Les marchés des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics prennent effet à la date de réception de la notification du marché au titulaire sous réserve du respect des dispositions du Code général des collectivités territoriales relatives au contrôle de légalité.

Chapitre III : Avis d'attribution

ARTICLE L.2183-1

L'acheteur rend public le choix de l'offre retenue, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par décret en Conseil d'Etat.

SECTION 1 : MODALITÉS DE PUBLICATION

Sous-section 1 : Dispositions générales

ARTICLE R.2183-1

Pour les marchés répondant à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code, l'acheteur envoie pour publication, dans un délai maximal de trente jours à compter de la signature du marché, un avis d'attribution dans les conditions suivantes:
1° Pour l'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements l'avis est publié dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne;
2° Pour les autres acheteurs, l'avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne;
3° Pour les marchés de services sociaux et autres services spécifiques, l'avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne.

ARTICLE R.2183-2

L'avis d'attribution 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.

Sous-section 2 : Dispositions propres à certains marchés

ARTICLE R.2183-3

Pour les marchés subséquents, fondés sur un accord-cadre, l'acheteur est dispensé d'envoyer un avis d'attribution.

ARTICLE R.2183-4

Pour les marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique et les marchés de services sociaux et autres services spécifiques, l'acheteur peut regrouper les avis d'attribution sur une base trimestrielle. Dans ce cas, il envoie ces avis groupés pour publication au plus tard trente jours après la fin de chaque trimestre.

SECTION 2 : DISPOSITIONS PARTICULIÈRES AU CONTENU DES AVIS D'ATTRIBUTION

ARTICLE R.2183-5

Dans les conditions fixées par l'article L.2132-1, certaines informations sur la passation du marché peuvent ne pas être publiées au cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique en particulier, public ou privé, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

ARTICLE R.2183-6

Lorsque l'appel à la concurrence a été effectué sous la forme d'un avis de pré-information ou d'un avis périodique indicatif et que l'acheteur a décidé de ne pas attribuer de nouveaux marchés au cours de la période couverte par cet avis, l'avis d'attribution le mentionne expressément.

ARTICLE R.2183-7

Pour les marchés de services de recherche et développement passés par une entité adjudicatrice, les informations concernant la nature et la quantité des services peuvent être limitées:
1° A la mention «services de recherche et développement» lorsque le marché a été passé sans publicité ni mise en concurrence préalables conformément au 1° de l'article R.2122-11;
2° A des informations au moins aussi détaillées que celles qui figuraient dans l'avis qui a été utilisé comme appel à la concurrence.

Chapitre IV : Conservation des informations

ARTICLE L.2184-1

Les acheteurs conservent les documents relatifs à la passation des marchés, dans des conditions prévues par voie réglementaire.

SECTION 1 : RAPPORT DE PRÉSENTATION DE LA PROCÉDURE MENÉE PAR LES POUVOIRS ADJUDICATEURS

ARTICLE R.2184-1

Le pouvoir adjudicateur établit un rapport de présentation de la procédure de passation des marchés et des systèmes d'acquisition dynamiques répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code.
L'établissement de ce rapport n'est pas exigé pour les marchés subséquents fondés sur un accord-cadre lorsque ceux-ci sont conclus sans remise en concurrence.

COMMENTAIRE

Cet article implique l'établissement d'un rapport de présentation systématiquement (sauf pour les marchés subséquents à un accord-cadre conclus sans remise en concurrence), pour tous les marchés supérieurs ou égaux aux

seuils européens, indépendamment de toute considération de transmission à un éventuel contrôle de légalité.

ARTICLE R.2184-2
Le rapport de présentation comporte au moins les éléments suivants:
1° Le nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur, l'objet et la valeur du marché ou du système d'acquisition dynamique;
2° Le nom des candidats exclus et les motifs du rejet de leur candidature;
3° Le nom des candidats sélectionnés et les motifs de ce choix;
4° Le nom des soumissionnaires dont l'offre a été rejetée et les motifs de ce rejet y compris, le cas échéant, les raisons qui ont amené l'acheteur à la juger anormalement basse;
5° Le nom du titulaire et les motifs du choix de son offre, ainsi que, si ces informations sont connues, la part du marché que le titulaire a l'intention de sous-traiter à des tiers et le nom des sous-traitants.

ARTICLE R.2184-3
Le rapport de présentation comporte en outre, lorsqu'il y a lieu, les éléments suivants:
1° Les motifs du recours à un marché passé sans publicité ni mise en concurrence préalables, à la procédure avec négociation ou au dialogue compétitif;
2° Les motifs pour lesquels le pouvoir adjudicateur n'a pas alloti le marché, s'il ne les a pas indiqués dans les documents de la consultation;
3° Les raisons pour lesquelles un chiffre d'affaires annuel minimal supérieur au plafond fixé aux articles R.2142-6 à R.2142-12 a été exigé, lorsque celles-ci n'ont pas été indiquées dans les documents de la consultation;
4° Les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a sollicité l'utilisation de moyens de communication autres que les moyens électroniques pour la transmission des offres;
5° La description des mesures appropriées prises par le pouvoir adjudicateur pour s'assurer que la concurrence n'a pas été faussée par des études et échanges préalables avec des opérateurs économiques ou par la participation d'un opérateur économique à la préparation du marché en application des articles R.2111-1 et R.2111-2;
6° Les conflits d'intérêts décelés et les mesures prises en conséquence;
7° Les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a renoncé à passer un marché ou à mettre en place un système d'acquisition dynamique.

ARTICLE R.2184-4
Dans la mesure où l'avis d'attribution contient les informations exigées aux articles R.2184-1 à R.2184-3, le pouvoir adjudicateur peut renvoyer, dans le rapport de présentation, à cet avis.

ARTICLE R.2184-5
Lorsque le pouvoir adjudicateur est soumis à un contrôle de ses marchés, il transmet aux autorités chargées de ce contrôle le rapport de présentation en même temps que les documents contractuels.

ARTICLE R.2184-6
Le rapport de présentation ou ses principaux éléments sont communiqués à la Commission européenne à sa demande.

SECTION 2 : INFORMATIONS CONSERVÉES PAR LES ENTITÉS ADJUDICATRICES

ARTICLE R.2184-7
L'entité adjudicatrice conserve la justification des décisions relatives à la qualification, à la sélection des opérateurs économiques et à l'attribution des marchés et des systèmes d'acquisition dynamiques répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code.

ARTICLE R.2184-8
L'entité adjudicatrice conserve également les informations suivantes:
1° Les motifs de la passation d'un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables;
2° Les motifs pour lesquels elle n'a pas alloti le marché;
3° Les raisons pour lesquelles elle a exigé un chiffre d'affaires annuel minimal supérieur au plafond fixé à l'article R.2142-7, lorsque celles-ci n'ont pas été indiquées dans les documents de la consultation;
4° La description des mesures appropriées qu'elle a prises pour s'assurer que la concurrence n'a pas été faussée par des études et échanges préalables avec des opérateurs économiques ou par la participation d'un opérateur économique à la préparation du marché en application des articles R.2111-1 et R.2111-2;
5° Les raisons pour lesquelles elle a sollicité l'utilisation de moyens de communication autres que les moyens électroniques pour la transmission des offres.

ARTICLE R.2184-9
Dans la mesure où l'avis d'attribution contient les informations exigées aux articles R.2184-7 et R.2184-8, l'entité adjudicatrice peut se référer à cet avis.

ARTICLE R.2184-10
Lorsque l'entité adjudicatrice est soumise à un contrôle de ses marchés, elle transmet aux autorités chargées de ce contrôle les informations, documents ou leurs principaux éléments mentionnés dans la présente section en même temps que les documents contractuels.

ARTICLE R.2184-11
Les informations, documents ou les principaux éléments mentionnés dans la présente section sont communiqués à la Commission européenne à sa demande.

SECTION 3 : DURÉE DE CONSERVATION

ARTICLE R.2184-12
L'acheteur conserve les candidatures et les offres ainsi que les documents relatifs à la procédure de passation pendant une période minimale de cinq ans à compter de la date de signature du marché.

ARTICLE R.2184-13
L'acheteur conserve les pièces constitutives du marché pendant une durée minimale de cinq ans pour les marchés de fournitures ou de services et de dix ans pour les marchés de travaux, de maîtrise d'œuvre ou de contrôle technique à compter de la fin de l'exécution du marché.

Chapitre V : Abandon de la procédure

Le présent chapitre ne comprend pas de dispositions législatives.

ARTICLE R.2185-1
L'acheteur peut, à tout moment, déclarer une procédure sans suite.

ARTICLE R.2185-2

Lorsqu'il déclare une procédure sans suite, l'acheteur communique dans les plus brefs délais les motifs de sa décision de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure aux opérateurs économiques y ayant participé.

JURISPRUDENCES

● Si l'acheteur renonce à l'attribution d'un marché pour un motif d'intérêt général, le candidat ne peut prétendre à une indemnisation.
CE, 28 févr. 2020, n°426162

● Une collectivité décidant de ne pas donner suite à une procédure de passation au motif que l'expertise en cours sur les travaux réalisés antérieurement l'avait amenée à redéfinir ses besoins, et que l'offre du candidat requérant ne répondait pas aux termes du CCTP, cette entreprise ne peut contester cet abandon de procédure et réclamer une indemnisation.
CAA Lyon, 14 novembre 2019, n°17LY03184

TITRE IX : EXÉCUTION DU MARCHÉ

Chapitre Ier : Exécution financière

ARTICLE L.2191-1

Sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire, les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux marchés passés par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.
Toutefois, les dispositions de la section 3 du présent chapitre s'appliquent également aux établissements publics de l'Etat ayant un caractère industriel et commercial. Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables à la Caisse des dépôts et consignations.

ARTICLE R.2191-1

Les acheteurs mentionnés à l'article R.2100-1 ne sont pas soumis aux dispositions du présent chapitre, à l'exception de celles des articles R.2191-20 et R.2191-21.
Toutefois, l'opérateur France Travail et, pour leurs achats destinés à la conduite de leurs activités de recherche, les établissements publics de l'Etat à caractère administratif ayant dans leurs statuts une mission de recherche sont soumis aux dispositions des sections 1 à 3 du présent chapitre.

ARTICLE R.2191-2

Les acheteurs non soumis aux dispositions du présent chapitre peuvent volontairement en faire application.

JURISPRUDENCES

● Le juge des référés a commis une erreur de droit en rejetant une demande de provision, au motif que les parties avaient conclu précédemment un avenant au marché ayant pour objet de prolonger le délai d'exécution des travaux sans contrepartie financière pour le titulaire du marché, et que le marché avait été conclu à prix forfaitaire, sans tenir compte du fait qu'un DGD existait. Celui-ci existait tacitement du fait de l'application des articles 13-4-2 et 13-4-4 du CCAG Travaux (version 2009).
CE, 25 janvier 2019, req. n°423331

● Quand un marché est confié à un groupement conjoint, le mandataire ne représente les entreprises conjointes vis-à-vis du maître d'ouvrage et maître d'œuvre, que jusqu'à l'expiration du délai de garantie des travaux. Il demeure, même après l'expiration de ce délai, le seul habilité à signer le décompte général et à présenter, le cas échéant, un mémoire en réclamation, ou à poursuivre, pour le compte des entreprises conjointes, la procédure de règlement du différend né de la présentation de ce mémoire, jusqu'à l'expiration du délai de garantie.
CAA Paris, 5 févr. 2019, req. n°17PA00943

● Un acheteur peut voir sa responsabilité être engagée en cas de désordres sur un ouvrage, dès lors que ce dernier avait été réceptionné sans réserves et que le constructeur ne peut pas être poursuivi au titre de la garantie de parfait achèvement, ni de la garantie décennale.
CE, 6 févr. 2019, req n°414064

● Toutes les opérations liées à l'exécution d'un marché figurent dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde arrêté via un décompte général et définitif détermine les droits et obligations définitifs des parties. Et même si le décompte général est devenu définitif, cela ne fait pas obstacle à la recevabilité de conclusions d'appel en garantie du maître d'ouvrage contre le titulaire du marché, sauf si le maître d'ouvrage avait eu connaissance de l'existence du litige avant qu'il n'établisse le décompte et qu'il n'a pas assorti celui-ci d'une réserve, même non chiffrée.
CE, 6 mai 2019, req. n°420765

● Un maître d'ouvrage qui n'a pas formulé de réserves concernant des désordres apparents lors de la réception, ne peut pas, sauf si stipulations contractuelles le prévoyant, inscrire dans le décompte général du marché des sommes visant à procéder à leur réparation.
CE, 12 juin 2019, req. n° 420031

● Un conducteur d'opération peut voir sa responsabilité est être engagée s'agissant de son obligation de conseil, même si le maître d'œuvre est également tenu d'un devoir de conseil vis-à-vis du maître d'ouvrage, ou même si le contrat de conduite d'opération prévoit que la responsabilité du conducteur ne se substitue pas à celle du maître d'œuvre.
CE, 28 juin 2019, req. n°416735 et 416742

● Après la résiliation d'un marché, et en l'absence de communication d'un décompte de résiliation, les sociétés concernées ont demandé une indemnisation du préjudice subi du fait de la résiliation. Cette demande doit être regardée comme étant un mémoire en réclamation prévu par le CCAG (version 2009).
CE, 27 novembre 2019, req. n°422600

● L'absence de notification au titulaire d'un marché de travaux, du décompte général, dispense le titulaire de récapituler dans un mémoire en réclamation les sommes demandées. La règle est que l'entrepreneur doit établir un projet de décompte final ; le maître d'œuvre l'accepte ou refuse, et établit un projet de décompte général et l'adresse à l'acheteur ; ce dernier établit le DGD et le notifie au titulaire. Si l'acheteur ne le notifie pas, le titulaire le met en demeure d'y procéder. Et en l'absence de réponse de l'acheteur, la saisine du tribunal est dès lors possible.
CAA Versailles, 28 avril 2020, n°17VE01594

● Le titulaire d'un marché doit respecter un délai de 6 mois imprescriptible pour contester la validité du décompte général définitif. Seule la saisine du comité consultatif de règlement amiable permet d'interrompre ce délai. Ni le mémoire en réclamation, ni le référé

demandant une expertise n'ont pour effet de suspendre ce délai. Si le titulaire ne saisit pas le tribunal administratif dans les six mois, il n'est plus fondé à contester le décompte, quand bien même ce dernier comporterait de nombreuses irrégularités.
CAA Bordeaux, 6 décembre 2021, n°19BX03171

● Un mémoire en réclamation doit comporter les motifs de réclamation et l'exposé d'un différend, à défaut il n'en est pas.
CAA Bordeaux, 4 févr. 2020, n°18BX00864

● Un simple courrier ne vaut pas réclamation au sens de l'article 37.2 du CCAG FCS, auquel le CCAP renvoyait. Le formalisme des échanges entre pouvoir adjudicateur et titulaire doit être respecté. La réclamation doit préciser et détailler les différents chefs de contestation.
CAA Marseille, 29 novembre 2021, n°20MA01748

● Le titulaire doit présenter dans un mémoire en réclamation l'énoncé d'un différend, en mentionnant les montants des sommes dont le paiement est demandé et les motifs de ces demandes, notamment les bases de calcul des sommes réclamées. Un mémoire en réclamation ne peut se contenter de renvoyer à un document antérieurement transmis au pouvoir adjudicateur ou maître d'œuvre sans le joindre à son mémoire.
CE, 27 septembre 2021, n° 442455

● Le cocontractant d'une administration dont le marché a été résilié à ses frais et risques ne peut obtenir le décompte général de ce marché, en vue du règlement des sommes dues au titre des travaux exécutés, qu'après règlement définitif du nouveau marché passé pour l'achèvement des travaux.
CAA Lyon, 14 novembre 2019, n°17LY03087

● Le seul fait qu'une administration ne s'acquitte pas, en temps utile, des factures qui lui sont adressées, sans refuser explicitement de les honorer, ne suffit pas à caractériser l'existence d'un différend au sens du CCAG FCS (en l'espèce, version de 1977).
CE, 22 novembre 2019, n°417752

● Pour obtenir un paiement au titre d'un marché à bons de commande, il faut prouver qu'un bon de commande a été émis par la collectivité.
CAA Paris, 17 janvier 2020, n°17PA23144

● A la lecture du CCAG Travaux, en vigueur à l'époque des faits, «quelle que soit l'importance des réserves émises par le pouvoir adjudicateur, la mise en demeure prévue [au CCAG] ne saurait être regardée comme prématurée que si elle intervient avant l'expiration du délai de quarante jours qu'il stipule ou si la remise au maître d'œuvre du projet de décompte final par le titulaire, qui constitue le point de départ de ce délai, est elle-même intervenue avant la notification de la décision de réception des travaux». A noter que la version actuelle du CCAG Travaux, prévoit un délai de 30 jours au lieu de 40 (cf. article 12.4.2).
Le Conseil d'Etat estime donc, qu'en «se fondant sur le nombre et le caractère substantiel des réserves non levées à la date de la mise en demeure adressée par la [société] pour juger que cette mise en demeure était prématurée et que la commune de Metz pouvait surseoir à l'établissement du décompte général du marché, la cour administrative d'appel de Nancy a commis une erreur de droit». En l'absence d'une notification du décompte général, une mise en demeure du titulaire est prématurée.
CE, 10 novembre 2021, n°449395

● Même si la décision du pouvoir adjudicateur d'arrêter l'exécution des prestations et de résilier le marché n'ouvre aucun droit au titulaire, sauf stipulation contraire du marché, à être indemnisé des dépenses engagées pour des prestations qui n'auraient pas été fournies à l'acheteur ou des dépenses et préjudices liés à la résiliation du marché, cette décision est au nombre des décisions de résiliation qui doivent faire l'objet d'un décompte de résiliation.
CE, 25 octobre 2021, req. n°446498

SECTION I : AVANCES

ARTICLE L.2191-2

Les marchés passés par les acheteurs mentionnés à l'article L.2191-1 donnent lieu à des versements à titre d'avances, dans les conditions prévues par voie réglementaire.

ARTICLE L.2191-3

Les clauses du marché relatives au taux et aux conditions de versement de l'avance ne peuvent être modifiées en cours d'exécution.

Sous-section 1 : Dispositions générales

Paragraphe 1 : Principe de versement d'une avance

ARTICLE R.2191-3

L'acheteur accorde une avance au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché est supérieur à 50000 euros hors taxes et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois.

ARTICLE R.2191-4

L'acheteur peut prévoir le versement d'une avance dans les cas où elle n'est pas obligatoire.

ARTICLE R.2191-5

Le titulaire du marché peut refuser le versement de l'avance.

Paragraphe 2 : Modalités de calcul du montant de l'avance

ARTICLE R.2191-6

Lorsqu'une partie du marché est sous-traitée, le montant initial du marché est diminué du montant des prestations confiées au sous-traitant et donnant lieu au paiement direct.

ARTICLE R.2191-7

Lorsque la durée du marché est inférieure ou égale à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % du montant initial toutes taxes comprises du marché.
Lorsque la durée du marché est supérieure à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % d'une somme égale à douze fois le montant initial toutes taxes comprises du marché divisé par sa durée exprimée en mois.
Lorsque le titulaire du marché public ou son sous-traitant admis au paiement direct est une petite ou moyenne entreprise mentionnée à l'article R. 2151-13, le taux minimal de l'avance est porté à :
1° 30 % pour les marchés publics passés par l'Etat ;
2° 10 % pour les marchés publics passés par

les établissements publics administratifs de l'Etat, autres que les établissements publics de santé, dont les charges de fonctionnement constatées dans le compte financier au titre de l'avant-dernier exercice clos sont supérieures à 60 millions d'euros ;
3° 10 % pour les marchés publics passés par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, dont les dépenses réelles de fonctionnement constatées dans le compte de gestion du budget principal au titre de l'avant-dernier exercice clos sont supérieures à 60 millions d'euros.
Les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements peuvent conditionner le versement de l'avance à la constitution d'une garantie à première demande. Cette garantie peut porter sur tout ou partie de l'avance. Les deux parties peuvent s'accorder pour substituer à cette garantie une caution personnelle et solidaire. La constitution de cette garantie ne peut toutefois être exigée des personnes publiques titulaires d'un marché.

COMMENTAIRE

L'attention des acheteurs est attirée sur les clauses types des CCAG, qui supposent le choix d'une option concernant l'avance. A défaut de choix, la désignation d'office par les CCAG du dispositif applicable (à savoir l'option A), risque de ne pas correspondre à la pratique courante des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. C'est un sujet à régler en interne, avec le service en charge des finances.

ARTICLE R.2191-8

L'acheteur peut porter le montant de l'avance au-delà de 30% du montant calculé conformément aux dispositions de l'article R.2191-7. Il peut alors en conditionner le versement à la constitution d'une garantie à première demande. Cette garantie peut porter sur tout ou partie de l'avance. Les deux parties peuvent s'accorder pour substituer à cette garantie une caution personnelle et solidaire. La constitution de cette garantie ne peut toutefois être exigée des personnes publiques titulaires d'un marché.

COMMENTAIRE

Cet article a été modifié par le décret n° 2020-1261 du 15 octobre 2020, afin de rendre possible un dépassement du seuil de 30 % quant au montant d'une avance. Cette réforme a été suscitée par la crise sanitaire, qui a impliqué pour bien des administrations de devoir verser un montant beaucoup plus important que 30 % en avance. Rappelons qu'une « avance » (à la différence d'un acompte), intervient avant la moindre exécution de prestations ou travaux. En outre, la réforme d'octobre 2020 ne rend plus obligatoire la constitution d'une garantie à première demande ou caution personnelle ou solidaire. Elle est désormais « possible ». Cette exigence éventuelle doit avoir été prévue dans le cahier des charges.

ARTICLE R.2191-9

Le montant de l'avance ne peut être affecté par la mise en œuvre d'une clause de variation de prix.

ARTICLE R.2191-10

Les clauses du marché précisent les conditions de versement de l'avance ainsi que son taux.

Paragraphe 3 : Modalités de remboursement de l'avance

ARTICLE R.2191-11

Le remboursement de l'avance s'impute sur les sommes dues au titulaire, selon un rythme et des modalités fixées par les clauses du marché par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes, de règlement partiel définitif ou de solde.
Dans le silence du marché, le remboursement de l'avance est échelonné en tenant compte du montant de l'avance accordée et des sommes restant dues au titulaire. Ce remboursement s'impute par précompte sur les sommes dues au titulaire et débute:
1° Pour les avances inférieures ou égales à 30% du montant toutes taxes comprises du marché, quand le montant des prestations exécutées atteint 65% du montant toutes taxes comprises du marché;
2° Pour les avances supérieures à 30% du montant toutes taxes comprises du marché, à la première demande de paiement.

COMMENTAIRE

Cet article a été modifié par le décret n° 2020-1261 du 15 octobre 2020, qui a entrepris une réforme du système des avances. S'agissant de l'article R.2191-11, deux cas de figure ont été ainsi définis, dans l'hypothèse où le marché est silencieux concernant les modalités de remboursement de l'avance. Il faut désormais distinguer les avances inférieures ou égales à 30 %, des autres. Le seuil de 65 % prévu antérieurement, qui s'appliquait systématiquement, ne s'applique plus que pour les avances inférieures ou égales à 30 %. Par décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022 (art. 1), cet article a été à nouveau clarifié dans son rédactionnel.

JURISPRUDENCE

● Lorsque le marché est résilié avant le remboursement d'une avance par précompte sur les prestations exécutées, l'acheteur peut obtenir le remboursement de l'avance versée au titulaire (ou au sous-traitant) sous réserve des dépenses qu'il a engagées et des prestations réellement exécutées. Et en cas de résiliation pour faute, le sous-traitant peut engager une action contre le titulaire pour le préjudice que cette résiliation lui a causé, même si le sous-traitant a remboursé son avance.
CE, 4 mars 2020, n°423443

Sous-section 2 : Dispositions particulières

Paragraphe 1 : Marchés à tranches

ARTICLE R.2191-13

Dans le cas d'un marché à tranche optionnelle, une avance est versée au titulaire pour chaque tranche affermie dans les conditions prévues à la sous-section 1.

Paragraphe 2 : Marchés reconductibles

ARTICLE R.2191-15

Dans le cas d'un marché reconductible, une avance est versée au titulaire pour chaque reconduction dans les conditions prévues à la sous-section 1.

Paragraphe 3 : Accords-cadres à bons de commande

ARTICLE R.2191-16

Lorsque l'accord-cadre exécuté par l'émission de bons de commande ne prévoit pas de montant minimum, l'avance est accordée pour chaque bon de commande remplissant les conditions prévues à la sous-section 1.

ARTICLE R.2191-17

Lorsque l'accord-cadre exécuté par l'émis-

sion de bons de commande prévoit un montant minimum supérieur à 50000 euros hors taxes, l'avance est accordée en une seule fois sur la base de ce montant minimum.

ARTICLE R.2191-18

Lorsque l'accord-cadre exécuté par l'émission de bons de commande prévoit un montant minimum supérieur à 50000 euros hors taxes et est conclu par un groupement de commande, l'avance peut être accordée dans les conditions fixées à l'article R.2191-16 dès lors que chaque membre du groupement procède au paiement des prestations qu'il a commandées.

ARTICLE R.2191-19

Lorsque le montant de l'avance est inférieur à 80% du montant calculé conformément aux dispositions des articles R.2191-16 à R.2191-18, le remboursement de l'avance doit être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80% du montant toutes taxes comprises des prestations qui lui sont confiées au titre:
1° Du bon de commande dans le cas d'un accord-cadre à bons de commande ne comportant pas de minimum fixé en valeur;
2° Du montant minimum dans le cas d'un accord-cadre à bons de commandes comportant un montant minimum fixé en valeur.
Dans les autres cas, dans le silence du marché, l'avance est intégralement remboursée lorsque le montant toutes taxes comprises des prestations exécutées atteint le montant de l'avance accordée.

COMMENTAIRE

Le décret n° 2020-1261 du 15 octobre 2020 a modifié cet article, afin d'intégrer la même logique de remboursement des avances, que celle prévue à l'article R.2191-12 (voir notre commentaire sous cet article).

SECTION 2 : ACOMPTES

ARTICLE L.2191-4

Les marchés passés par les acheteurs mentionnés à l'article L.2191-1 donnent lieu à des versements à titre d'acomptes dans les conditions prévues par voie réglementaire, dès lors que les prestations ont commencé à être exécutées. Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte.

COMMENTAIRE

Une « avance » est indépendante de tout commencement d'exécution d'un marché. Alors qu'un « acompte » est lié à l'exécution même d'un marché.

ARTICLE R.2191-20

Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution ouvrent droit à des acomptes. Les acomptes n'ont pas le caractère de paiements définitifs.

ARTICLE R.2191-21

Le montant des acomptes correspond à la valeur des prestations auxquelles ils se rapportent. Le cas échéant, il est diminué de la fraction correspondante de la retenue de garantie mentionnée à l'article R.2191-32.

ARTICLE R.2191-22

La périodicité du versement des acomptes est fixée au maximum à trois mois.
Lorsque le titulaire du marché est une petite ou moyenne entreprise ou un artisan au sens de l'article R.2151-13, une société coopérative de production, un groupement de producteurs agricoles, une société coopérative d'artisans, une société coopérative d'artistes ou une entreprise adaptée, ce délai est ramené à un mois pour les marchés de travaux, et, sur demande du titulaire du marché, pour les marchés de fournitures et de services.

SECTION 3 : RÉGIME DES PAIEMENTS

ARTICLE L.2191-5

Tout paiement différé est interdit dans les marchés passés par l'Etat, ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.

ARTICLE L.2191-6

En cas de marché global ayant pour objet la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut contribuer au paiement de la construction.

JURISPRUDENCE

● Le fait qu'un décompte général soit devenu définitif ne rend pas irrecevable l'appel en garantie du maître d'ouvrage contre le titulaire du marché, sauf si le maître d'ouvrage avait eu connaissance de l'existence du litige avant qu'il n'établisse le décompte général et qu'il ne l'a pas assorti d'une réserve, même non chiffrée, concernant ce litige.
Et un maître d'ouvrage, condamné à indemniser le préjudice causé à son entrepreneur, ne peut appeler en garantie son assistant à maîtrise d'ouvrage fautif, s'il n'établit pas le décompte général définitif dans les règles de l'art.
CE, 6 mai 2019, n° 420765

Sous-section 1 : Dispositions générales

ARTICLE R.2191-23

Les prestations effectuées par le titulaire d'un marché qui donnent lieu à versement d'avances ou d'acomptes, à règlement partiel définitif, ou à paiement pour solde, sont constatées par un écrit établi par l'acheteur ou vérifié et accepté par lui.

ARTICLE R.2191-24

Dans le cas des marchés passés en lots séparés, le titulaire de plusieurs lots présente des factures distinctes pour chaque lot ou une facture globale identifiant distinctement les différents lots.

ARTICLE R.2191-25

Dans le cas où le marché prévoit l'échelonnement de son exécution et des versements auxquels il donne lieu, aucune créance ne peut devenir exigible, aucun intérêt moratoire ne peut commencer à courir avant les dates prévues.

Sous-section 2 : Règlement partiel définitif

ARTICLE R.2191-26

Un règlement partiel définitif est un règlement non susceptible d'être remis en cause par les parties après son paiement, notamment lors de l'établissement du solde. A l'exception des marchés de travaux, l'acheteur peut prévoir des règlements partiels définitifs.

Sous-section 3 : Mise en œuvre de la clause de variation de prix

ARTICLE R.2191-27

Lorsque le marché comporte une clause de variation de prix, la valeur finale des références utilisées pour l'application de

cette clause est appréciée au plus tard à la date de réalisation des prestations telle que prévue par le marché, ou à la date de leur réalisation réelle si celle-ci est antérieure.

ARTICLE R.2191-28

Le paiement calculé sur la base des valeurs finales de référence utilisées pour l'application de la clause de variation de prix intervient au plus tard trois mois après la date à laquelle sont publiées ces valeurs. Lorsque la valeur finale des références n'est pas connue à la date où doit intervenir un acompte ou un paiement partiel définitif, l'acheteur procède à un règlement provisoire sur la base des dernières références connues.

ARTICLE R.2191-29

Lorsque les avances sont remboursées par précompte sur les sommes dues à titre d'acompte ou de solde, le précompte est effectué après application de la clause de variation de prix sur le montant initial de l'acompte ou du solde.

Sous-section 4 : Règles applicables en cas de résiliation du marché

JURISPRUDENCES

● La fin anticipée du contrat rend inopérante une action contre le titulaire pour des fautes contractuelles. En l'espèce, un syndicat mixte a conclu un marché avec une société, pour l'exploitation d'une usine de traitement de déchets. Le contrat a été prolongé d'un an, puis l'usine a été fermée par le syndicat, neuf années avant la date prévue dans le contrat. Pour les juges, cette fermeture n'a pas tenu compte des investissements réalisés afin de garantir la fin du contrat dans de bonnes conditions d'exécution et donc, aucune responsabilité pour des éventuelles fautes contractuelles ne peut être engagée contre le titulaire du marché.
CAA Lyon, 17 décembre 2021, n°19LY02896

● Un marché a été conclu pour la réalisation de prestations d'analyse des eaux destinées à la consommation humaine. Un candidat non retenu conteste cette attribution. L'acheteur annule l'attribution du marché, au motif que le contrat ne respecte pas l'obligation de séparation des activités de distributeur d'eau et de contrôleur de la qualité des eaux, comme c'était prévu dans le dossier de consultation des entreprises. L'acheteur relance ensuite une consultation, en supprimant cette exigence et choisit à nouveau l'entreprise qui avait été retenue lors de la première consultation. Pour la Cour, le fait qu'il n'y ait eu que ce changement dans la nouvelle consultation, est « révélateur d'un détournement de pouvoir ». Cette pratique est de nature « à faire douter dès l'origine de l'impartialité » de l'acheteur, qui « pouvait sembler avoir d'ores et déjà choisi le candidat qu'elle entendait retenir » au stade de la rédaction des pièces de consultation.
CAA Paris, 17 décembre 2021, n°19PA03448

● Une personne publique cocontractante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier unilatéralement un contrat administratif, sous réserve des droits à indemnité de son cocontractant. La régularité d'un contrat est affectée en cas de manquement à une obligation de publicité et mise en concurrence, et si le contrat a été signé sans aucune autorisation du maire ou du conseil municipal.
CAA Nantes, 3 décembre 2021, n°20NT02614

● Lorsque le titulaire d'un accord-cadre multi-attributaires, engage un recours en contestation de la validité de cet accord-cadre, le juge ne peut pas prononcer la résiliation ou l'annulation de l'accord-cadre dans son ensemble. Il peut annuler ou résilier spécifiquement l'accord-cadre signé avec l'entreprise concernée, et ce, même cela a pour conséquence de ramener le nombre des titulaires de l'accord-cadre à un nombre inférieur à celui qui avait été fixé dans le règlement de la consultation.
CE, 24 novembre 2023, n°474108

● Un pouvoir adjudicateur peut s'opposer à la résiliation unilatérale d'un marché public d'assurance pour un motif d'intérêt général et imposer la poursuite de son exécution le temps nécessaire à la passation d'un nouveau marché.
CE, 4 avril 2024, n°491068

ARTICLE R.2191-30

En cas de résiliation totale ou partielle du marché, les parties peuvent s'accorder, sans attendre la liquidation définitive du solde, sur un montant de dettes et de créances, hors indemnisation éventuelle, acceptées par elles, à titre provisionnel.
Si le solde est créditeur au profit du titulaire, l'acheteur lui verse 80 % de ce montant. S'il est créditeur au profit de l'acheteur, le titulaire lui reverse 80 % de ce montant. Un délai peut être accordé au titulaire pour s'acquitter de sa dette. Dans cette hypothèse, le titulaire doit fournir la garantie prévue à l'article R.2191-44.

ARTICLE R.2191-31

En cas de résiliation du marché ouvrant droit à indemnisation, si les parties ne parviennent pas, dans un délai de six mois à compter de la date de la résiliation, à un accord sur le montant de l'indemnité, le titulaire perçoit, à sa demande, le montant que l'acheteur a proposé.

SECTION 4 : GARANTIES

JURISPRUDENCES

● Il résulte des principes qui régissent la garantie décennale des constructeurs, que des désordres apparus dans le délai d'épreuve de dix ans (garantie décennale), de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination dans un délai prévisible, engagent leur responsabilité, même s'ils ne se sont pas révélés dans toute leur étendue avant l'expiration du délai de dix ans. En l'espèce, la défaillance de l'installation de climatisation n'est pas intrinsèquement liée à l'ouvrage. Toutefois, la Cour administrative d'appel étend la garantie aux désordres qui affectent l'activité dont l'ouvrage est le support et qui de fait, le rendent impropre à sa destination : « ces groupes de production de froid étaient indispensables au bon fonctionnement de l'ouvrage constitué de ses locaux dès lors qu'ils assuraient la climatisation de ses locaux informatiques, où la température doit être maintenue entre 18 et 20° sauf à risquer une usure prématurée des matériels et des interruptions intempestives et potentiellement complexes à gérer des équipements informatiques ». La garantie décennale est donc applicable dès lors que les désordres, quand bien même ne compromettent pas la solidité de l'ouvrage, affectent son activité.
CAA Nantes, 17 décembre 2021, n°21NT00417

● Une commune conclut un marché de travaux pour la construction d'un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes. Plusieurs dommages sont constatés

après la livraison de l'ouvrage. La Cour rappelle les deux conditions pour que la garantie décennale s'applique : les dommages doivent être de nature à rendre l'ouvrage impropre à sa destination et à en compromettre la solidité. Et les entrepreneurs peuvent être solidairement responsables des dommages et prendre en charge le coût des réparations.
Toutefois, la Cour fait supporter à l'acheteur une part de responsabilité (20 %), car il n'a pas immédiatement pris en charge les désordres constatés. Et les entrepreneurs sont condamnés au titre de la responsabilité décennale à proportion de leur responsabilité dans les dommages constatés : 75 % pour le titulaire, 20 % pour le bureau d'études, 5 % pour l'architecte.
CAA Marseille, 13 décembre 2021, n°19MA00508

● Pour les juges, aucune malfaçon, ni aucun manquement aux règles de l'art n'a été relevé par les experts missionnés pour se prononcer sur le bardage mis en œuvre sur les façades lors de ces travaux. Et les panneaux ont été soumis à une source de chaleur très exceptionnelle, en raison de l'accumulation d'objets et de produits inflammables sur le balcon d'un appartement. Le dommage causé sur le bien immobilier est donc survenu en raison d'une utilisation anormale de cet ouvrage, ce qui n'est pas couvert par la garantie décennale. Le bailleur social est cependant tenu responsable du sinistre, au motif qu'il a l'obligation de faire respecter le règlement de copropriété par tous les locataires.
CAA Douai, 30 novembre 2021, n°19DA00347

● La prestation confiée par le maître d'ouvrage portait sur la réalisation de plans topographiques et d'arpentage préalables à la division de lots, la délimitation de propriété et le bornage, la rédaction de plans et procès-verbaux afférents, moyennant le paiement d'un prix. Le prestataire n'est pas fondé à soutenir qu'il n'était pas lié au maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage. Il est donc débiteur de la garantie décennale.
CAA Marseille, 29 novembre 2021, n°20MA00361

● Une citation en justice n'interrompt la prescription d'une garantie décennale qu'à la double condition d'émaner de celui qui a qualité pour exercer le droit menacé par la prescription et de viser celui-là même qui en bénéficierait. Toutefois, l'assureur du maître de l'ouvrage bénéficie de l'effet interruptif d'une citation en justice, à laquelle il a procédé dans le délai de garantie décennale, alors même qu'à la date de cette citation, n'ayant pas payé l'indemnité d'assurance, il ne serait pas encore subrogé dans les droits de son assuré. Son action contre les constructeurs est recevable dès lors qu'elle est engagée dans le nouveau délai de dix ans ainsi ouvert et que l'indemnité due à l'assuré a été versée avant que le juge ne statue sur le bien-fondé de cette action.
CAA Versailles, 17 novembre 2021, n°19VE01243

● La défoliation des platanes situés à proximité de travaux, s'étant produit après la réception définitive et sans réserve des travaux, n'ouvre pas droit à une action contre le constructeur qui aurait manqué à ses obligations contractuelles.
CAA Lyon, 25 août 2020, n°19LY00297

● La fin des rapports contractuels entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur, suite à une réception sans réserve de travaux, empêche le maître d'ouvrage d'appeler en garantie l'entrepreneur pour des dommages dont un tiers demande réparation. La responsabilité de l'entrepreneur envers le maître d'ouvrage peut toutefois être recherchée sur le fondement de la garantie décennale si le dommage subi par un tiers a son origine dans des désordres affectant l'ouvrage objet du marché.
CAA Nantes, 13 févr. 2020, n°18NT03596

● La garantie décennale des constructeurs couvre les désordres apparus dans le délai d'épreuve de dix ans, de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination dans un délai prévisible, même si ces désordres ne se sont pas révélés dans toute leur étendue avant l'expiration du délai de dix ans. Le constructeur dont la responsabilité est recherchée peut s'en exonérer qu'en cas de force majeure, faute du maître d'ouvrage, ou si les désordres ne lui sont pas imputables.
CAA Bordeaux, 12 décembre 2019, n°17BX02138

● Le Conseil d'Etat estime inapplicable aux marchés publics de travaux, l'article 1792-7 du Code civil qui exclut du régime de la garantie décennale les équipements professionnels, renforçant ainsi le caractère exorbitant des marchés de travaux publics.
CE, 5 juin 2023, n°461341

● L'assurance dommages ouvrage couvre les réparations de désordres de gravité décennale non repris par l'entrepreneur après réception, malgré une mise en demeure, pendant le délai de garantie de parfait achèvement.
CE, 31 octobre 2024, n°488920

ARTICLE L.2191-7

Les marchés peuvent prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie, une garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par décret en Conseil d'Etat.

Sous-section 1 : Retenue de garantie

ARTICLE R.2191-32

La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves formulées à la réception des prestations du marché et, le cas échéant, celles formulées pendant le délai de garantie lorsque les malfaçons n'étaient pas apparentes ou que leurs conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception.

ARTICLE R.2191-33

Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5% du montant initial du marché augmenté, le cas échéant, du montant des modifications en cours d'exécution. Lorsque le titulaire du marché public est une petite ou moyenne entreprise mentionnée à l'article R.2151-13, ce taux ne peut être supérieur à 3% pour les marchés publics passés par:
1° L'Etat;
2° Les établissements publics administratifs de l'Etat, autres que les établissements publics de santé, dont les charges de fonctionnement constatées dans le compte financier au titre de l'avant-dernier exercice clos sont supérieures à 60 millions d'euros;
3° Les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, dont les dépenses réelles de fonctionnement constatées dans le compte de gestion du budget principal au titre de l'avant-dernier

exercice clos sont supérieures à 60 millions d'euros.

ARTICLE R.2191-34
La retenue de garantie est prélevée par fractions sur les acomptes, les règlements partiels définitifs et le solde.
Dans l'hypothèse où le montant des sommes dues au titulaire ne permettrait pas de procéder au prélèvement de la retenue de garantie, celui-ci est tenu de constituer une garantie à première demande selon les modalités prévues à la sous-section 2 de la présente section.
Le deuxième alinéa n'est pas applicable aux personnes publiques titulaires d'un marché.

ARTICLE R.2191-35
Lorsque le marché prévoit une retenue de garantie, celle-ci est remboursée dans un délai de trente jours à compter de la date d'expiration du délai de garantie.
Toutefois, si des réserves ont été notifiées au créancier pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, la retenue de garantie est remboursée dans un délai de trente jours après la date de leur levée.

Sous-section 2 : Garantie à première demande et caution personnelle et solidaire

ARTICLE R.2191-36
Le titulaire du marché a la possibilité, pendant toute la durée du marché, de substituer à la retenue de garantie une garantie à première demande ou, si l'acheteur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire.
L'objet de cette garantie de substitution est identique à celui de la retenue de garantie qu'elle remplace.

ARTICLE R.2191-37
La garantie de substitution est établie selon un modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.

ARTICLE R.2191-38
La garantie de substitution est constituée pour le montant total du marché y compris les modifications en cours d'exécution.
Le montant de la garantie de substitution ne peut être supérieur à celui de la retenue de garantie qu'elle remplace.

ARTICLE R.2191-39
Lorsque le titulaire du marché est un groupement solidaire, la garantie de substitution est fournie par le mandataire pour le montant total du marché.
Lorsque le titulaire du marché est un groupement conjoint, chaque membre du groupement fournit une garantie de substitution correspondant aux prestations qui lui sont confiées. Si le mandataire du groupement conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement, la garantie de substitution peut être fournie par le mandataire pour le montant total du marché.

ARTICLE R.2191-40
Dans l'hypothèse où la garantie de substitution ne serait pas constituée ou complétée au plus tard à la date à laquelle le titulaire remet la demande de paiement correspondant au premier acompte, la fraction de la retenue de garantie correspondant à l'acompte est prélevée par l'acheteur.
Lorsque la garantie de substitution a été constituée après la date fixée au premier alinéa, les montants déjà prélevés au titre de la retenue de garantie sont reversés au titulaire.

ARTICLE R.2191-41
L'organisme apportant sa garantie est choisi parmi les tiers agréés par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.
Lorsque cet organisme est étranger, il est choisi parmi les tiers agréés dans son pays d'origine.
L'acheteur peut récuser l'organisme qui doit apporter sa garantie.

ARTICLE R.2191-42
Les établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande sont libérés un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie.
Toutefois, si des réserves ont été notifiées pendant le délai de garantie au titulaire du marché et aux établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, les établissements sont libérés de leurs engagements un mois au plus tard après la date de leur levée.

Sous-section 3 : Autres garanties

ARTICLE R.2191-43
Le marché peut prévoir d'autres garanties que celle prévues à la sous-section 1 pour l'exécution d'un engagement particulier.

ARTICLE R.2191-44
En cas de résiliation d'un marché qui n'a pas prévu de retenue de garantie, lorsqu'un délai est accordé au titulaire dans les conditions prévues à l'article R.2191-30 pour reverser à l'acheteur 80 % du montant de l'éventuel solde créditeur apparu au profit de celui-ci, le titulaire fournit une garantie à première demande ou, si l'acheteur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire.

JURISPRUDENCE

● **Le Conseil d'Etat rappelle la règle de la responsabilité trentenaire : « l'expiration du délai de l'action en garantie décennale ne décharge pas les constructeurs de la responsabilité qu'ils peuvent encourir en cas ou bien de fraude ou de dol dans l'exécution de leur contrat, ou bien d'une faute assimilable à une fraude ou à un dol, caractérisée par la violation grave, par sa mesure ou ses conséquences, de leurs obligations contractuelles, commises volontairement et sans qu'ils puissent ignorer les conséquences ».**
En l'espèce, l'entrepreneur du lot « revêtement de sols souples » aurait utilisé une colle non conforme aux prescriptions du marché, ce qui a entraîné des désordres. La garantie décennale de l'entrepreneur ne pouvait pas être engagée car les vices étaient apparents à la date de la réception définitive. Mais la seule utilisation d'une fourniture différente de celle prévue au marché « ne suffit pas à caractériser une faute assimilable à une fraude ou à un dol du constructeur en l'absence de violation intentionnelle, par ce dernier, de ses obligations contractuelles ».
CE, 28 juin 2019, n°16NT02708

SECTION 5 : CESSION OU NANTISSEMENT DES CRÉANCES

ARTICLE L.2191-8
Le titulaire d'un marché peut céder la créance qu'il détient sur l'acheteur à un établissement de crédit ou à un autre cessionnaire.

Le titulaire d'un marché peut nantir la créance qu'il détient sur l'acheteur auprès d'un établissement de crédit ou d'un autre créancier.

ARTICLE R.2191-45
Le montant maximum de la créance que le titulaire peut céder ou donner en nantissement correspond au montant du marché diminué du montant des prestations sous-traitées et donnant lieu à paiement direct.

Sous-section 1 : Exemplaire unique et certificat de cessibilité

Paragraphe 1 : Modalités de remise de l'exemplaire unique et du certificat de cessibilité

ARTICLE R.2191-46
Lorsque le titulaire du marché souhaite céder ou nantir sa créance, il en informe l'acheteur qui lui communique:
1° Soit une copie de l'original du marché revêtue d'une mention signée par l'acheteur indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemplaire en vue de permettre au titulaire de céder ou de nantir la créance résultant du marché;
2° Soit un certificat de cessibilité conforme à un modèle et dématérialisé selon des modalités définies par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.

ARTICLE R.2191-47
Pour tout marché prévoyant plusieurs comptables assignataires, l'acheteur fournit autant d'exemplaires uniques ou de certificats de cessibilité que de comptables, en précisant dans une mention apposée sur chacun de ces documents le comptable auquel il doit être remis.
Chaque document ne mentionne que la part de la créance totale que le comptable auquel il est transmis est appelé à mettre en paiement.

Paragraphe 2 : Contenu et modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité

ARTICLE R.2191-48
Le titulaire du marché peut demander que le contenu de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité soit limité aux indications nécessaires à la cession ou au nantissement de la créance.

ARTICLE R.2191-49
Lorsque le secret exigé en matière de défense fait obstacle à la remise de la copie du marché au bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de créance, l'acheteur délivre au titulaire un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité ne contenant que les indications compatibles avec ce secret.

ARTICLE R.2191-50
S'il est procédé à une modification dans la désignation du comptable ou dans les conditions de règlement du marché, l'acheteur annote l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité d'une mention constatant la modification.

Paragraphe 3 : Dispositions propres aux accords-cadres à bons de commande et aux marchés à tranches optionnelles

ARTICLE R.2191-51
Dans le cas d'un accord-cadre à bons de commande ou d'un marché à tranches optionnelles, il est délivré, sur demande du titulaire, soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité du marché, soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité de chaque bon de commande ou de chaque tranche.

Paragraphe 4 : Dispositions propres aux groupements d'opérateurs économiques

ARTICLE R.2191-52
Dans le cas d'un marché attribué à un groupement conjoint d'opérateurs économiques, il est délivré à chaque opérateur économique un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité limité au montant des prestations qui lui sont confiées.

ARTICLE R.2191-53
Dans le cas d'un marché attribué à un groupement solidaire d'opérateurs économiques, il est délivré un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité au nom du groupement, dès lors que les prestations réalisées par les entreprises ne sont pas individualisées. Si les prestations sont individualisées, les dispositions de l'article R.2191-52 s'appliquent.

Sous-section 2 : Notification au comptable assignataire et encaissement de la créance

Paragraphe 1 : Notification au comptable assignataire

ARTICLE R.2191-54
Le bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de créance au titre d'un marché notifie ou signifie cette cession ou ce nantissement au comptable public assignataire.

ARTICLE R.2191-55
En cas de cession ou de nantissement effectué conformément aux dispositions des articles L.313-23 à L.313-34 du code monétaire et financier, la notification prévue à l'article L.313-28 de ce code est adressée au comptable public assignataire désigné dans le marché dans les formes prévues à l'article R.313-17 dudit code.

Paragraphe 2 : Encaissement de la créance

ARTICLE R.2191-56
A compter de la notification ou signification au comptable prévue au paragraphe 1, le bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créance encaisse seul le montant de la créance ou de la part de la créance qui lui a été cédée ou donnée en nantissement.

ARTICLE R.2191-57
Quand la cession ou le nantissement de la créance a été constitué au profit de plusieurs bénéficiaires, chacun d'eux encaisse seul la part de la créance qui lui a été affectée.

ARTICLE R.2191-58
L'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité est remis par l'organisme bénéficiaire de la cession ou du nantissement au comptable assignataire en tant que pièce justificative pour le paiement.

Sous-section 3 : Information des bénéficiaires

ARTICLE R.2191-59
Les bénéficiaires de nantissements ou de cessions de créances ne peuvent intervenir en aucune manière dans l'exécution du marché. Ils ne peuvent exiger de l'acheteur ou du

comptable assignataire que les renseignements mentionnés à la présente sous-section.

Paragraphe 1 : Renseignements communiqués par l'acheteur

ARTICLE R.2191-60

L'acheteur communique, au cours de l'exécution du marché, aux bénéficiaires du nantissement ou de la cession de créances, lorsqu'ils en font la demande:
1° Soit un état sommaire des prestations effectuées, accompagné d'une évaluation qui n'engage pas l'acheteur;
2° Soit le décompte des droits constatés au profit du titulaire du marché.
Il leur communique également, à leur demande, un état des avances et des acomptes mis en paiement.

ARTICLE R.2191-61

Lorsqu'ils en font la demande par lettre recommandée avec avis de réception postal, en justifiant de leur qualité, l'acheteur avise les bénéficiaires de nantissements ou de cessions de créances, en même temps que le titulaire du marché, de toutes les modifications apportées au contrat qui ont un effet sur le nantissement ou la cession.

Paragraphe 2 : Renseignements communiqués par le comptable

ARTICLE R.2191-62

Le comptable communique aux bénéficiaires du nantissement ou de la cession de créances, lorsqu'ils en font la demande, un état détaillé des oppositions au paiement de la créance détenue par le titulaire du marché qu'il a reçues.

Sous-section 4 : Privilège résultant de l'article L.3253-22 du Code du travail

ARTICLE R.2191-63

Les seuls fournisseurs susceptibles de bénéficier du privilège résultant de l'article L.3253-22 du Code du travail sont ceux qui ont été agréés par l'acheteur.
Ce privilège ne porte que sur les fournitures livrées postérieurement à la date à laquelle la demande d'agrément est parvenue à l'autorité compétente.

Chapitre II : Modalités de facturation et de paiement

SECTION I : FACTURATION ÉLECTRONIQUE

Sous-section 1 : Transmission et réception des factures sous forme électronique

ARTICLE L.2192-1

Les titulaires de marchés conclus avec les personnes morales de droit public, ainsi que leurs sous-traitants admis au paiement direct, transmettent leurs factures sous forme électronique.

COMMENTAIRE

L'article 2 de l'ordonnance n° 2021-1190 du 15 septembre 2021 a corrigé une expression rédactionnelle qui pourrait ne pas correspondre exactement au champ d'application de l'obligation de facturation électronique. Seuls étaient visés antérieurement, l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics, alors que le véritable critère est celui de l'appartenance au «droit public» par opposition au droit privé, de la personne morale concernée.

ARTICLE L.2192-2

Les personnes morales de droit public acceptent les factures transmises sous forme électronique par les titulaires de marchés mentionnés à l'article L.2192-1 et leurs sous-traitants admis au paiement direct.

ARTICLE L.2192-3

Sans préjudice de l'article L.2192-2, les acheteurs acceptent les factures conformes à la norme de facturation électronique définie par voie réglementaire et transmises sous forme électronique par les titulaires de marchés et leurs sous-traitants admis au paiement direct.

ARTICLE L.2192-4

Les modalités d'application de la présente sous-section, notamment les mentions obligatoires que doivent contenir les factures électroniques, sont définies par voie réglementaire.

Paragraphe 1 : Norme de facturation électronique

ARTICLE D.2192-1

La norme de facturation électronique mentionnée à l'article L.2192-3 est celle fixée par la décision (UE) 2017/1870 de la Commission européenne du 16 octobre 2017 concernant la publication de la référence de la norme européenne sur la facturation électronique et de la liste des syntaxes en vertu de la directive 2014/55/UE du Parlement européen et du Conseil.

Paragraphe 2 : Mentions obligatoires des factures sous forme électronique

ARTICLE D.2192-2

Sans préjudice des mentions obligatoires fixées par les dispositions législatives ou réglementaires, les factures mentionnées aux articles L.2192-1 à L.2192-3 comportent les mentions suivantes:
1° La date d'émission de la facture;
2° La désignation de l'émetteur et du destinataire de la facture;
3° Le numéro unique basé sur une séquence chronologique et continue établie par l'émetteur de la facture, la numérotation pouvant être établie dans ces conditions sur une ou plusieurs séries;
4° En cas de contrat exécuté au moyen de bons de commande, le numéro du bon de commande ou, dans les autres cas, les références du contrat ou le numéro de l'engagement attribué par le système d'information financière et comptable du destinataire de la facture;
5° La désignation du payeur, avec l'indication, pour les personnes publiques, du code d'identification du service chargé du paiement;
6° La date de livraison des fournitures ou d'exécution des services ou des travaux;
7° La quantité et la dénomination précise des produits livrés, des prestations et travaux réalisés;
8° Le prix unitaire hors taxes des produits livrés, des prestations et travaux réalisés ou, lorsqu'il y a lieu, leur prix forfaitaire;
9° Le montant total de la facture, le montant total hors taxes et le montant de la taxe à payer, ainsi que la répartition de ces montants par taux de taxe sur la valeur ajoutée, ou, le cas échéant, le bénéfice d'une exonération;
10° L'identification, le cas échéant, du représentant fiscal de l'émetteur de la facture;
11° Le cas échéant, les modalités de règlement;
12° Le cas échéant, les renseignements relatifs aux déductions ou versements complémentaires.

Les factures comportent en outre les numéros d'identité de l'émetteur et du destinataire de la facture, attribués à chaque établissement concerné ou, à défaut, à chaque personne en application de l'article R.123-221 du Code de commerce.
Pour les émetteurs ne disposant pas du numéro d'identité mentionné à l'alinéa précédent, un arrêté du ministre chargé du budget, annexé au présent code, fixe l'identifiant qui doit être porté sur les factures.

Sous-section 2 : Portail public de facturation

ARTICLE L.2192-5
Une solution mutualisée, mise à disposition par l'Etat et dénommée « portail public de facturation », permet le dépôt, la réception et la transmission des factures sous forme électronique ainsi que des données relatives aux mentions figurant sur les factures électroniques conformément au deuxième alinéa du II de l'article 289 bis du code général des impôts.
Pour la mise en œuvre des obligations fixées à la sous-section 1 de la présente section, utilisent le portail public de facturation :
1° L'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics ;
2° Les titulaires de marchés conclus avec un acheteur mentionné au 1° ainsi que leurs sous-traitants admis au paiement direct.

ARTICLE L.2192-6
Ne sont pas soumises à la présente sous-section les factures émises en exécution des marchés passés par :
1° L'Etat et ses établissements publics en cas d'impératif de défense ou de sécurité nationale ;
2° La Caisse des dépôts et consignations ;
3° L'établissement public mentionné à l'article L.2142-1 du Code des transports ;
4° La SNCF, SNCF Réseau et SNCF Voyageurs.

ARTICLE L.2192-7
Les modalités d'application de la présente sous-section sont précisées par voie réglementaire.

ARTICLE R.2192-3
Un arrêté du ministre chargé du budget, annexé au présent code, définit les modalités techniques selon lesquelles le dépôt, la transmission et la réception des factures sont effectués sur le portail public de facturation en application de l'article L.2192-5. Ces modalités garantissent la réception immédiate et intégrale des factures et assurent la fiabilité de l'identification de l'émetteur, l'intégrité des données, la sécurité, la confidentialité et la traçabilité des échanges. L'utilisation du portail public de facturation est exclusive de tout autre mode de transmission. Lorsqu'une facture lui est transmise en dehors de ce portail, la personne publique destinataire ne peut la rejeter qu'après avoir informé l'émetteur par tout moyen de l'obligation mentionnée à l'article L.2192-1 et l'avoir invité à s'y conformer en utilisant ce portail.

SECTION 2 : DÉLAIS DE PAIEMENT

Sous-section 1 : Fixation du délai de paiement

ARTICLE L.2192-10
Les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entités adjudicatrices, paient les sommes dues en principal en exécution d'un marché dans un délai prévu par le marché ou, à défaut, dans un délai fixé par voie réglementaire et qui peut être différent selon les catégories de pouvoirs adjudicateurs.
Lorsqu'un délai de paiement est prévu par le marché, celui-ci ne peut excéder le délai prévu par voie réglementaire.

ARTICLE L.2192-11
Les entités adjudicatrices mentionnées aux 2° et 3° de l'article L.1212-1 paient les sommes dues en principal en exécution d'un marché dans les conditions prévues à l'article L.441-10, au 5° du II de l'article L.441-11 et à l'article L.441-13 du Code de commerce.

ARTICLE R.2192-10
Le délai de paiement prévu à l'article L.2192-10 est fixé à trente jours pour les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice.

ARTICLE R.2192-11
Par dérogation à l'article R.2192-10, le délai de paiement est fixé à :
1° Cinquante jours pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées ;
2° Soixante jours pour les entreprises publiques au sens du II de l'article 1er de l'ordonnance n°2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, à l'exception de celles ayant la nature d'établissements publics locaux.

Sous-section 2 : Déclenchement du délai de paiement

Paragraphe 1 : Dispositions générales

ARTICLE R.2192-12
Sous réserve des dispositions prévues aux articles R.2192-13, R.2192-17 et R.2192-18, le délai de paiement court à compter de la date de réception de la demande de paiement par le pouvoir adjudicateur ou, si le marché le prévoit, par le maître d'œuvre ou toute autre personne habilitée à cet effet.

JURISPRUDENCE

● **Lorsqu'un pouvoir adjudicateur, victime d'une escroquerie, verse une partie du paiement du marché public sur un compte bancaire frauduleux, il demeure redevable de ces sommes auprès du titulaire du marché, véritable créancier.**
CE, 21 octobre 2024, n°487929

ARTICLE R.2192-13
Lorsque la date de réception de la demande de paiement est incertaine ou antérieure à la date d'exécution des prestations, le délai de paiement court à compter de la date d'exécution des prestations.

ARTICLE R.2192-14
La date de réception de la demande de paiement et la date d'exécution des prestations sont constatées par les services du pouvoir adjudicateur ou, le cas échéant, par le maître d'œuvre ou la personne habilitée à cet effet.
A défaut, la date de la demande de paiement augmentée de deux jours fait foi. En cas de litige, il appartient au créancier d'apporter la preuve de cette date.
La date de réception de la demande de paiement ne peut faire l'objet d'un accord

contractuel entre le pouvoir adjudicateur et son créancier.

ARTICLE R.2192-15

Lorsque la demande de paiement est transmise par voie électronique en application des articles L.2192-1 à L.2192-3, la date de réception de la demande de paiement par le pouvoir adjudicateur correspond:
1° Lorsque les factures sont transmises par échange de données informatisé, à la date à laquelle le système d'information budgétaire et comptable de l'Etat horodate l'arrivée de la facture et, pour les autres pouvoirs adjudicateurs, à la date de notification du message électronique l'informant de la mise à disposition de la facture sur le portail public de facturation mentionné à l'article L.2192-5;
2° Lorsque les factures sont transmises par le mode portail ou service, à la date de notification au pouvoir adjudicateur du message électronique l'informant de la mise à disposition de la facture sur ce portail.

Paragraphe 2 : Dispositions propres à certains marchés

ARTICLE R.2192-16

Pour le paiement du solde des marchés de travaux ou de maîtrise d'œuvre, le délai de paiement court à compter de la date de réception par le maître de l'ouvrage du décompte général et définitif établi dans les conditions fixées par le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux et aux marchés de maîtrise d'œuvre.

ARTICLE R.2192-17

Lorsque le marché prévoit une procédure de vérification de la conformité des prestations, il peut prévoir que le délai de paiement court à compter de la date à laquelle cette conformité est constatée, si cette date est postérieure à la date de réception de la demande de paiement.
La durée de la procédure de vérification ne peut excéder trente jours. Toutefois, une durée plus longue peut être prévue par le marché, à condition que cela ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier, notamment au regard de l'usage ou des bonnes pratiques.
A défaut de décision expresse dans ce délai, les prestations sont réputées conformes.

Paragraphe 3 : Dispositions propres à l'intervention d'un tiers habilité à recevoir les demandes de paiement

ARTICLE R.2192-18

Si le pouvoir adjudicateur recourt à un maître d'œuvre ou à tout autre prestataire dont l'intervention conditionne le paiement des sommes dues, l'intervention du maître d'œuvre ou du prestataire ne modifie pas le délai de paiement qui s'impose au pouvoir adjudicateur.

ARTICLE R.2192-19

Le marché conclu par l'Etat, ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales ou leurs établissements publics, avec le maître d'œuvre ou tout autre prestataire indique le délai dans lequel celui-ci doit effectuer ses interventions. Lorsque celles-ci interviennent après la date à laquelle le délai de paiement a commencé à courir, ce délai d'intervention ne peut excéder quinze jours.

ARTICLE R.2192-20

Le maître d'œuvre ou le prestataire habilité à recevoir les demandes de paiement est tenu de faire figurer dans l'état qu'il transmet au pouvoir adjudicateur en vue du paiement la date de réception ou de remise de la demande de paiement du créancier.

ARTICLE R.2192-21

Le marché comporte des stipulations sur les pénalités encourues du fait de l'inobservation du délai mentionné à l'article R.2192-19 ou de l'obligation prévue à l'article R.2192-20 ainsi que sur leurs modalités de calcul. Il prévoit également la faculté pour le pouvoir adjudicateur d'effectuer ou de faire effectuer, après mise en demeure, les prestations aux frais du défaillant.

Paragraphe 4 : Dispositions propres aux sous-traitants bénéficiant du paiement direct

ARTICLE R.2192-22

Le délai de paiement du sous-traitant bénéficiant du paiement direct en application de l'article L.2193-10 est identique à celui applicable au titulaire.

ARTICLE R.2192-23

Le délai de paiement du sous-traitant court à compter de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'accord, total ou partiel, du titulaire d'un marché sur le paiement demandé.
A défaut de notification d'un accord ou d'un refus par le titulaire dans le délai mentionné à l'article R.2193-12, le délai de paiement court à compter soit de l'expiration de ce délai, soit de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'avis postal mentionné à l'article R.2193-14.

Paragraphe 5 : Dispositions propres aux avances, aux garanties et aux indemnités de résiliation

ARTICLE R.2192-24

En cas de versement d'une avance en application de l'article R.2191-3, le délai de paiement de celle-ci court à compter:
1° Soit de la date de notification du marché;
2° Soit lorsque le marché le prévoit, de la date de notification de l'acte qui emporte commencement d'exécution des prestations correspondant à l'avance.
Dans les autres cas, le délai de paiement court à compter de la date à laquelle les conditions prévues par le marché pour le versement de l'avance sont remplies ou, dans le silence du marché, à compter de sa date de notification.

ARTICLE R.2192-25

Lorsque la constitution d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire est exigée, le délai de paiement de l'avance ne peut courir avant la réception de cette garantie ou de cette caution.

ARTICLE R.2192-26

En cas de versement d'une indemnité de résiliation, le délai de paiement de cette indemnité court à compter de la date à laquelle le montant de l'indemnité est arrêté, une fois la décision de résiliation notifiée.

Sous-section 3 : Interruption du délai de paiement

ARTICLE R.2192-27

Lorsque la demande de paiement ne comporte pas l'ensemble des pièces et des mentions prévues par la loi ou par le marché ou que celles-ci sont erronées ou incohérentes,

le délai de paiement peut être interrompu une seule fois par le pouvoir adjudicateur. Pour les pouvoirs adjudicateurs dotés d'un comptable public, cette interruption ne peut intervenir qu'avant l'ordonnancement de la dépense.

ARTICLE R.2192-28

L'interruption du délai de paiement mentionnée à l'article R.2192-27 fait l'objet d'une notification au créancier par tout moyen permettant d'attester une date certaine de réception. Cette notification précise les raisons imputables au créancier qui s'opposent au paiement, ainsi que les pièces à fournir ou à compléter.

ARTICLE R.2192-29

A compter de la réception de la totalité des pièces et mentions prévues à l'article R.2192-27, un nouveau délai de paiement est ouvert. Ce délai est de trente jours ou égal au solde restant à courir à la date de réception de la notification de l'interruption si ce solde est supérieur à trente jours.

ARTICLE R.2192-30

Lorsque l'ordonnateur et le comptable public ne relèvent pas de la même personne morale et ont convenu d'un délai de règlement conventionnel dans les conditions prévues à l'article 12 du décret n°2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique, ce nouveau délai ne peut être inférieur à quinze jours augmentés du délai prévu pour l'intervention du comptable public dans le cadre de ce délai de règlement conventionnel.

Sous-section 2 : Intérêts moratoires, indemnités forfaitaire et complémentaire pour frais de recouvrement

ARTICLE L.2192-12

Le retard de paiement est constitué lorsque les sommes dues au créancier, qui a rempli ses obligations légales et contractuelles, ne sont pas versées par le pouvoir adjudicateur à l'échéance prévue au marché ou à l'expiration du délai de paiement.

ARTICLE L.2192-13

Dès le lendemain de l'expiration du délai de paiement ou de l'échéance prévue par le marché, le retard de paiement fait courir, de plein droit et sans autre formalité, des intérêts moratoires dont le taux est fixé par voie réglementaire.
Il ouvre droit, dans les conditions prévues à la présente sous-section, à des intérêts moratoires, à une indemnité forfaitaire et, le cas échéant, à une indemnisation complémentaire versés au créancier par le pouvoir adjudicateur.
Le retard de paiement donne lieu, de plein droit et sans autre formalité, au versement d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement, dont le montant est fixé par voie réglementaire.
Lorsque les frais de recouvrement exposés sont supérieurs au montant de l'indemnité forfaitaire prévue à l'alinéa précédent, le créancier peut demander une indemnisation complémentaire, sur justification.

ARTICLE L.2192-14

Toute renonciation au paiement des intérêts moratoires est réputée non écrite.

COMMENTAIRE

Cette disposition n'est pas nouvelle. Pourtant, certaines « transactions » de règlement amiable des différends entre un acheteur et un opérateur économique comportent une telle clause, qui est une clause dite « léonine », c'est-à-dire, censée n'avoir jamais existé.

ARTICLE R.2192-31

Le taux des intérêts moratoires mentionnés à l'article L.2192-13 est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de huit points de pourcentage.

ARTICLE R.2192-32

Les intérêts moratoires courent à compter du lendemain de l'expiration du délai de paiement ou de l'échéance prévue par le marché jusqu'à la date de mise en paiement du principal incluse.

ARTICLE R.2192-33

Les intérêts moratoires appliqués aux acomptes ou au solde sont calculés sur le montant total de l'acompte ou du solde toutes taxes comprises, diminué de la retenue de garantie, et après application des clauses d'actualisation, de révision et de pénalisation.

ARTICLE R.2192-34

En cas de désaccord sur le montant d'un acompte ou du solde, le paiement est effectué dans les délais fixés aux articles R.2192-10 et R.2192-11 sur la base provisoire des sommes admises par le pouvoir adjudicateur. Lorsque les sommes ainsi payées sont inférieures à celles qui sont finalement dues au créancier, celui-ci a droit à des intérêts moratoires calculés sur la différence.

ARTICLE D.2192-35

Le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement est fixé à 40 euros.

ARTICLE R.2192-36

Les intérêts moratoires et l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement sont payés dans un délai de quarante-cinq jours suivant la mise en paiement du principal.

Sous-section 3 : Amende administrative en cas de retard de paiement

ARTICLE L.2192-15

Les entreprises publiques définies au II de l'article 1er de l'ordonnance n°2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entités adjudicatrices mentionnées aux 2° et 3° de l'article L.1212-1 sont passibles d'une amende administrative dont le montant ne peut dépasser deux millions d'euros en cas de dépassement du délai maximal de paiement fixé par voie réglementaire mentionné à l'article L.2192-10, recherché et constaté dans les conditions fixées aux articles L.450-1 à L.450-4, L.450-7 et L.450-8 du Code de commerce.
L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L.470-2 du même code.
Le montant de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

SECTION 3 : PAIEMENT PAR CARTE D'ACHAT DES MARCHÉS DES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC DOTÉES D'UN COMPTABLE PUBLIC

ARTICLE R.2192-37

Les personnes morales de droit public dotées d'un comptable public peuvent recourir à la carte d'achat comme modalité d'exécution des marchés dans les conditions prévues par le décret n°2004-1144 du 26 octobre 2004 relatif à l'exécution des marchés par carte d'achat.
Ne peuvent faire l'objet d'une exécution par carte d'achat:
1° Les marchés de travaux, sauf décision de l'acheteur motivée par des besoins d'entretien et de réparation courants n'ayant pas fait l'objet d'un programme;
2° Les marchés faisant l'objet d'une avance forfaitaire ou facultative.

Chapitre III : Sous-traitance

COMMENTAIRE

Les règles issues de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, sont intégrées présentement dans le CCP.

JURISPRUDENCE

● Un opérateur qui fournit un bien conçu spécifiquement pour l'exécution d'un marché peut être qualifié de sous-traitant et bénéficier, à ce titre, du paiement direct par le maître d'ouvrage.
CE, 17 octobre 2023, n°465913

ARTICLE L.2193-1

Le présent chapitre s'applique aux marchés de travaux, aux marchés de services et aux marchés de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation.

ARTICLE L.2193-2

Au sens du présent chapitre, la sous-traitance est l'opération par laquelle un opérateur économique confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur.
Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants.

ARTICLE L.2193-3

Le titulaire d'un marché peut, sous sa responsabilité, sous-traiter l'exécution d'une partie des prestations de son marché, dans les conditions fixées par le présent chapitre.
Toutefois, l'acheteur peut exiger que certaines tâches essentielles du marché soient effectuées directement par le titulaire.
Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions du présent chapitre.

JURISPRUDENCES

● Le maître d'ouvrage doit, « lorsqu'il a connaissance de l'exécution, par le sous-traitant, de prestations excédant celles prévues par l'acte spécial » et le montant maximum mentionné dans celui-ci, « mettre en demeure le titulaire du marché ou le sous-traitant de prendre toute mesure utile pour mettre fin à cette situation ou la régulariser, à charge pour le titulaire, le cas échéant, de solliciter la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité et celle de l'acte spécial afin de tenir compte d'une nouvelle répartition des prestations avec le sous-traitant ». En l'espèce, le sous-traitant était également fautif, car la société a poursuivi sa mission au-delà du montant et elle n'a pas cherché à obtenir un agrément conforme aux prestations litigieuses. Donc responsabilité partagée.
CE, 2 décembre 2019, n° 422307

● Un sous-traitant obtient la condamnation solidaire du mandant et du mandataire, car ce n'est pas une action en responsabilité, mais une action en paiement direct d'un sous-traitant. Le fondement n'est ni contractuel, ni délictuel : il s'agit d'un droit au paiement direct. Le mandat prévoyait que le mandataire verse la rémunération aux constructeurs, accepte les sous-traitants et agrée leurs conditions de paiement, donc e mandataire peut être poursuivi au même titre que le mandant et tous deux, être condamnés solidairement.
CE, 18 septembre 2019, n°425716

SECTION 1 : ACCEPTATION DU SOUS-TRAITANT ET AGRÉMENT DES CONDITIONS DE PAIEMENT

JURISPRUDENCE

● Le litige né de l'exécution d'un marché public opposant un sous-traitant et un maître d'ouvrage délégué relève de la compétence du juge administratif.
Cour de Cassation, 25 avril 2024, n°217 FS-B

Sous-section 1 : Modalités d'acceptation et d'agrément

ARTICLE L.2193-4

L'opérateur économique peut recourir à la sous-traitance lors de la passation du marché et tout au long de son exécution à condition de l'avoir déclarée à l'acheteur et d'avoir obtenu l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement.

ARTICLE L.2193-5

Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre, le soumissionnaire identifie dans son offre les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel ainsi que la nature et le montant des prestations sous-traitées.
Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient en cours d'exécution du marché, le titulaire remet à l'acheteur un acte spécial de sous-traitance.

ARTICLE L.2193-6

Les conditions d'acceptation du sous-traitant et d'agrément de ses conditions de paiement par l'acheteur sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

ARTICLE L.2193-7

Le soumissionnaire ou le titulaire du marché est tenu de communiquer le contrat de sous-traitance à l'acheteur lorsque celui-ci en fait la demande.

Paragraphe 1 : Déclaration de sous-traitance au moment de l'offre

ARTICLE R.2193-1

Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre, le soumissionnaire fournit à l'acheteur une déclaration mentionnant l'ensemble des informations suivantes:
1° La nature des prestations sous-traitées;
2° Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé;
3° Le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant;

4° Les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, les modalités de variation des prix;
5° Le cas échéant, les capacités du sous-traitant sur lesquelles le candidat s'appuie.
Le soumissionnaire remet également à l'acheteur une déclaration du sous-traitant indiquant qu'il n'est pas placé dans un cas d'exclusion mentionné par les dispositions législatives des sections 1 et 2 du chapitre Ier du titre IV.

ARTICLE R.2193-2
La notification du marché emporte acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

Paragraphe 2 : Déclaration de sous-traitance après la notification du marché public

ARTICLE R.2193-3
Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient après la notification du marché, le titulaire remet à l'acheteur contre récépissé ou lui adresse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, un acte spécial de sous-traitance contenant les renseignements mentionnés à l'article R.2193-1.
Le titulaire établit en outre qu'aucune cession ni aucun nantissement de créances résultant du marché ne font obstacle au paiement direct du sous-traitant, en produisant, lorsque les dispositions du chapitre Ier du présent titre s'appliquent, soit l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité du marché qui lui a été délivré, soit une attestation ou une mainlevée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances.

ARTICLE R.2193-4
L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement sont constatés par la signature de l'acte spécial de sous-traitance.
Le silence de l'acheteur gardé pendant vingt-et-un jours à compter de la réception des documents mentionnés à l'article R.2193-3 vaut également acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

Sous-section 2 : Modalités de modification de l'exemplaire unique et du certificat de cessibilité en cas de prestations confiées à un sous-traitant admis au paiement direct

ARTICLE R.2193-5
Lorsque le titulaire envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct, postérieurement à la notification du marché, l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui a été indiqué dans le marché ou l'acte spécial et que les dispositions du chapitre Ier du présent titre s'appliquent, il demande à l'acheteur, sans préjudice des dispositions relatives à l'acceptation du sous-traitant de la sous-section 1 de la présente section, la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité prévus à l'article R.2191-46.

ARTICLE R.2193-6
Lorsque l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité a été remis en vue d'une cession ou d'un nantissement de créances et ne peut être restitué, le titulaire justifie soit que la cession ou le nantissement de créances concernant le marché est d'un montant tel qu'il ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée, soit que son montant a été réduit afin que ce paiement soit possible.
Cette justification est donnée par une attestation du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances.

ARTICLE R.2193-7
L'acheteur ne peut pas accepter un sous-traitant ni agréer ses conditions de paiement si l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité n'a pas été modifié ou si la justification mentionnée à l'article R.2193-6 ne lui a pas été remise.
Le silence de l'acheteur gardé pendant vingt-et-un jours à compter de la réception des documents mentionnés au premier alinéa et à l'article R.2193-3 vaut acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

ARTICLE R.2193-8
Toute modification en cours d'exécution du marché dans la répartition des prestations entre le titulaire et les sous-traitants payés directement ou entre les sous-traitants eux-mêmes nécessite la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité ou, le cas échéant, la production d'une attestation ou d'une mainlevée du ou des cessionnaires.

JURISPRUDENCES

● **L'obligation de payer les prestations réalisées par un sous-traitant accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées incombe au maître d'ouvrage. En cas de désaccord sur les sommes dues, le sous-traitant peut engager, devant le juge administratif si le contrat principal est administratif, une action en paiement direct, dont l'objet n'est pas de poursuivre sa responsabilité quasi délictuelle, mais d'obtenir le paiement des sommes qu'il estime lui être dû.**
CE, 18 septembre 2019, req. n°425716, 426120

● **Le paiement direct du sous-traitant est conditionné à l'acceptation d'une demande de paiement adressée au titulaire du marché. Le maître d'ouvrage est tenu de respecter le refus motivé du titulaire d'un marché public sur la demande de paiement d'un de ses sous-traitants qui bénéficie du paiement direct.**
CE, 17 octobre 2023, n°469071

Sous-section 3 : Offres anormalement basses des sous-traitants

COMMENTAIRE

Une logique similaire à celle appliquée aux titulaires, s'applique aux sous-traitants, concernant les offres anormalement basses.

ARTICLE L.2193-8
Lorsque le montant des prestations sous-traitées semble anormalement bas, l'acheteur exige que le soumissionnaire ou le titulaire du marché lui fournisse des précisions et justifications sur le montant de ces prestations.

ARTICLE L.2193-9
Si, après vérification des justifications fournies par le soumissionnaire ou le titulaire du marché, l'acheteur établit que le montant des prestations sous-traitées est anormalement bas, il rejette l'offre lorsque la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ou n'accepte pas le sous-traitant proposé lorsque la déclaration de sous-traitance est présentée après la

notification du marché, dans des conditions fixées par voie réglementaire.

ARTICLE R.2193-9
Lorsque le montant de la sous-traitance apparaît anormalement bas, l'acheteur met en œuvre les dispositions des articles R.2152-3 à R.2152-5.

SECTION 2 : PAIEMENT DU SOUS-TRAITANT

ARTICLE L.2193-10
Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'acheteur est payé pour la part du marché dont il assure l'exécution:
1° Dans les conditions prévues à la présente section lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire qui peut évoluer en fonction des variations des circonstances économiques;
2° Dans les conditions prévues au titre III de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance lorsque le montant du contrat de sous-traitance est inférieur au seuil fixé par voie réglementaire mentionné au 1° du présent article.
En ce qui concerne les marchés de travaux, de services et de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation passés par le ministère de la défense, un seuil différent peut être fixé par voie réglementaire.

JURISPRUDENCE

● Pour une demande de paiement d'un sous-traitant, celui-ci doit adresser sa demande de paiement direct au titulaire du marché ; le titulaire, dans un délai de 15 jours, donne son accord ou refuse le paiement ; puis, à l'issue du délai de 15 jours, le maître d'ouvrage procède au paiement. En l'espèce, le sous-traitant n'a pas adressé sa demande dans la forme, puisqu'il n'est pas prouvé qu'il a préalablement transmis sa demande de paiement au titulaire.
CAA Marseille, 13 décembre 2021, n°19MA05726

Sous-section 1 : Paiement direct du sous-traitant

ARTICLE L.2193-11
Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'acheteur est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution.
Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite.

ARTICLE L.2193-12
Le paiement direct est obligatoire même si le titulaire du marché est en état de liquidation judiciaire, de redressement judiciaire ou de procédure de sauvegarde.

Sous-section 2 : Modalités de paiement

ARTICLE L.2193-13
Les modalités de paiement du sous-traitant bénéficiant du paiement direct, notamment les pièces justificatives à transmettre au titulaire du marché, les délais et conditions d'acceptation de ce paiement sont définis par voie réglementaire.

ARTICLE R.2193-10
Le seuil prévu à l'article L.2193-10 à partir duquel un sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées est payé directement par l'acheteur est fixé à 600 euros toutes taxes comprises.
En ce qui concerne les marchés de services, de travaux ou de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comportant des prestations de service, passés par les services de la défense, notamment des marchés de réalisation de prototypes, de fabrication, d'assemblage, d'essais, de réparations ou de maintien en condition et de prestations intellectuelles, ce seuil est fixé à 10% du montant total du marché.

ARTICLE R.2193-11
Le sous-traitant admis au paiement direct adresse sa demande de paiement au titulaire du marché, par tout moyen permettant d'en assurer la réception et d'en déterminer la date, ou la dépose auprès du titulaire contre récépissé.

ARTICLE R.2193-12
Le titulaire dispose d'un délai de quinze jours à compter de la date de réception ou du récépissé mentionnés à l'article R.2193-11 pour donner son accord ou notifier un refus, d'une part, au sous-traitant et, d'autre part, à l'acheteur.

ARTICLE R.2193-13
Passé le délai mentionné à l'article R.2193-12, le titulaire du marché est réputé avoir accepté celles des pièces justificatives ou des parties de pièces justificatives qu'il n'a pas expressément acceptées ou refusées.

ARTICLE R.2193-14
Lorsque le sous-traitant a obtenu la preuve ou le récépissé attestant que le titulaire a bien reçu la demande de paiement dans les conditions fixées à l'article R.2193-11 ou qu'il dispose de l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou n'a pas été réclamé par le titulaire, le sous-traitant adresse sa demande de paiement à l'acheteur accompagnée de cette preuve, du récépissé ou de l'avis postal. L'acheteur adresse sans délai au titulaire une copie des factures produites par le sous-traitant.

ARTICLE R.2193-15
L'acheteur informe le titulaire des paiements qu'il effectue au sous-traitant.

COMMENTAIRE

Attention à cette obligation d'information.

ARTICLE R.2193-16
Lorsque le sous-traitant utilise le portail public de facturation mentionné à l'article L.2192-5, il y dépose sa demande de paiement sans autre formalité.
Le titulaire dispose de quinze jours à compter de ce dépôt pour accepter ou refuser la demande de paiement sur ce portail.

SECTION 3 : RÉGIME FINANCIER

ARTICLE L.2193-14
Le sous-traitant qui confie à un autre sous-traitant l'exécution d'une partie du marché dont il est chargé est tenu de lui délivrer une caution personnelle et solidaire ou une délégation de paiement dans les conditions définies à l'article 14 de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

Sous-section 1 : Avances

ARTICLE R.2193-17
Lorsque les dispositions des sections 1 à 3 du chapitre Ier du présent titre s'appliquent au marché, elles s'appliquent aux sous-trai-

tants sous réserve des dispositions particulières de la présente sous-section.

ARTICLE R.2193-18
Lorsqu'une partie du marché est sous-traitée, l'avance versée au titulaire est calculée sur la base du montant du marché diminué le cas échéant du montant des prestations confiées aux sous-traitants et donnant lieu à paiement direct.

ARTICLE R.2193-19
Dès lors que le titulaire remplit les conditions pour bénéficier d'une avance, une avance est versée, sur leur demande, aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct. Pour le calcul du montant de cette avance, les limites fixées aux articles R.2191-3 à R.2191-10 sont appréciées par référence au montant des prestations confiées au sous-traitant tel qu'il figure dans le marché ou dans l'acte spécial mentionné à l'article R.2193-3.

ARTICLE R.2193-20
Le droit du sous-traitant à une avance est ouvert dès la notification du marché ou de l'acte spécial par l'acheteur.
Le remboursement de cette avance s'impute sur les sommes dues au sous-traitant selon les mêmes modalités que celles prévues à l'article R. 2191-11.

ARTICLE R.2193-21
Si le titulaire du marché qui a perçu l'avance sous-traite une part du marché en cours d'exécution, il rembourse l'avance correspondant au montant des prestations sous-traitées et donnant lieu à paiement direct à l'acheteur, même dans le cas où le sous-traitant ne souhaite pas bénéficier de l'avance.
Le remboursement par le titulaire s'impute sur les sommes qui lui sont dues par l'acheteur et débute à compter de la notification de l'acte spécial.

COMMENTAIRE
Par décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022 (art. 1), il a été précisé que le remboursement « débutait » à compter de la notification de l'acte spéciale. L'ancienne rédaction pouvait laisser entendre que la totalité du remboursement devait intervenir immédiatement dès la notification dudit acte spécial. Cela ne concerne que les marchés et concessions dont l'avis d'appel public à la concurrence a été envoyé pour publication à compter du 1er janvier 2023.

Sous-section 2 : Cession ou nantissement de créances

ARTICLE R.2193-22
Le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées peut céder ou nantir, à concurrence du montant des prestations qui lui sont réglées directement, tout ou partie de sa créance.
La copie de l'original du marché ou du certificat de cessibilité prévu à l'article R.2191-46 ou, le cas échéant, de l'acte spécial prévu à l'article R.2193-4 désignant un sous-traitant admis au paiement direct, est remise à chaque sous-traitant bénéficiant du paiement direct.

Chapitre IV : Modification du marché

COMMENTAIRE
La terminologie « avenant » n'est pas ressuscitée par le CCP. Il est vivement conseillé de ne plus parler d'avenant. Il n'existe plus de définition normative des avenants. Est consacrée cependant une définition très précise des différents cas de modifications en cours d'exécution des marchés. Toute modification ne se traduit pas nécessairement par la conclusion d'un avenant. Une modification peut être « unilatérale », alors qu'un avenant est plutôt « bilatéral ». Et l'ancienne définition des « avenants » ne correspond pas à celle des « modifications » développées ci-après.

JURISPRUDENCES
● La jurisprudence « Tarn-et-Garonne » (CE, 4 avril 2014, n° 358994) permettant aux tiers (autres que les candidats évincés), de contester la validité d'un marché leur portant préjudice, s'applique aux avenants signés après le 4 avril 2014, peu importe la date de signature dudit marché ».
CE, 20 novembre 2020, n° 428156

● Une entreprise ne peut prétendre au paiement de sommes pour des travaux exécutés en application d'un avenant proposé par le maître d'œuvre, mais pas validé par l'acheteur (en l'espèce, absence de validation par le conseil municipal de la commune). Et il n'est pas démontré que ces travaux étaient indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art.
CAA Lyon, 15 janvier 2020, n° 17LY04246

ARTICLE L.2194-1
Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque:
1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux;
2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires;
3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues;
4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché;
5° Les modifications ne sont pas substantielles;
6° Les modifications sont de faible montant.
Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché.

JURISPRUDENCES
● Ne peuvent être regardées comme des sujétions techniques imprévues ouvrant droit à indemnisation du titulaire d'un marché, uniquement des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution de ce marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat, dont la cause est extérieure aux parties et, pour les marchés à prix forfaitaire, qui entraînent un bouleversement de l'équilibre financier du contrat. En l'espèce, le CCTP précisait que les données sédimentologiques étaient indicatives et qu'il existait une incertitude relative à la nature des sédiments à draguer (dragage de 60 000 m³ de blocs supplémentaires par rapport aux termes du contrat initial; le titulaire réclamait une indemnisation à ce titre, pour sujétion technique imprévue).
CAA Douai, 21 décembre 2021, n° 20DA00520

● Sont des sujétions techniques imprévues, les difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties. S'agissant d'un marché à prix unitaires, leur indemnisation par le maître d'ouvrage n'est pas subordonnée à un bouleversement de l'économie du contrat. Le titulaire du marché a droit à l'indemnisation intégrale du préjudice qu'il a subi du

fait des retards dans l'exécution du marché, imputables au maître d'ouvrage et distincts de l'allongement de la durée du chantier due à la réalisation des travaux supplémentaires. En l'espèce, le titulaire était suffisamment informé pour tenir compte de contraintes de phasage et de risques de décalage des travaux, d'où le rejet de sa demande d'indemnisation liée à un décalage des travaux d'aménagement de terrasses en période de risque élevé de crue.
CAA Lyon, 25 novembre 2021, n°19LY02413

● **Pour prouver la réalisation d'études préalables, le titulaire ne peut pas se contenter de produire un devis établi par un tiers. Un tel devis ne permet d'établir la réalité des travaux, ni leur caractère indispensable.**
CAA Paris, 6 décembre 2022, n°20PA03652

SECTION I : MODIFICATIONS AUTORISÉES

Sous-section 1 : Clauses contractuelles

ARTICLE R.2194-1
Le marché peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque.
Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

Sous-section 2 : Travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires

ARTICLE R.2194-2
Le marché peut être modifié lorsque, sous réserve de la limite fixée à l'article R.2194-3, des travaux, fournitures ou services supplémentaires, quel que soit leur montant, sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, à la condition qu'un changement de titulaire soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial.

ARTICLE R.2194-3
Lorsque le marché est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant de la modification prévue à l'article R.2194-2 ne peut être supérieur à 50% du montant du marché initial.
Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification.
Ces modifications successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

ARTICLE R.2194-4
Pour le calcul du montant de la modification mentionnée à l'article R.2194-2, l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix.

Sous-section 3 : Circonstances imprévues

ARTICLE R.2194-5
Le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir.
Dans ce cas, les dispositions des articles R.2194-3 et R.2194-4 sont applicables.

JURISPRUDENCES

● **L'augmentation importante des prix de l'électricité sur le marché de gros ne constitue pas une circonstance exceptionnelle ayant revêtu un caractère d'urgence de nature à justifier qu'aucune consultation ne soit engagée.**
CE, 17 octobre 2022, n°461073

● **Le titulaire doit établir la matérialité des conséquences difficilement réparables, de la crise liée au Covid-19 et à la guerre en Ukraine, au point d'obtenir une suspension de l'exécution du jugement d'un Tribunal administratif.**
CAA Nantes, 17 juin 2022, 22NT00189

Sous-section 4 : Substitution d'un nouveau titulaire

ARTICLE R.2194-6
Le marché peut être modifié lorsqu'un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché, dans l'un des cas suivants:
1° En application d'une clause de réexamen ou d'une option conformément aux dispositions de l'article R.2194-1;
2° Dans le cas d'une cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché initial.

JURISPRUDENCES

● **Un acheteur peut recourir à un marché de substitution, si le titulaire de son contrat se révèle défaillant. Cette exécution intervient aux frais et risques du défaillant. Toutefois, l'acheteur doit apporter la preuve qu'il a sollicité une autre entreprise pour des interventions urgentes de réparation d'ascenseurs.**
CAA Lyon, 25 novembre 2021, n°19LY03450

● **Le CCTP est un document contractuel vis-à-vis duquel le titulaire ne peut prendre de liberté, au risque de voir sa responsabilité engagée. Et l'entreprise nouvellement titulaire qui remplace le titulaire initial, ne peut pas s'exonérer des conséquences des actions de ce dernier. Sa responsabilité sera entière au moment de la réception des travaux.**
CAA Marseille, 29 novembre 2021, n°19MA04313

● **Un pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation de relancer une procédure de passation lorsque le contractant initial est remplacé par un nouveau prestataire, à la suite (notamment) de l'acquisition du premier par le second.**
CJUE, 12 mai 2022, aff. C-719/20

● **Le titulaire devenu insolvable transfert son marché à une autre entreprise. Mais cette cession de droits et obligations sur le marché suffit-elle pour se dispenser d'une remise en concurrence ? Ou faut-il également que le nouveau contractant reprenne tout ou partie de l'activité de l'ancien titulaire ? Selon la Cour, une opération de restructuration (art. 72 de la directive 2014/24/UE), dont l'insolvabilité, peut justifier une cession sans nécessaire nouvelle mise en concurrence. En revanche, la reprise partielle du marché serait une modification substantielle.**
CJUE, 3 février 2022, C-461/20

● **Dans le cadre du suivi de l'exécution d'un contrat de substitution au cocontractant défaillant, l'acheteur doit lui notifier le**

contrat, mais il est tenu de lui communiquer les pièces justifiant de la réalité des prestations effectuées, uniquement s'il le demande et si l'entreprise défaillante ne peut pas contester son montant en se prévalant de son invalidité.
CE, 5 avril 2023, n° 463554

Sous-section 5 : Modification non substantielle

ARTICLE R.2194-7
Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles.
Pour l'application de l'article L.2194-1, une modification est substantielle, notamment, lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie:
1° Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue;
2° Elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial;
3° Elle modifie considérablement l'objet du marché;
4° Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article R.2194-6.

JURISPRUDENCES

● **Un marché peut être renégocié en cours d'exécution et faire l'objet d'un avenant, si les documents initiaux l'ont prévu, si des circonstances imprévues ou des prestations supplémentaires sont devenues nécessaires, ou encore en cas de cession de contrat. Mais il est également possible de le faire, s'il ne s'agit pas d'une modification substantielle. Une modification de faible montant n'est pas en soi une modification substantielle, si elle est inférieure à 10 % du montant du marché initial (en fournitures et services) ou à 15 % (en travaux).**
CJUE, 14 juillet 2022, C-274/21 et C-275/21

● **L'absence d'accord écrit des parties ne fait pas échec à la qualification de modification substantielle dès lors que d'autres écrits émanant des parties traduisent leur volonté de procéder à cette modification.**
CJUE, 7 décembre 2023, aff. C-441/22 et C-443/22

Sous-section 6 : Modification de faible montant

ARTICLE R.2194-8
Le marché peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens qui figurent dans l'avis annexé au présent code et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues à l'article R.2194-7 sont remplies. Les dispositions de l'article R.2194-4 sont applicables au cas de modification prévue au présent article.

ARTICLE R.2194-9
Lorsque plusieurs modifications successives relevant de l'article R.2194-8 sont effectuées, l'acheteur prend en compte leur montant cumulé.

SECTION 2 : AVIS DE MODIFICATION

ARTICLE R.2194-10
Dans les cas prévus aux articles R.2194-2 et R.2194-5, lorsque le marché a été passé selon une procédure formalisée, l'acheteur publie un avis de modification.
Cet avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions fixées aux articles R.2131-19 et R.2131-20, conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.

ARTICLE L.2194-2
Lorsque l'acheteur apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif soumis au présent livre, le cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat, conformément aux dispositions du 4° de l'article L.6.

ARTICLE L.2194-3
Les prestations supplémentaires ou modificatives demandées par l'acheteur au titulaire d'un marché public de travaux qui sont nécessaires au bon achèvement de l'ouvrage et ont une incidence financière sur le marché public font l'objet d'une contrepartie permettant une juste rémunération du titulaire du contrat.

JURISPRUDENCE

● **L'exécution de prestations supplémentaires à la demande d'un service interne de la commune, ne suffit pas à conférer à ces prestations un caractère indispensable à l'exécution du marché dans les règles de l'art, et donc aucune rémunération peut être réglée.**
En l'espèce, la collectivité avait adressé un courrier signifiant qu'elle ne payerait pas ces prestations supplémentaires, et la société requérante ne prouve pas que les prestations ont été exécutées avant la réception de ce courrier.
CE, 27 mars 2020, n° 426955

Chapitre V : Résiliation du marché

JURISPRUDENCES

● **La conclusion de marchés de substitution, destinée à surmonter l'inertie, les manquements ou la mauvaise foi du cocontractant lorsqu'ils entravent l'exécution d'un marché de fournitures, est possible même en l'absence de toute stipulation du contrat prévoyant cette éventualité. Et c'est possible même sans avoir préalablement résilié le marché (aux frais et risques du titulaire).**
CE, 18 décembre 2020, n° 433386

● **Si une commune laisse inexécuté un marché pendant une longue durée (plus d'un an en l'espèce), malgré les relances de son titulaire, cela revient à une résiliation «tacite» du contrat, ouvrant droit à indemnité du titulaire.**
CE, 11 décembre 2020, n° 427616

● **La résiliation pour motif d'intérêt général (en l'espèce, contraintes budgétaires) ouvre droit à indemnisation du titulaire, si ce dernier justifie du préjudice et du lien de causalité direct et certain (en l'espèce, pas de preuve du préjudice).**
CAA Paris, 21 juillet 2020, n°18PA01930

● **La résiliation d'un marché public de travaux, telle qu'elle est prévue à l'article 46-2-1 du CCAG Travaux de 2009, doit être prononcée par le pouvoir adjudicateur sur simple demande**

du titulaire en cas de notification tardive de l'ordre de service de démarrage des travaux. Cette résiliation est assortie d'une indemnisation des frais et investissements engagés pour le marché et nécessaires à son exécution, y compris ceux réalisés par le titulaire après le terme de la période de préparation.
CE, 29 décembre 2022, n°458678

● **Lorsqu'une clause est affectée d'une irrégularité tenant au caractère illicite de son contenu, la personne publique peut la modifier unilatéralement pour remédier à cette irrégularité, si elle est divisible. Si elle n'est pas divisible et que cette irrégularité est d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat annulerait ou résilierait le contrat, la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, le résilier unilatéralement.**
CE, 8 mars 2023, n°464619

ARTICLE L.2195-1
Sans préjudice des dispositions de l'article L.6 et des dispositions législatives spéciales, l'acheteur peut résilier le marché dans les cas prévus au présent chapitre.

ARTICLE L.2195-2
L'acheteur peut résilier le marché en cas de force majeure.

ARTICLE L.2195-3
Lorsque le marché est un contrat administratif, l'acheteur peut le résilier:
1° En cas de faute d'une gravité suffisante du cocontractant;
2° Pour un motif d'intérêt général, conformément aux dispositions du 5° de l'article L.6.

ARTICLE L.2195-4
Lorsque le titulaire est, au cours de l'exécution du marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionné aux articles L.2141-1 à L.2141-11, il informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation.
L'acheteur peut alors résilier le marché pour ce motif.
Toutefois, l'acheteur ne peut prononcer la résiliation du marché au seul motif que l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire en application de l'article L.631-1 du Code de commerce, sous réserve des hypothèses de résiliation de plein droit prévues au III de l'article L.622-13 du même code.

ARTICLE L.2195-5
Lorsqu'un marché n'aurait pas dû être attribué à un opérateur économique en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par le droit de l'Union européenne en matière de marchés qui a été reconnu par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre de la procédure prévue à l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'acheteur peut le résilier.

ARTICLE L.2195-6
L'acheteur peut résilier le marché lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues au chapitre IV du présent titre.

Chapitre VI : Informations relatives à l'achat

SECTION 1 : OBLIGATION DE CONSERVATION DES DOCUMENTS

ARTICLE L.2196-1
Les acheteurs conservent les documents relatifs à l'exécution des marchés, dans des conditions fixées par voie réglementaire.

COMMENTAIRE

Cf. les articles R.2184-12 et R.2184-13 (documents relatifs à la procédure de passation : 5 ans à compter de la date de signature du marché ; pièces constitutives du marché : 5 ans en fournitures ou services et 10 ans en travaux, maîtrise d'œuvre et contrôle technique).

SECTION 2 : MISE À DISPOSITION DES DONNÉES ESSENTIELLES

ARTICLE L.2196-2
Dans des conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire, l'acheteur rend accessibles sous un format ouvert et librement réutilisable les données essentielles du marché, hormis celles dont la divulgation méconnaîtrait les dispositions de l'article L.2132-1 ou serait contraire à l'ordre public.

ARTICLE R.2196-1
L'acheteur offre, sur son profil d'acheteur, un accès libre, direct et complet aux données essentielles des marchés répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure à 40000 euros hors taxes.
Ces données essentielles portent sur:
1° La procédure de passation du marché;
2° Le contenu du contrat;
3° L'exécution du marché, notamment, lorsqu'il y a lieu, sur sa modification.
Un arrêté du ministre chargé de l'économie qui figure en annexe au présent code fixe la liste de ces données essentielles ainsi que les modalités de leur publication.
Les dispositions du présent article sont également applicables aux marchés conclus en application de l'article R.2122-8 dont la valeur est égale ou supérieure à 25000 euros hors taxes. Toutefois, pour ces mêmes marchés, l'acheteur peut satisfaire à cette obligation d'information en publiant au cours du premier trimestre de chaque année, sur le support de son choix, la liste de ces marchés conclus l'année précédente. Cette liste mentionne l'objet, le montant hors taxes et la date de conclusion du marché ainsi que le nom de l'attributaire et son code postal s'il est établi en France, ou le pays de son principal établissement, s'il n'est pas établi en France.

COMMENTAIRE

Cf. arrêté du 14 avril 2017 relatif aux données essentielles dans la commande publique, modifié par l'arrêté du 27 juillet 2018 :
I – Les données essentielles relatives aux marchés publics mises à disposition sur le profil d'acheteur sont :
1° Le numéro d'identification unique du marché public ;
2° La date de notification du marché public ;
3° La date de publication des données essentielles du marché public initial ;
4° Le nom de l'acheteur ou du mandataire en cas de groupement ;
5° Le numéro SIRET de l'acheteur ou le numéro SIRET du mandataire en cas de groupement ;
6° La nature du marché public correspondant à l'une des mentions suivantes : marché, marché de partenariat, accord-cadre, marché subséquent ;
7° L'objet du marché public ;
8° Le principal code du Vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) prévu par le

règlement (CE) n° 213/2008 du 28 novembre 2007 susvisé ;
9° La procédure de passation utilisée correspondant à l'une des mentions suivantes : procédure adaptée, appel d'offres ouvert, appel d'offres restreint, procédure concurrentielle avec négociation, procédure négociée avec mise en concurrence préalable, dialogue compétitif, marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalable ;
10° Le nom du lieu principal d'exécution ;
11° L'identifiant du lieu principal d'exécution, sous la forme d'un code postal ou d'un code INSEE ;
12° La durée du marché public initial en nombre de mois ;
13° Le montant HT forfaitaire ou estimé maximum en euros ;
14° La forme du prix du marché public correspondant à l'une des mentions suivantes : ferme, ferme et actualisable, révisable ;
15° Le nom du ou des titulaires du marché public ;
16° Le ou les numéros d'inscription du ou des titulaires au répertoire des entreprises et de leurs établissements, prévu à l'article R.133-220 du Code de commerce, à défaut le numéro de TVA intracommunautaire lorsque le siège social est domicilié dans un État membre de l'Union européenne autre que la France ou le numéro en vigueur dans le pays lorsque le siège social est domicilié hors de l'Union européenne.
II – Les données relatives aux modifications des marchés publics sont :
1° La date de publication des données relatives à la modification apportée au marché public initial ;
2° L'objet de la modification apportée au marché public initial ;
3° La durée modifiée du marché public ;
4° Le montant HT modifié en euros du marché public ;
5° Le nom du nouveau titulaire, en cas de changement de titulaire ;
6° Le numéro d'identifiant du nouveau titulaire, en cas de changement de titulaire ;
7° La date de notification par l'acheteur de la modification apportée au marché public ;
Les modifications résultant de la mise en œuvre des clauses de variations de prix sont exonérées de publication.
Les données essentielles relatives aux modifications des marchés publics sont mises à disposition sur le profil d'acheteur au plus tard deux mois à compter de la date de notification de la modification du marché public.
Les données essentielles sont maintenues disponibles sur le profil d'acheteur pendant une durée minimale de cinq ans après la fin de l'exécution du marché public ou du contrat de concession à l'exception des données essentielles dont la divulgation serait devenue contraire aux intérêts en matière de défense ou de sécurité ou à l'ordre public.

SECTION 3 : RECENSEMENT ÉCONOMIQUE

ARTICLE L.2196-3

Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices communiquent, chaque année, les données contribuant au recensement économique de l'achat public, dans des conditions prévues par voie réglementaire. Ces données ont trait à la passation des marchés, à leur notification ou à leur exécution.

Sous-section 1 : Observatoire économique de la commande publique

ARTICLE R.2196-2

Un observatoire économique de la commande publique placé auprès du ministre chargé de l'économie rassemble et analyse les données relatives aux aspects économiques et techniques de la commande publique. Il constitue une instance de concertation et d'échanges d'informations avec les opérateurs économiques, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et contribue à la diffusion des bonnes pratiques.

ARTICLE R.2196-3

La composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement de l'observatoire économique de la commande publique sont fixées par un arrêté figurant en annexe du présent code.

ARTICLE R.2196-4

L'observatoire économique de la commande publique effectue chaque année, sur la base des informations transmises par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, un recensement économique des contrats de la commande publique dans des conditions fixées par un arrêté figurant en annexe du présent code. A cet effet, il fait notamment appel, en tant que de besoin, aux services de l'Etat compétents en matière d'enquêtes statistiques et peut utiliser les données présentes dans les systèmes d'informations comptables publics.

Sous-section 2 : Modalités du recensement économique

ARTICLE D.2196-5

Le recensement économique a pour objet d'assurer le recueil et l'exploitation de données statistiques relatives à la passation, à la notification et à l'exécution des marchés passés en application des dispositions du présent code.

ARTICLE D.2196-6

La liste des données communiquées à l'observatoire économique de la commande publique, qui peuvent concerner la passation et l'exécution du marché, ainsi que les modalités de leur communication sont fixées par arrêté figurant en annexe du présent code.

SECTION 4 : CONTRÔLE DU COÛT DE REVIENT DES MARCHÉS DE L'ETAT ET DE SES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

ARTICLE L.2196-4

Les obligations prévues par la présente section sont applicables aux marchés conclus par l'Etat ou ses établissements publics pour lesquels la spécialité des techniques, le petit nombre de candidats possédant la compétence requise, des motifs de secret ou des raisons d'urgence impérieuse ou de crise ne permettent pas de faire appel à la concurrence ou de la faire jouer efficacement.
Elles sont également applicables aux marchés dont les prestations sont complexes et d'une durée supérieure à cinq ans.

ARTICLE L.2196-5

Les soumissionnaires à un marché, mentionné à l'article L.2196-4 et négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables par l'Etat ou ses établissements publics, fournissent à l'acheteur, si celui-ci en fait la demande, tous renseignements sur les éléments techniques et comptables de l'estimation du coût de revient des prestations qui font l'objet du marché.
Les titulaires des marchés mentionnés à l'article L.2196-4 fournissent à l'acheteur,

si celui-ci en fait la demande, tous renseignements sur les éléments techniques et comptables du coût de revient des prestations qui font l'objet du marché.

ARTICLE L.2196-6

Les titulaires ainsi que, dans des conditions fixées par voie réglementaire, les entreprises qui leur sont liées et leurs sous-traitants, ont l'obligation de permettre et de faciliter la vérification éventuelle sur pièces ou sur place de l'exactitude des renseignements mentionnés à l'article L.2196-5 par les agents de l'administration.
Ils peuvent être tenus de présenter leurs bilans, comptes de résultat ainsi que leur comptabilité analytique et tous documents de nature à permettre l'établissement des coûts de revient.

ARTICLE L.2196-7

Pour l'application de la présente section, peuvent être précisées par décret, après concertation préalable avec les groupements représentatifs des industriels concernés:
1° La forme selon laquelle les éléments techniques et comptables mentionnés à l'article L.2196-5 et au second alinéa de l'article L.2196-6 sont présentés à l'administration, si celle-ci en fait la demande;
2° La nature des charges comprises dans la détermination du coût de revient et les modalités de leur comptabilisation;
3° Les modalités de prise en compte des coûts de revient des stocks constitués, le cas échéant, en application de l'article L.1339-1 du code de la défense pour les entreprises titulaires de l'autorisation mentionnée à l'article L.2332-1 du même code.

ARTICLE R.2196-8

Si le titulaire ne fournit pas à l'acheteur, dans le délai imparti par celui-ci, les renseignements sur les éléments techniques et comptables du coût de revient des prestations qui font l'objet du marché ou fournit des renseignements inexacts, l'acheteur peut, après mise en demeure restée sans effet, décider la suspension des paiements à intervenir dans la limite du dixième du montant du marché lorsque le manquement est le fait du titulaire ou retenir un montant équivalent. Après nouvelle mise en demeure infructueuse, l'acheteur peut décider de transformer cette retenue en retenue définitive, sans préjudice de la résiliation éventuelle du marché aux torts du titulaire.
Lorsqu'une estimation du coût de revient est effectuée avant la notification du marché, l'acheteur indique dans les documents de la consultation et dans le marché les sanctions applicables en cas de manquement à l'obligation figurant au premier alinéa de l'article L.2196-5.

ARTICLE R.2196-9

Sont soumis aux obligations prévues par la présente section les entreprises liées au titulaire ainsi que les sous-traitants et fournisseurs intervenant dans l'exécution du marché, lorsque ces derniers réalisent individuellement, sauf stipulation contraire du marché, une part supérieure à 10% du montant du marché et d'un montant supérieur à 10 millions d'euros hors taxes.

ARTICLE R.2196-10

La décision d'exercer un contrôle de coût de revient est prise par l'autorité qui a signé le marché soumis au contrôle ou, lorsque l'estimation du coût de revient est effectuée avant la notification de ce marché, par l'autorité en charge de sa passation.

ARTICLE R.2196-11

Les agents ou les catégories d'agents des services de l'Etat habilités à exercer les vérifications sur pièces ou sur place sont désignés par arrêté du ministre dont ils dépendent.
Les agents des établissements publics appelés à effectuer ces vérifications sont habilités nommément par arrêté du ministre de tutelle.
Ils peuvent être mis à la disposition de tout département ministériel pour effectuer des vérifications au profit de celui-ci.
Ils peuvent être mis à la disposition de tout département ministériel pour effectuer des vérifications au profit de celui-ci.

ARTICLE R.2196-12

Tous les fonctionnaires ou agents qui ont connaissance à un titre quelconque des renseignements recueillis au sujet des entreprises en application de la présente section sont astreints au secret professionnel ainsi que, le cas échéant, aux règles relatives à la protection du secret en matière de défense.
Les renseignements recueillis ne peuvent être utilisés à des fins autres que le contrôle du coût de revient du marché soumis au contrôle ou de tout autre marché analogue.

Chapitre VII : Règlement alternatif des différends

JURISPRUDENCES

● Un contribuable local peut engager un recours contentieux contre un marché attribué par la collectivité, à condition que l'auteur du recours établisse que ce contrat est susceptible d'emporter des conséquences significatives sur les finances ou le patrimoine de la collectivité.
CE, 27 mars 2020, n°426291

● Tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses, peut engager un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat. Mais le juge dispose de pouvoirs de régularisation, de résiliation, ou, «si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office», d'annulation totale ou partielle du contrat. Le juge du contrat n'est donc pas tenu de se limiter aux demandes formulées par le requérant.
CE, 9 juin 2021, n°438047

● Si un juge constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel. Des arguments présentés en faveur de manœuvres qui seraient frauduleuses de la part de l'acheteur, de nature à tromper son autorité délibérante, voire la mise en examen du représentant de l'acheteur, ne suffisent pas à caractériser un détournement de pouvoir, entachant ledit contrat.
CAA Marseille, 22 novembre 2021, n°19MA04728

● Une erreur matérielle présente dans un contrat (en l'espèce, dans une formule d'actualisation), doit être corrigée. S'en prévaloir ne reviendrait pas à faire preuve de bonne foi. La bonne foi des cocontractants est un élément important de la vie du contrat au même titre que le principe de loyauté dans les relations contractuelles.
CAA Marseille, 13 décembre 2021, n°19MA05168

● Le recours en contestation de la validité d'un contrat ne peut être formulé que par un tiers qui a été lésé par le manquement invoqué. Le candidat dont l'offre a été rejetée au titre de son irrégularité n'est pas fondé à contester la validité d'un marché. Son rejet n'est en effet pas lié au manquement invoqué, d'autant plus qu'elle ne conteste pas l'irrégularité de sa propre offre.
CAA Bordeaux, 15 décembre 2021, n°19BX03742

● Un recours en tierce opposition est possible, aux termes de l'article R.832-1 du code de justice administrative. Toute personne peut former tierce opposition à une décision juridictionnelle qui préjudicie à ses droits, dès lors que ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été présents ou régulièrement appelés dans l'instance ayant abouti à cette décision. En l'espèce, la Cour déboute un département, rappelant que la tierce opposition ne peut concerner que le contentieux objet du jugement et non déporter l'affaire sur un objet annexe. Le contentieux opposait une SEM au titulaire de son marché de travaux de réhabilitation du parking et non pas sur les dommages causés par ces travaux à la cour d'un collège. Le département (dont dépend le collège) n'est donc pas fondé à formuler un recours de tierce opposition. Il aurait dû engager une procédure contentieuse distincte au titre des dommages causés dans la cour du collège.
CAA Marseille, 29 novembre 2021, n°20MA01703

● Un recours en contestation de validité d'un contrat doit être exercé dans un délai raisonnable, consacrant le principe de sécurité juridique du contrat et donc, de la protection des effets de ce dernier sur le plan économique. Le contentieux ne saurait ainsi, pour une question de forme, mettre en péril les effets produits par le contrat.
CAA Douai, 30 novembre 2021, n°19DA02741

● Un requérant dispose d'un délai de deux mois pour saisir un tribunal administratif pour contester la validité d'un marché. Au-delà de ce délai, le candidat évincé n'est plus recevable dans son action. En revanche, la requête indemnitaire n'est pas soumise à ce délai de deux mois.
CAA Marseille, 13 décembre 2021, n°17MA04927

● Un tiers a subi un préjudice lié à des travaux publics. La Cour rappelle qu'en vertu de l'article L.121-12 du Code des assurances, dès lors que l'assureur a indemnisé le requérant, celui-ci est subrogé à ce dernier dans ses droits et actions. Il appartient donc à l'assureur de saisir le tribunal compétent, et non pas au tiers ayant subi le préjudice. Le tiers ne peut saisir le tribunal que s'il démontre qu'il n'a pas été indemnisé par son assureur. De plus, le requérant doit démontrer la matérialité des dommages subis. Il faut démontrer un lien de causalité entre les travaux réalisés et les dommages éventuellement subis. Seuls les préjudices n'ayant pas été indemnisés par l'assureur ouvrent droit à indemnisation, dès lors que la matérialité et le lien de causalité avec les travaux sont établis.
CAA Paris, 22 décembre 2021, n°19PA01865

● Toute expertise doit faire l'objet d'une phase contradictoire entre les parties au litige. En l'espèce, l'expert, dans le cadre de la procédure de référé, n'a pas procédé, avant de remettre son rapport, à la communication aux parties des pièces et observations écrites que ces dernières avaient produites au cours des opérations d'expertise. Toutefois, cette irrégularité ne fait pas obstacle à ce que le rapport d'expertise soit valablement utilisé à titre d'élément d'information, d'autant plus que la société appelante avait pu présenter ses observations au cours de la procédure écrite qui a suivi le dépôt de ce rapport au greffe du tribunal.
CAA Douai, 25 novembre 2021, n°20DA00373

● Le Conseil d'Etat renforce ses exigences concernant le degré de contrôle du juge sur l'interdiction pour une personne publique de consentir des libéralités. Antérieurement, le juge administratif veillait à ce qu'il n'existe pas de disproportion manifeste, au détriment de la personne publique, entre l'indemnité consentie et le montant du préjudice subi. Désormais, le contrôle n'est plus limité à l'existence d'une disproportion manifeste, mais se traduit par un contrôle entier du caractère excessif ou non de l'indemnisation.
CE, 16 décembre 2022, n°455186

● Le délai de prescription de l'action en responsabilité pour pratiques anticoncurrentielles court à compter de la date de la connaissance suffisamment certaine par la personne publique de leur étendue
CE, 9 mai 2023, n°451710

● Le juge administratif, saisi par une partie à un contrat d'un litige relatif à son exécution, dans le cadre duquel l'illicéité du contenu du contrat était invoquée par la voie de l'exception, ne peut annuler ce contrat sans être saisi d'un recours de plein contentieux en contestant la validité.
CE, 27 novembre 2023, n°462445

● Le défaut d'autorisation de mise sur le marché d'un produit dont la fourniture constitue l'objet même du contrat entache d'illicéité le contenu du contrat et constitue, par suite, un vice de nature à justifier son annulation.
CE, 5 avril 2023, n°459834

● Même en l'absence de mesures de publicité appropriées, les membres de l'organe délibérant régulièrement convoqués sont réputés avoir eu connaissance de la conclusion du contrat à compter de la séance au cours de laquelle la signature de l'acte a été autorisée, s'ils ont été mis à même de connaître les principales caractéristiques du contrat. Cette connaissance acquise fait courir le délai de recours contentieux à compter de ladite séance alors même que le contrat n'est pas signé.
CAA Nantes, 13 novembre 2023, n°22NT01435

● Le Conseil d'Etat précise que les actes d'approbation d'un contrat, dont les vices propres peuvent être contestés par les tiers par la voie du recours pour excès de pouvoir et sous réserve que les actes en cause ne participent pas au processus de conclusion du contrat, peuvent être annulés par voie de conséquence de ce qui a été jugé sur le recours formé contre le contrat.
CE, 27 janvier 2023, n°462752

● Faute de mesures de publicité faisant courir le délai de recours de deux mois, celui-ci doit

donc être exercé dans un « délai raisonnable » d'un an, à compter du moment où le requérant a eu connaissance de la conclusion du contrat.
CE, 19 juillet 2023, n° 465308

● **L'absence de connaissance par le requérant de la procédure et de la publication d'une invitation à soumissionner ne fait pas obstacle à la reconnaissance de son intérêt à agir, dès lors qu'il démontre agir sur le marché objet de la procédure. Le recours était dirigé contre l'attribution d'un marché par la Commission européenne. En outre, pour justifier de sa qualité pour agir, il doit prouver qu'il était en mesure de remplir les critères de sélection.**
TUE, 21 février 2024, aff. T-38/21

● **L'introduction d'un référé « contractuel » en application de l'article L.551-14 du Code de justice administrative est manifestement irrecevable lorsque le demander a formé un référé « précontractuel » en vertu de l'article L.551-24 du même Code, et que l'acheteur ou l'autorité concédante a respecté la suspension de la signature du contrat ordonnée par la juridiction et s'est conformé à l'ordonnance du référé précontractuel.**
CE, 9 février 2024, n° 471852

● **L'indemnisation liée au non-respect d'obligations contractuelles nécessite que le préjudice subi soit certain.**
CE, 6 novembre 2024, n° 489896

SECTION I : CONCILIATION ET MÉDIATION

Sous-section 1 : Dispositions générales

ARTICLE L.2197-1

Les parties à un contrat administratif peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur, dans les conditions fixées par les chapitres Ier et II du titre II du livre IV du Code des relations entre le public et l'administration.

ARTICLE L.2197-2

Les parties à un contrat de droit privé peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur, dans les conditions fixées par les dispositions du chapitre Ier du titre VI du livre Ier et du chapitre II du titre Ier du livre V du Code de procédure civile.

Sous-section 2 : Comités consultatifs de règlement amiable des différends

ARTICLE L.2197-3

La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable des différends suspend le cours des différentes prescriptions, quelle que soit la nature du contrat.

ARTICLE R.2197-1

En cas de différend concernant l'exécution des marchés, les acheteurs et les titulaires peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends relatifs aux marchés.
Les comités consultatifs de règlement amiable des différends, qui peuvent être national ou locaux, ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue de proposer une solution amiable et équitable aux différends relatifs à l'exécution des marchés.

ARTICLE R.2197-2

Un comité national est placé auprès du ministre chargé de l'économie.
Il connaît des différends relatifs aux marchés passés par :
1° Les services centraux de l'Etat ;
2° Les services et organismes à compétence nationale lorsque les marchés en cause couvrent des besoins excédant la circonscription d'un seul comité local mentionné à l'article R.2197-3.

ARTICLE R.2197-3

Les comités locaux sont constitués au niveau régional, interrégional ou interdépartemental par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.
Cet arrêté fixe leur circonscription et désigne le représentant de l'Etat dans la région chargé d'arrêter les listes des représentants et organisations professionnelles mentionnées aux 2° et 3° de l'article R.2197-7.

ARTICLE R.2197-4

Les comités locaux connaissent des différends relatifs aux marchés passés par :
1° Les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics ;
2° Les services déconcentrés de l'Etat ;
3° Les services et organismes à compétence nationale lorsque les marchés en cause couvrent des besoins limités à la circonscription de compétence du comité local ;
4° Les autres acheteurs mentionnés aux articles L.1211-1 et L.1212-1, à l'exception de ceux mentionnés à l'article R.2197-2.

ARTICLE R.2197-5

Lorsqu'un comité local est saisi d'un différend relatif à un marché couvrant des besoins excédant sa circonscription de compétence, son président transmet sans délai la saisine au président du comité national qui attribue l'examen de l'affaire à un comité local, si cet examen ne relève pas de la compétence du comité national.

ARTICLE R.2197-6

Le comité national comprend six membres ayant voix délibérative :
1° Un membre du Conseil d'Etat ou un magistrat de la Cour des comptes, en activité ou honoraire, ayant au moins le grade de conseiller d'Etat ou de conseiller maître, président ;
2° Un membre du Conseil d'Etat ou un magistrat de la Cour des comptes, en activité ou honoraire, ayant au moins le grade de maître des requêtes ou de conseiller référendaire, vice-président ;
3° Deux représentants de l'Etat, en activité ou en retraite, exerçant ou ayant exercé dans le département ministériel intéressé par l'affaire soumise au comité ;
4° Deux personnalités compétentes exerçant ou ayant exercé des fonctions dans le même secteur d'activité que le titulaire du marché.
Un représentant de la direction générale des finances publiques peut assister aux séances avec voix consultative.

ARTICLE R.2197-7

Chaque comité local comprend six membres ayant voix délibérative :
1° Un président et un vice-président, choisis parmi les membres en activité ou honoraires des juridictions administratives ou des juridictions financières ;
2° Deux représentants de l'Etat, en activité ou en retraite, dont l'un au moins exerçant ou ayant exercé dans le département ministériel intéressé par l'affaire soumise au comité ;
3° Deux personnalités compétentes exerçant ou ayant exercé des fonctions dans le

même secteur d'activité que le titulaire du marché.
Pour l'examen des différends relatifs aux marchés des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics, les deux agents de l'Etat prévus au 2° ci-dessus sont remplacés par deux membres ayant la qualité d'élu ou d'agent des collectivités, groupements ou établissements publics.
Le comptable public assignataire des paiements relatifs au marché litigieux ou son représentant peut assister aux séances avec voix consultative.

ARTICLE R.2197-8

Le président et le vice-président du comité national ainsi que les présidents et vice-présidents des comités locaux sont nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie sur proposition, selon le cas, du vice-président du Conseil d'Etat ou du premier président de la Cour des comptes.
Leur mandat est limité à trois ans. Il est renouvelable.

ARTICLE R.2197-9

Les représentants de l'Etat mentionnés au 3° de l'article R.2197-6 et au 2° de l'article R.2197-7 et les représentants des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics n'ayant pas la qualité d'élu ont un mandat limité à trois ans et renouvelable. Le mandat des représentants des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics ayant la qualité d'élu est limité à la durée de leurs fonctions électives.

ARTICLE R.2197-10

Les représentants de l'Etat mentionnés au 3° de l'article R.2197-6 et au 2° de l'article R.2197-7 sont choisis, à l'occasion de chaque affaire, par le président, sur des listes nominatives établies dans les conditions ci-après:
1° Les listes des représentants de l'Etat sont arrêtées, pour le comité national, par le ministre chargé de l'économie, sur proposition du ministre compétent;
2° Les listes des représentants de l'Etat sont arrêtées, pour les comités locaux, par le préfet désigné par l'arrêté mentionné à l'article R.2197-3, avec l'accord de l'autorité hiérarchique dont, le cas échéant, ils dépendent.

ARTICLE R.2197-11

Les listes des représentants des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics, habilités à siéger dans les comités locaux, sont arrêtées par le préfet désigné par l'arrêté mentionné à l'article R.2197-3, sur proposition des autorités dont ils dépendent.

ARTICLE R.2197-12

Les listes des organisations professionnelles les plus représentatives appelées à désigner, sur demande des présidents des comités, deux personnalités compétentes pour y siéger en application du 4° de l'article R.2197-6 et du 3° de l'article R.2197-7 sont arrêtées:
1° Pour le comité national, par le ministre chargé de l'économie;
2° Pour les comités locaux, par le préfet désigné par l'arrêté mentionné à l'article R.2197-3.

ARTICLE D.2197-13

La direction des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie assure le soutien et le secrétariat du comité national ainsi que l'animation et la coordination des secrétariats des comités locaux.
Le préfet désigné par l'arrêté mentionné à l'article R.2197-3 désigne le service de l'Etat chargé du secrétariat du comité local.

ARTICLE D.2197-14

Les membres des comités ainsi que les rapporteurs sont indemnisés de leurs frais de déplacement et de séjour, dans les conditions prévues par la réglementation applicable aux personnels civils de l'Etat. N'ouvrent droit à indemnisation que les missions effectuées à la demande du président ou avec son autorisation.
Les rapporteurs, les présidents et les vice-présidents des comités perçoivent des indemnités dans des conditions fixées par le décret n°92-239 du 11 mars 1992 relatif aux indemnités susceptibles d'être allouées aux présidents, aux vice-présidents et aux rapporteurs du comité consultatif national et des comités consultatifs régionaux ou interrégionaux de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés.
Ces indemnités sont prises en charge par le ministère chargé de l'économie.

ARTICLE D.2197-15

Le comité peut être saisi par l'acheteur ou par le titulaire du marché. La saisine est faite par une note détaillée exposant les motifs du différend et, le cas échéant, la nature et le montant des réclamations formulées. Cette note est accompagnée des pièces contractuelles du marché et de toutes correspondances relatives au différend. Elle est adressée au comité par lettre recommandée avec demande d'avis de réception postal ou déposée contre récépissé au secrétariat du comité. Les communications et les échanges d'information avec le comité peuvent être réalisés par voie électronique.

ARTICLE R.2197-16

La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable des différends interrompt les délais de recours contentieux pour les marchés qui sont des contrats administratifs jusqu'à la notification de la décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité.

ARTICLE D.2197-17

Lorsqu'il apparaît manifeste qu'une demande ne relève de la compétence d'aucun comité ou qu'elle est irrecevable sans qu'une régularisation soit possible, le président peut la rejeter par décision motivée. Il peut également donner acte des désistements ou constater qu'il n'y a pas lieu pour le comité de rendre un avis.

ARTICLE D.2197-18

Les rapporteurs de chaque comité sont placés sous l'autorité de son président, qui en arrête la liste parmi les magistrats de l'ordre administratif ou parmi les fonctionnaires, en activité ou en retraite, avec l'accord des intéressés et, le cas échéant, des autorités dont ils relèvent.
Le président attribue les affaires aux rapporteurs qu'il désigne. Il fixe le délai de présentation du rapport et du projet d'avis dans le respect du délai prescrit à l'article D.2197-21 et le nombre de vacations attribuées au rapporteur pour le traitement de l'affaire.
Le rapporteur instruit l'affaire et établit un rapport et un projet d'avis. Il a accès à tous documents administratifs utiles pour le règlement du différend et questionne oralement ou par écrit les représentants des parties. Il peut les convoquer. Dans le cas

où le traitement de l'affaire l'exige, le président autorise le rapporteur à se déplacer.

ARTICLE D.2197-19

Les membres des comités de règlement amiable des différends et le rapporteur désigné ne doivent pas avoir eu à connaître antérieurement de l'affaire qui leur est soumise.

ARTICLE D.2197-20

Le comité siège à huis clos.
Le rapporteur présente oralement son rapport.
Le comité entend le titulaire du marché et le représentant de l'acheteur, qui peuvent être assistés par toute personne de leur choix ainsi que toute personne dont le président juge l'audition utile.
Le comité ne délibère valablement que lorsque sont présents à sa séance au moins trois de ses membres ayant voix délibérative, dont le président ou le vice-président et un représentant de chacune des catégories mentionnées, selon le cas, aux 3° et 4° de l'article R.2197-6 ou aux 2° et 3° de l'article R.2197-7. Les questions sont résolues à la majorité des voix. En cas de partage égal des voix, celle du président de la séance est prépondérante.
Le délibéré est secret. Le rapporteur y participe avec voix consultative.
Le secrétaire du comité ou son suppléant assiste aux séances et en dresse le procès-verbal.

ARTICLE D.2197-21

Le comité notifie son avis, dans le délai de six mois à compter de sa saisine. Ce délai peut être, lorsque des difficultés particulières d'instruction du dossier le justifient, prolongé par périodes d'un mois dans la limite d'une durée de trois mois.
L'avis est notifié à l'acheteur ainsi qu'au titulaire du marché. Il est transmis, pour information, au ministre chargé de l'économie et, dans le cas des marchés des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics, au préfet du département ou de la région du ressort de l'acheteur.

ARTICLE D.2197-22

La décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité est notifiée au titulaire du marché et au secrétaire du comité consultatif de règlement amiable des différends. Elle est transmise, pour information, au ministre chargé de l'économie.

Sous-section 3 : Le médiateur des entreprises

COMMENTAIRE

Le CCP intègre le recours possible au « médiateur des entreprises ».

ARTICLE L.2197-4

La saisine du médiateur des entreprises suspend le cours des différentes prescriptions dans les conditions prévues par l'article L.213-6 du code de justice administrative ou, pour les marchés de droit privé, dans les conditions prévues par le Code civil.

ARTICLE R.2197-23

En cas de différend concernant l'exécution des marchés, les acheteurs et les titulaires peuvent recourir au médiateur des entreprises. Le médiateur des entreprises agit comme tierce partie, sans pouvoir décisionnel, afin d'aider les parties, qui en ont exprimé la volonté, à trouver une solution mutuellement acceptable à leur différend.

ARTICLE R.2197-24

La saisine du médiateur des entreprises interrompt les délais de recours contentieux pour les marchés qui sont des contrats administratifs.

SECTION 2 : TRANSACTION

ARTICLE L.2197-5

Les parties peuvent recourir à une transaction ainsi que le prévoit l'article 2044 du Code civil.

COMMENTAIRE

L'esprit de la circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction et de celle du 7 septembre 2009 précisant les bonnes pratiques de la transaction dans le cas particulier des litiges portant sur l'exécution des contrats publics, sont encore valables. Le praticien peut s'y reporter.
La transaction permet de régler amiablement les différends dans les conditions définies par le Code civil et la circulaire précitée.

JURISPRUDENCES

● **L'établissement d'un protocole transactionnel implique une renonciation à toute instance qu'il implique.**
TA Réunion, 15 juillet 2022, n°2100736

● **Le montant de l'indemnité due par des constructeurs en cas de désordre, peut inclure le montant de la TVA grevant les travaux de réfection.**
CE, avis, 19 décembre 2022, n°462156

SECTION 3 : ARBITRAGE

Sous-section 1 : Recours à l'arbitrage par les acheteurs de droit public

ARTICLE L.2197-6

Par dérogation aux dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du Code civil, le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant les personnes publiques à leurs cocontractants dans l'exécution des marchés publics est possible pour les litiges relatifs à l'exécution financière des marchés publics de travaux et de fournitures de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux ainsi que dans les autres cas où la loi le permet.

Sous-section 2 : Recours à l'arbitrage par les acheteurs de droit privé

ARTICLE L.2197-7

Le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant des personnes privées dans l'exécution des marchés est possible dans les conditions définies par le livre IV du Code de procédure civile.

ARTICLE R.2197-25

Pour l'Etat, le recours à l'arbitrage dans les cas mentionnés à l'article L.2197-6 est autorisé par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie.

LES 4 SAISONS DE LA data

IA & PRIVACY • CYBERSECURITÉ • PROTECTION DES DONNÉES

Le grand rendez-vous des DPO, CISO, CDO & CAIO pour une IA et des données de confiance

Jeudi 3 juillet 2025 | Cité des Sciences et de l'Industrie | Paris

+1900
Professionnels de la protection et de la sécurité des données engagés

+55
Intervenants reconnus du RGPD

+70
Interventions en présentiel et en live

Conférences
Vision stratégique et perspectives d'avenir

Tables rondes
Échanges entre pairs et retours d'expérience

Ateliers immersifs
Focus pratiques et applications concrètes

Networking
Développez vos connexions dans un cadre convivial

Informations & inscription

www.4saisonsdeladata.com

infoprodigital

LIVRE II : DISPOSITIONS PROPRES AUX MARCHÉS DE PARTENARIAT

COMMENTAIRE

Les « marchés de partenariat », anciennement appelés « contrats de partenariat public-privé » (PPP), constituant une forme de globalisation des besoins dans un même marché, font l'objet désormais d'un corpus juridique intégré dans le CCP. L'ordonnance du 23 juillet 2015 les avait déjà inscrits dans la catégorie des « marchés publics » et non pas d'un contrat sui generis innommé (cf. la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les anciens METP). Le CCP limite considérablement les possibilités de développement libre de ce montage juridique, qui a défrayé la chronique ces dernières années.

1. Projets éligibles

Un marché de partenariat permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement, une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ; ainsi que tout ou partie de leur financement. Et un tel marché peut également avoir pour objet :

- tout ou partie de la conception d'ouvrages, équipements ou biens immatériels ;
- 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 ;
- 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.

Le titulaire peut être chargé d'acquérir les biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris par voie d'expropriation. Il peut se voir céder des contrats conclus par l'acheteur pour concourir à l'exécution de sa mission. Si seulement une partie de la conception est confiée au titulaire, l'acheteur peut faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre sans devoir respecter la notion de mission de base prévue pour les ouvrages de bâtiment.

2. Financement

Un marché de partenariat peut être financé par une personne publique pour sa partie investissement ; par des subventions et autres ; ou par une prise de participation minoritaire du secteur public au capital du titulaire (si celui-ci est constitué en société dédiée à la réalisation du projet). Les modalités de financement indiquées dans l'offre finale, présentent un caractère ajustable.

3. Prise de décision

La décision de recourir à un marché de partenariat doit être précédée de la réalisation : premièrement, d'une « évaluation du mode de réalisation » du projet, qui sera soumise pour avis à un organisme expert ; deuxièmement, d'une « étude de soutenabilité budgétaire », (appréciant notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits), qui sera soumise pour avis au service de l'Etat compétent.

Dans un document écrit et public, l'acheteur doit présenter les conséquences d'un éventuel marché de partenariat sur les finances publiques et sur la disponibilité des crédits, ainsi que sur leur compatibilité avec les orientations de la politique immobilière.

Un marché de partenariat ne peut être engagé que :

- Si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un « bilan plus favorable », notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet.
- Si la valeur du marché de partenariat est supérieure à un seuil fixé par voie réglementaire en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru.
- Et enfin, concernant l'Etat et ses établissements, après autorisation des autorités administratives compétentes ; ou concernant les collectivités territoriales et leurs établissements, après présentation de l'évaluation du mode de réalisation, de l'étude de soutenabilité et des avis à l'assemblée délibérante de l'acheteur, qui devra se prononcer sur le principe du recours au marché de partenariat ; ou concernant les autres structures, après présentation de l'évaluation, étude de soutenabilité budgétaire et avis à l'organe décisionnel qui se prononcera sur le principe du recours au marché de partenariat.

4. Clauses à prévoir

Lorsque le marché de partenariat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire a des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise, prérogatives et obligations du propriétaire. Il doit s'engager à confier à des PME ou à des artisans une part minimale de l'exécution du contrat. Et de son côté, l'acheteur « doit », dans ses critères d'attribution, tenir compte de cet engagement. C'est la première fois qu'une disposition est ainsi consacrée en marchés publics, où l'on impose un critère précis à l'acheteur et où le titulaire est contraint de confier à d'autres opérateurs économiques une partie de son marché.

5. Formalisme d'attribution

La signature d'un marché de partenariat est possible :

- pour l'Etat et ses établissements : après autorisation des autorités administratives compétentes ;
- pour les collectivités et leurs établissements : après autorisation par l'organe délibérant ;
- pour les autres : après autorisation par l'organe décisionnel.

Une fois signés, les marchés de partenariat sont transmis à l'organisme expert, pour recensement et analyse économique.

6. Contrôle de l'exécution

Un rapport annuel doit être établi par le titulaire et être adressé à l'acheteur dans les 45 jours suivant la date anniversaire du marché. L'acheteur contrôle cette exécution et établi un compte rendu, au moins à la fin de chaque phase d'exécution des missions du marché. Concernant les collectivités et leurs établissements, ce rapport annuel du titulaire et les comptes rendus établis par l'acheteur, sont transmis à l'assemblée délibérante et font l'objet d'un débat.

En cas d'annulation, résolution ou résiliation, le titulaire peut prétendre à une indemnisation des dépenses qu'il a engagé (frais financiers liés au financement mis en place dans sa mission globale). Mais la prise en compte des frais financiers est possible uniquement

si les clauses liant le titulaire avec les établissements bancaires, figurent dans le marché de partenariat.

ARTICLE L.2200-1
Sous réserve des dispositions du livre V de la présente partie relative aux autres marchés publics, les marchés de partenariat définis à l'article L.1112-1 sont régis par les dispositions du livre Ier, à l'exception des dispositions de la sous-section 4 de la section unique du chapitre Ier du titre VII relatives aux caractéristiques des marchés globaux, des dispositions de la section 2 du chapitre III du titre Ier relatives à l'allotissement, des dispositions des sections 1 à 3 du chapitre Ier du titre IX relatives aux avances, aux acomptes et au régime des paiements ainsi qu'aux dispositions du chapitre III du titre IX relatives à la sous-traitance.

ARTICLE R.2200-1
Sous réserve des dispositions du livre V de la présente partie, les marchés de partenariat définis à l'article L.1112-1 sont régis par les dispositions du livre Ier à l'exception:
1° Des dispositions de la sous-section 3 de la section 1 du chapitre Ier du titre VII relatives aux dispositions communes aux marchés globaux comportant des prestations de conception d'un ouvrage de bâtiment;
2° Des dispositions des sections 2 et 3 du chapitre II du titre Ier relatives à la durée et au prix du marché public;
3° Des dispositions de la section 2 du chapitre III du titre Ier relatives à l'allotissement;
4° Des dispositions des chapitres I et III du titre IX relatives au régime financier et à la sous-traitance.

TITRE IER : PRÉPARATION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT

Chapitre Ier : Conditions de recours au marché de partenariat

SECTION 1: ACHETEURS AUTORISÉS

ARTICLE L.2211-1
Tout acheteur est autorisé à conclure un marché de partenariat, à l'exception des acheteurs mentionnés au second alinéa.
Au sens du présent livre, les acheteurs non autorisés sont les organismes, autres que l'Etat, relevant de la catégorie des administrations publiques centrales dont la liste est établie par l'arrêté mentionné au I de l'article 12 de la loi du 28 décembre 2010 de programmation des finances publiques pour les années 2011 à 2014, ainsi que les établissements publics de santé et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique.

ARTICLE L.2211-2
Un marché de partenariat peut être conclu pour la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'une autre personne morale de droit public ou privé en vue de l'exercice de ses missions. Dans ce cas, une convention est signée entre l'acheteur qui conclut le marché de partenariat et l'organisme pour les besoins duquel le marché de partenariat est conclu.

ARTICLE L.2211-3
L'Etat peut conclure un marché de partenariat pour le compte d'un acheteur non autorisé, sous réserve que:
1° Le ministère de tutelle ait procédé à l'instruction du projet;
2° L'opération soit soutenable au regard de ses conséquences sur les finances publiques et sur la situation financière de la personne publique.

ARTICLE L.2211-4
Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs acheteurs, ces derniers peuvent désigner par convention celui d'entre eux qui réalisera l'évaluation préalable, conduira la procédure de passation et, éventuellement, signera le contrat et en suivra l'exécution. Le cas échéant, cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme.

SECTION 2: SEUILS

ARTICLE L.2211-5
Les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si la valeur de ce marché est supérieure aux seuils fixés par voie réglementaire en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru.

ARTICLE R.2211-1
Les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si sa valeur est supérieure à un seuil fixé à:
1° 2 millions d'euros hors taxes lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des biens immatériels, des systèmes d'information ou des équipements autres que des ouvrages ainsi que lorsque le contrat comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique et prévoit que la rémunération du titulaire tient compte de l'atteinte de ces objectifs;
2° 5 millions d'euros hors taxes lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur:
a) Des ouvrages d'infrastructure de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie, des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement;
b) Des ouvrages de bâtiment lorsque la mission confiée au titulaire ne comprend aucun des éléments mentionnés aux 2° et 3° de L.1112-1;
3° 10 millions d'euros hors taxes lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des prestations ou des ouvrages autres que ceux mentionnés aux 1° et 2° du présent article.

ARTICLE R.2211-2
La valeur du marché de partenariat prise en compte pour l'application du seuil mentionné à l'article R.2211-1 est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence à la publication. Cette valeur comprend:
1° La rémunération du titulaire versée par l'acheteur;
2° Le cas échéant, les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine;
3° Le cas échéant, les éventuels concours publics.

SECTION 3: BILAN PLUS FAVORABLE

ARTICLE L.2211-6
La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés

observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage.
Les modalités d'établissement de ce bilan sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

ARTICLE R.2211-3
Pour établir le bilan prévu à l'article L.2211-6, l'acheteur tient compte de ses capacités à conduire le projet, des caractéristiques, du coût et de la complexité de celui-ci, des objectifs poursuivis ainsi que, le cas échéant, des exigences du service public ou de la mission d'intérêt général dont il est chargé.

ARTICLE R.2211-4
Pour démontrer que le bilan mentionné à l'article R.2211-3 est plus favorable que celui des autres modes de réalisation de ce projet envisageables, l'acheteur procède à une appréciation globale des avantages et des inconvénients du recours à un marché de partenariat, compte tenu notamment:
1° De l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage du projet au titulaire de ce marché;
2° Du périmètre des missions susceptibles d'être confiées au titulaire;
3° Des modalités de partage de risques entre l'acheteur et le titulaire;
4° Du coût global du projet compte tenu notamment de la structure de financement envisagée.

Chapitre II : Instruction du projet

ARTICLE R.2212-1
L'instruction du projet inclut l'évaluation du mode de réalisation du projet et l'étude de soutenabilité budgétaire.

ARTICLE R.2212-2
L'évaluation du mode de réalisation du projet et l'étude de soutenabilité budgétaire sont actualisées à tout moment de la procédure de passation en cas de circonstances nouvelles susceptibles de modifier substantiellement son économie générale.

ARTICLE R.2212-3
Lorsque le marché de partenariat est passé sous la forme d'un accord-cadre, l'évaluation du mode de réalisation du projet et l'étude de soutenabilité budgétaire sont réalisées avant le lancement de la procédure de passation de l'accord-cadre.

SECTION 1 : ÉVALUATION DU MODE DE RÉALISATION DU PROJET

ARTICLE L.2212-1
Avant de décider de recourir à un marché de partenariat, l'acheteur procède à une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte une analyse en coût complet ainsi que tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation du projet.

ARTICLE L.2212-2
L'évaluation du mode de réalisation du projet est soumise pour avis à un organisme expert créé par voie réglementaire.

ARTICLE R.2212-4
L'évaluation du mode de réalisation du projet mentionnée à l'article L.2212-1 comporte:
1° Une présentation générale;
2° Une analyse comparative en valeur actualisée des différentes options de montages contractuels et institutionnels de la commande publique envisageables pour mettre en œuvre le projet;
3° Une présentation des principaux risques du projet comprenant les risques financiers et la répartition des risques entre l'acheteur et le titulaire et, le cas échéant, une valorisation financière de ces risques;
4° Une analyse de la compatibilité du projet avec les orientations de la politique immobilière de l'acheteur lorsque le marché de partenariat emporte occupation du domaine public ou privé.

ARTICLE R.2212-5
La présentation générale mentionnée à l'article R.2212-4 comporte notamment:
1° L'objet du projet, son historique, son contexte, ses enjeux et les caractéristiques de son équilibre économique;
2° Les compétences de l'acheteur, son statut et ses capacités financières.

ARTICLE R.2212-6
L'analyse comparative en valeur actualisée des différentes options de montages contractuels et institutionnels de la commande publique envisageables mentionnée à l'article R.2212-4 comprend:
1° Une description d'ensemble, incluant notamment le périmètre, les procédures et le calendrier pour chacune des phases de réalisation du projet, ainsi que la durée totale du contrat;
2° Une estimation en coût complet des différentes options comprenant notamment les coûts de programmation, de conception, de réalisation, de financement et de fonctionnement pour l'acheteur et pour le titulaire avec leur évolution dans le temps jusqu'à la fin de vie ainsi que, le cas échéant, des recettes résultant du projet et le traitement comptable et fiscal retenu.

ARTICLE R.2212-7
L'organisme expert, placé auprès du ministre chargé de l'économie, rend un avis sur l'évaluation du mode de réalisation du projet dans un délai de six semaines suivant sa saisine.
A défaut, son avis est réputé favorable.

ARTICLE R.2212-8
Les modalités d'organisation et de fonctionnement de l'organisme expert mentionné à l'article R.2212-7 sont précisées par le décret n° 2016-522 du 27 avril 2016 relatif à la mission d'appui au financement des infrastructures.

SECTION 2 : ÉTUDE DE SOUTENABILITÉ BUDGÉTAIRE

ARTICLE L.2212-3
Avant de décider de recourir à un marché de partenariat, l'acheteur réalise une étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits.

ARTICLE L.2212-4
L'étude de soutenabilité budgétaire est soumise pour avis au service de l'Etat compétent.

ARTICLE R.2212-9
L'étude de soutenabilité budgétaire prend en compte tous les aspects financiers du projet de marché de partenariat.
Celle-ci inclut notamment:

1° Le coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle;
2° L'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur et son effet sur sa situation financière;
3° L'impact du contrat sur l'évolution des dépenses obligatoires de l'acheteur, ses conséquences sur son endettement et ses engagements hors bilan;
4° Une analyse des coûts résultant d'une rupture anticipée du contrat.

ARTICLE R.2212-10
Le ministre chargé du budget, auquel l'évaluation du mode de réalisation du projet est communiquée, émet un avis motivé sur l'étude de soutenabilité budgétaire.
Il se prononce dans un délai de six semaines suivant sa saisine.
A défaut, son avis est réputé favorable.

SECTION 3 : INSTRUCTION DES PROJETS POUR LE COMPTE DES ACHETEURS NON AUTORISÉS

ARTICLE R.2212-11
Les projets de marchés de partenariat conclus pour le compte des acheteurs non autorisés sont instruits par le ministre de tutelle.

ARTICLE R.2212-12
Au sens du présent livre, le ministre de tutelle est:
1° Le ou les ministres exerçant la tutelle en application des textes législatifs ou réglementaires en vigueur;
2° Pour les groupements d'intérêt public, le ou les ministres ayant approuvé la convention constitutive;
3° Pour les associations et les fondations, le ou les ministres représentés au sein de leurs organes décisionnels;
4° Pour les établissements publics de santé et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique, le ministre chargé de la santé.
Pour les autorités administratives indépendantes, les autorités publiques indépendantes et les organismes non mentionnés aux 1° à 4°, est assimilé au ministre de tutelle au sens du présent livre, le ou les ministres compétents dans les domaines dans lesquels ces autorités et organismes exercent leurs missions.

ARTICLE R.2212-13
Pour procéder à l'instruction du projet, le ou les ministres de tutelle peuvent faire appel aux services d'un autre ministre, à un groupement d'intérêt public ou à un établissement public, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires déterminant les compétences ou les attributions de ceux-ci.
Les acheteurs peuvent être consultés pour les besoins de cette instruction.

Chapitre III : Contenu du marché de partenariat

ARTICLE L.2213-1
Le marché de partenariat comprend les missions principales obligatoires mentionnées au premier alinéa de L.1112-1 et, le cas échéant, tout ou partie des missions complémentaires mentionnées du 1° au 3° du même article.
Il fixe également les conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre l'acheteur et le titulaire.

SECTION 1 : DURÉE DU MARCHÉ DE PARTENARIAT

ARTICLE L.2213-2
La durée du marché de partenariat est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues.

SECTION 2 : CONDITIONS D'EXÉCUTION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT

ARTICLE L.2213-3
Lorsque l'acheteur confie tout ou partie de la conception des ouvrages au titulaire, les conditions d'exécution du marché doivent comprendre l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation.
Lorsque l'acheteur ne confie au titulaire qu'une partie de la conception de l'ouvrage, il peut lui-même, par dérogation à l'obligation prévue à l'article L.2431-3, faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'il assume.

SECTION 3 : FINANCEMENT DU PROJET ET RÉMUNÉRATION DU TITULAIRE

Sous-section 1 : Financement des investissements

Paragraphe 1 : Dispositions générales

ARTICLE L.2213-4
Une personne publique peut concourir au financement des investissements.

ARTICLE L.2213-5
Les marchés de partenariat peuvent donner lieu à des subventions et autres participations financières. Les modalités et l'échéancier de versement de ces subventions et autres participations financières peuvent être adaptés à la durée du contrat.

Paragraphe 2 : Dispositions applicables à la constitution d'une société dédiée à la réalisation du projet

ARTICLE L.2213-6
Le concours de l'Etat, des collectivités territoriales ou d'autres organismes publics au financement des investissements peut prendre la forme d'une participation minoritaire au capital du titulaire lorsque celui-ci est constitué en société dédiée à la réalisation du projet.
Dans ce cas, les statuts de cette société de projet précisent la répartition des risques entre les actionnaires ainsi que les mesures prises afin de prévenir les conflits d'intérêt.

ARTICLE L.2213-7
Le marché de partenariat fixe les conditions dans lesquelles l'actionnariat du titulaire, lorsque celui-ci est constitué en société dédiée à la réalisation du projet, peut être modifié. Il prévoit notamment les modalités d'information de l'acheteur et, le cas échéant, les modalités de partage de la plus-value de cession des titres.

Sous-section 2 : Rémunération du titulaire

ARTICLE L.2213-8
La rémunération du titulaire fait l'objet d'un paiement par l'acheteur à compter de l'achèvement des missions principales obligatoires mentionnées au premier ali-

néa de l'article L.1112-1 et pendant toute la durée du contrat. Cette rémunération est liée à des objectifs de performance assignés au titulaire pour chaque phase du contrat.

ARTICLE L.2213-9

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

ARTICLE R.2213-1

Pour le calcul de la rémunération du titulaire, le marché de partenariat précise les conditions dans lesquelles sont pris en compte et identifiés:
1° Les coûts d'investissement, notamment les coûts d'étude et de conception, les coûts de construction, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires;
2° Les coûts de fonctionnement, notamment les coûts d'entretien, de maintenance et de renouvellement des ouvrages et des équipements;
3° Les coûts de financement;
4° Le cas échéant, les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine.

ARTICLE R.2213-2

Le marché de partenariat prévoit les motifs et les modalités de variation de la rémunération ainsi que les modalités de paiement du titulaire pendant toute sa durée.

ARTICLE R.2213-3

Le marché de partenariat peut prévoir les conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par l'acheteur au titulaire et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation.

ARTICLE R.2213-4

Le marché de partenariat prévoit les modalités d'ajustement de la rémunération du titulaire en cas de modification des conditions de financement non prévue dans le plan de financement initialement retenu dans le contrat.

SECTION 4: DISPOSITIONS RELATIVES À L'OCCUPATION DOMANIALE PAR LE TITULAIRE DU MARCHÉ DE PARTENARIAT

Sous-section 1: Autorisation d'occupation du domaine public

ARTICLE L.2213-10

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

JURISPRUDENCES

● **Les conventions d'occupation du domaine public peuvent être résiliées en cas de non-paiement de la redevance constaté par la personne publique, ou pour motif d'intérêt général. En l'espèce, le motif d'intérêt général est caractérisé par la volonté d'enrichir l'offre touristique de la ville. La convention prévoyait la construction d'un hébergement hôtelier qui n'a pas vu le jour. La vente du château à une société proposant une offre touristique voulue par la ville est bien un motif d'intérêt général permettant la résiliation de la convention (le développement touristique étant une compétence des collectivités territoriales).**
CAA Nantes, 3 décembre 2021, n°20NT03946

● **Le juge administratif est compétent pour connaître des litiges relatifs aux autorisations d'occupation du domaine public accordées par les personnes publiques ou leurs concessionnaires. Cependant, un contrat portant sur la location de publicité sur les vêtements du personnel ne relève pas de la compétence du juge administratif. Il n'emporte pas en lui-même occupation du domaine public.**
CAA Lyon, 17 décembre 2021, n°19LY03418

● **Le Conseil d'Etat précise la méthode de calcul. D'abord, dans le cadre de l'occupation du domaine public routier: «lorsque des ouvrages des réseaux publics de transport et de distribution d'énergie électrique occupent à la fois le domaine public d'une communauté urbaine et celui de ses communes membres, les tarifs de la redevance instituée par la communauté urbaine à raison de l'occupation permanente de son propre domaine public par ces ouvrages doivent être fixés dans la limite, pour chacune des communes, d'une fraction du plafond communal global, calculée au prorata de la longueur des réseaux installés sur ce domaine public par rapport à la longueur totale des réseaux installés sur le territoire de la commune concernée». Et, «les tarifs de la redevance due à raison de l'occupation provisoire de ce domaine public pour les besoins de chantiers de travaux sur des ouvrages du réseau public de distribution d'électricité doivent être fixés dans la limite, pour chacune des communes, du dixième de cette même fraction».**
CE, 10 décembre 2021, n°445108

Sous-section 2: Mise à disposition de l'acheteur des ouvrages, équipements ou biens immatériels

ARTICLE L.2213-11

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

Sous-section 3: Acquisition des installations édifiées dans le cadre du contrat

ARTICLE L.2213-12

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

Sous-section 4: Propriété des ouvrages, équipements ou biens immatériels en fin de contrat

ARTICLE L.2213-13

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

SECTION 5 : PART D'EXÉCUTION DU CONTRAT RÉSERVÉE AUX PME

ARTICLE L.2213-14
Le marché de partenariat prévoit la part minimale de l'exécution du contrat que le titulaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans. Cette part minimale est établie dans des conditions fixées par voie réglementaire.

ARTICLE R.2213-5
La part minimale que le titulaire s'engage à confier, directement ou indirectement, à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans mentionnés à l'article R.2151-13 est fixée à 20 % du montant prévisionnel du marché de partenariat hors coût de financement, sauf lorsque la structure économique du secteur concerné ne le permet pas.
Le taux mentionné au premier alinéa peut être modifié par décret.

TITRE II : PASSATION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT

Chapitre Ier : Autorisations préalables à l'engagement de la procédure

ARTICLE R.2221-1
Pour les projets de l'Etat, les ministres chargés du budget et de l'économie autorisent le lancement de la procédure de passation du marché de partenariat.
Leur accord est réputé acquis à défaut de réponse expresse dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de l'évaluation du mode de réalisation du projet et de l'étude de soutenabilité budgétaire ainsi que des avis mentionnés aux articles R.2212-7 et R.2212-10, ou, lorsqu'ils sont tacites, à compter de la date à laquelle ceux-ci sont réputés acquis.

ARTICLE R.2221-2
Pour les projets des établissements publics de l'Etat, l'évaluation et l'étude préalables et les avis mentionnés aux articles R.2212-7 et R.2212-10 sont présentés à l'organe délibérant, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat.

ARTICLE R.2221-3
Pour les projets des acheteurs non autorisés, l'autorisation préalable au lancement de la procédure de passation est donnée par les ministres chargés du budget et de l'économie.

SECTION 1 : DISPOSITIONS APPLICABLES À L'ÉTAT, SES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS ET AUX ACHETEURS NON AUTORISÉS

ARTICLE L.2221-1
Pour les marchés de partenariat conclus par l'Etat et ceux de ses établissements publics, le lancement de la procédure de passation du marché de partenariat par l'acheteur est soumis à l'autorisation des autorités administratives compétentes dans des conditions fixées par voie réglementaire. Ces dispositions sont applicables aux marchés de partenariat conclus par l'Etat pour le compte des acheteurs non autorisés à conclure leurs propres marchés de partenariat.

SECTION 2 : DISPOSITIONS APPLICABLES AUX COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET AUX ÉTABLISSEMENTS PUBLICS LOCAUX

ARTICLE L.2221-2
Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, l'évaluation du mode de réalisation du projet, l'étude de soutenabilité budgétaire et les avis sur celles-ci sont présentés à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat.

SECTION 3 : DISPOSITIONS APPLICABLES AUX AUTRES ACHETEURS

ARTICLE L.2221-3
Pour les autres acheteurs, l'évaluation du mode de réalisation du projet, l'étude de soutenabilité budgétaire et les avis sur celles-ci sont présentés à l'organe décisionnel, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat.

Chapitre II : Présentation des documents de la consultation, des offres et critères d'attribution

SECTION 1 : CARACTÈRE AJUSTABLE DES MODALITÉS DE FINANCEMENT

ARTICLE L.2222-1
L'acheteur peut prévoir que les modalités de financement indiquées dans l'offre finale présentent un caractère ajustable. Ces ajustements ne peuvent avoir pour effet de remettre en cause les conditions de mise en concurrence en exonérant l'acheteur de l'obligation de respecter le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ni de permettre au titulaire pressenti de bouleverser l'économie de son offre. L'ajustement de l'offre ne porte que sur la composante financière du coût global du contrat et est seulement fondé sur la variation des modalités de financement à l'exclusion de tout autre élément.

ARTICLE L.2222-2
Le soumissionnaire auquel il est envisagé d'attribuer le marché de partenariat présente le financement définitif dans un délai fixé par l'acheteur.
A défaut, le marché de partenariat ne peut lui être attribué et le soumissionnaire dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne peut être sollicité pour présenter le financement définitif de son offre dans le même délai.

ARTICLE R.2222-1
Lorsque l'acheteur prévoit que les modalités de financement du projet peuvent présenter un caractère ajustable, il le mentionne dans les documents de la consultation.

ARTICLE R.2222-2
Lorsque l'acheteur décide de mettre en œuvre les dispositions de l'article L.2213-6, l'avis d'appel à la concurrence, ou à défaut, les documents de la consultation mentionnent que le concours de l'Etat, des collectivités territoriales ou d'autres personnes publiques au financement des investissements prend la forme d'une participation minoritaire au capital du titulaire et précise les principales caractéristiques de la société de projet à constituer.

ARTICLE R.2222-3
Lorsque l'acheteur décide de mettre en œuvre les dispositions de l'article L.2213-6, les offres sont accompagnées du projet de statut de cette société.

SECTION 2 : CONTENU DE L'OFFRE DU SOUMISSIONNAIRE EN CAS DE CONCEPTION D'OUVRAGES, D'ÉQUIPEMENTS OU DE BIENS IMMATÉRIELS

ARTICLE L.2222-3
Lorsque le marché de partenariat confie au titulaire tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels, les offres comportent, pour les bâtiments, un projet architectural.

SECTION 3 : CRITÈRES D'ATTRIBUTION

ARTICLE L.2222-4
L'acheteur tient compte, parmi les critères d'attribution du contrat, de la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans.

ARTICLE L.2222-5
Lorsque le marché de partenariat confie au titulaire tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels, l'acheteur tient compte, parmi les critères d'attribution du marché, de la qualité globale des ouvrages, équipements ou biens immatériels.

Chapitre III : Achèvement de la procédure

SECTION 1 : ACCORD PRÉALABLE À LA SIGNATURE

Sous-section 1 : Dispositions applicables à l'Etat, ses établissements publics et aux acheteurs non autorisés

ARTICLE L.2223-1
Les autorités administratives compétentes autorisent la signature des marchés de partenariat de l'Etat et de ses établissements publics, dans des conditions fixées par voie réglementaire.
Ces dispositions sont applicables aux marchés de partenariat conclus par l'Etat pour le compte des acheteurs non autorisés.

ARTICLE R.2223-1
Un marché de partenariat ne peut être signé par l'Etat qu'après accord des ministres chargés du budget et de l'économie. Leur accord est réputé acquis à défaut de réponse expresse dans un délai d'un mois à compter de la réception du projet de marché de partenariat.

ARTICLE R.2223-2
Un marché de partenariat ne peut être signé pour un établissement public de l'Etat qu'après accord des ministres chargés du budget, de l'économie et du ministre de tutelle. L'accord de chacun des ministres est réputé acquis à défaut de réponse dans un délai d'un mois à compter de la réception du projet de marché de partenariat.

ARTICLE R.2223-3
Lorsque la procédure de passation d'un marché de partenariat a été lancée pour le compte d'un acheteur non autorisé, ce marché ne peut être signé qu'après accord exprès des ministres chargés du budget et de l'économie.

Sous-section 2 : Dispositions applicables aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux

ARTICLE L.2223-2
L'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou l'organe délibérant de l'établissement public local autorise la signature du marché de partenariat par l'organe exécutif.

ARTICLE R.2223-4
Préalablement à l'autorisation de signature du marché de partenariat, la collectivité territoriale ou l'établissement public local concerné peut solliciter l'avis de l'organisme expert mentionné à l'article R.2212-7 sur le projet de marché de partenariat.
Lorsqu'il est saisi, l'organisme expert émet un avis dans un délai de six semaines. A défaut, l'avis est réputé rendu.
Dans le cadre de cette saisine, l'organisme expert peut solliciter l'avis des services du ministre chargé du budget sur la soutenabilité budgétaire du marché de partenariat.

Sous-section 3 : Dispositions applicables aux autres acheteurs

ARTICLE L.2223-3
L'organe décisionnel des autres acheteurs autorise la signature du marché de partenariat.

SECTION 2 : TRANSMISSION À L'ORGANISME EXPERT

ARTICLE L.2223-4
Une fois signés, les marchés de partenariat et leurs annexes sont communiqués à l'organisme expert mentionné à l'article L.2212-2.
Les informations et documents communiqués ne sont utilisés qu'à des fins de recensement et d'analyse économique.

ARTICLE R.2223-5
Le ou les ministres de tutelle signent les marchés de partenariat pour le compte des acheteurs non autorisés. A compter de la signature du marché de partenariat, ces acheteurs assument la totalité des droits et obligations qui y sont attachés.

TITRE III : EXÉCUTION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT

Chapitre Ier : Acquisition des biens et cession de contrats

ARTICLE L.2231-1
Sur décision de l'acheteur, le titulaire du marché de partenariat peut être chargé d'acquérir les biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par voie d'expropriation.
Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par l'acheteur pouvant concourir à l'exécution de sa mission.

Chapitre II : Exécution financière

SECTION 1 : RÈGLES APPLICABLES AU TITULAIRE DU MARCHÉ DE PARTENARIAT

Sous-section 1 : Avances et acomptes

ARTICLE L.2232-1
Par dérogation aux dispositions de l'article L.2213-8, les marchés de partenariat peuvent donner lieu à des versements à titre d'avances et d'acomptes.

Sous-section 2 : Cessions de créance, crédits-bails et hypothèques

ARTICLE L.2232-2
La rémunération due par l'acheteur peut être cédée conformément aux dispositions

des articles L.313-29-1 et suivants du code monétaire et financier.

ARTICLE L.2232-3
Le financement des investissements peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

ARTICLE L.2232-4
Les ouvrages sur lesquels le titulaire dispose de droits réels ou dont il est propriétaire ne peuvent être hypothéqués qu'en vue de garantir des emprunts contractés pour financer la réalisation des obligations qu'il tient du marché de partenariat.
Le contrat constituant l'hypothèque doit, à peine de nullité, être approuvé par l'acheteur et, le cas échéant, par la personne propriétaire du domaine.
Seuls les créanciers hypothécaires peuvent exercer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution sur les droits immobiliers résultant du contrat.

Sous-section 3 : Encaissement des paiements des usagers

ARTICLE L.2232-5
L'acheteur peut donner mandat au titulaire pour encaisser, en son nom et pour son compte, le paiement par l'usager de prestations exécutées en vertu du contrat.

SECTION 2 : RÈGLES APPLICABLES AUX RELATIONS ENTRE LE TITULAIRE ET SES FOURNISSEURS

ARTICLE L.2232-6
Le titulaire constitue, à la demande de tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat, un cautionnement auprès d'un organisme financier afin de garantir au prestataire qui en fait la demande le paiement des sommes dues.

ARTICLE L.2232-7
Par dérogation aux dispositions des articles L.441-10 à L.441-13 du Code de commerce, les prestations mentionnées à l'article L.2213-14 sont payées par le titulaire du marché de partenariat, dans des délais fixés par voie réglementaire.

ARTICLE R.2232-1
En application de l'article L.2232-7, le délai de paiement applicable aux prestations exécutées par des petites et moyennes entreprises ou des artisans au sens de l'article R.2151-13 est celui qui s'impose à l'acheteur en application de la section 2 du chapitre II du titre IX du livre Ier de la présente partie.

Chapitre III : Valorisation domaniale par le titulaire du marché de partenariat

ARTICLE L.2233-1
Afin de valoriser une partie du domaine, l'acheteur peut, après avoir procédé, s'il y a lieu, à une délimitation des biens appartenant au domaine public, autoriser le titulaire:
1° A consentir des autorisations d'occupation du domaine public;
2° A consentir des baux de droit privé pour des biens appartenant au domaine privé et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée;
3° A procéder à des cessions pour des biens qui lui ont été préalablement cédés.
L'accord de l'acheteur doit être expressément formulé pour chacune des autorisations ou des baux mentionnés aux 1° et 2° du présent article.

ARTICLE L.2233-2
Lorsque le marché de partenariat est conclu par l'acheteur pour la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'une autre personne morale de droit public ou privé pour l'exercice de ses missions ou lorsque l'opération est réalisée sur le domaine d'une autre personne morale de droit public ou privé, le titulaire peut être autorisé à valoriser une partie du domaine, après accord du propriétaire du domaine.

ARTICLE L.2233-3
Lorsque les baux sont consentis par le titulaire pour une durée excédant celle du marché de partenariat, les conditions de reprise du bail par l'acheteur doivent faire l'objet d'une convention entre l'acheteur, le titulaire, le preneur et, le cas échéant, le propriétaire du domaine.

Chapitre IV : Suivi et contrôle de l'exécution du marché de partenariat

ARTICLE L.2234-1
Le titulaire du marché de partenariat établit un rapport annuel permettant d'en suivre l'exécution. Ce rapport est adressé, chaque année, à l'acheteur dans les quarante-cinq jours suivant la date anniversaire de la signature du contrat.

ARTICLE L.2234-2
L'acheteur exerce un contrôle sur l'exécution du marché de partenariat. Ce contrôle intervient, au minimum, en cours et à la fin de chacune des phases d'exécution des missions prévues par le contrat et donne lieu à un compte rendu.

ARTICLE L.2234-3
Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, le rapport annuel établi par le titulaire mentionné à l'article L.2234-1 et les comptes rendus des contrôles menés par l'acheteur mentionnés à l'article L.2234-2 sont transmis à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant et font l'objet d'un débat.

SECTION 1 : RAPPORT ANNUEL DU TITULAIRE

ARTICLE R.2234-1
Le rapport annuel mentionné à l'article L.2234-1 est établi par le titulaire et doit permettre la comparaison entre l'année qu'il retrace et les précédentes. Il comprend notamment:
1° Des données économiques et comptables;
2° Le suivi de plusieurs indicateurs.

ARTICLE R.2234-2
Les données économiques et comptables mentionnées à l'article R.2234-1 comprennent:
1° Le compte annuel de résultat de l'exploitation de l'opération objet du marché de partenariat, rappelant les données présentées l'année précédente au même titre et présentant les données utilisées pour les révisions et indexations contractuelles et les justifications des prestations extérieures facturées à l'exploitation;
2° Une présentation des méthodes et des éléments de calcul économique retenus pour la détermination des produits et charges

imputés au compte de résultat de l'exploitation avec, le cas échéant, la mention des changements, exceptionnels et motivés, intervenus au cours de l'exercice dans ces méthodes et éléments de calcul;
3° Un état des variations du patrimoine immobilier intervenues dans le cadre du marché et le tableau d'amortissement de ce patrimoine;
4° Un compte rendu de la situation des autres biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation de l'ouvrage, de l'équipement ou du bien immatériel objet du marché, mise en comparaison le cas échéant avec les tableaux relatifs à l'amortissement et au renouvellement de ces biens et immobilisations;
5° Un état des autres dépenses de renouvellement réalisées dans l'année;
6° Les engagements à incidences financières liés au marché et nécessaires à la continuité du service public;
7° Les ratios annuels de rentabilité économique et de rentabilité interne du projet ainsi que la répartition entre le coût des fonds propres et le coût de la dette afférents au financement des biens et activités objets du marché.

ARTICLE R.2234-3
Les indicateurs mentionnés à l'article R.2234-1 comprennent les indicateurs correspondant:
1° Aux objectifs de performance prévus à l'article L.2213-8;
2° A la part d'exécution du marché confiée à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans en application de l'article L.2213-14;
3° Au suivi des recettes annexes perçues par le titulaire en application de l'article L.2213-9;
4° Aux pénalités demandées et à celles acquittées par le titulaire.

ARTICLE R.2234-4
Les pièces justificatives des données mentionnées à la présente section sont transmises à l'acheteur à sa demande.

SECTION 2 : CONTRÔLE DE L'EXÉCUTION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT PAR L'ACHETEUR

ARTICLE R.2234-5
En phase de construction, le contrôle mentionné à l'article L.2234-2 porte notamment sur la qualité des ouvrages construits et leur conformité au programme fonctionnel prévu dans le contrat, sur les coûts et délais définitifs de l'ouvrage construit et du plan de financement retenu.

ARTICLE R.2234-6
En phase d'exploitation des ouvrages ou du service public, le contrôle mentionné à l'article L.2234-2 porte notamment sur la qualité, le respect des objectifs de performance et le niveau de coût des prestations de service offertes par le titulaire.

ARTICLE R.2234-7
En fin de contrat, le contrôle mentionné à l'article L.2234-2 porte notamment sur les coûts définitifs du projet en construction et en exploitation, la qualité de l'exécution des prestations de service prévues dans le contrat, le respect des objectifs de performance ainsi que l'évaluation de l'état de l'ouvrage en fin de contrat et de sa valeur patrimoniale.

ARTICLE R.2234-8
L'acheteur peut demander au titulaire tout document utile au contrôle de l'exécution du marché de partenariat dans le respect de l'article L.2132-1.

Chapitre V : Indemnisation en cas d'annulation ou de résiliation du marché de partenariat

JURISPRUDENCE

● **L'Etat a conclu un marché de partenariat avec une société, mais s'est heurté à un mouvement social de contestation de grande ampleur, qui l'a contraint à renoncer au projet. Un protocole d'accord a été signé avec le titulaire. Toutefois, ce dernier avait déjà conclu des contrats avec des sociétés tierces. L'une d'entre elles, a engagé un recours en indemnisation au titre de son manque à gagner. Pour la Cour, le motif d'intérêt général était justifié et le contractant du titulaire d'un marché de partenariat est en droit d'obtenir la réparation du préjudice issu de la résiliation de ce contrat, bien que ce dernier excluait contractuellement toute indemnisation au profit de ce tiers.**
CAA Versailles, 16 décembre 2021, n°18VE03215

ARTICLE L.2235-1
En cas d'annulation ou de résiliation du contrat par le juge, faisant suite au recours d'un tiers, le titulaire du marché de partenariat peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'acheteur.

ARTICLE L.2235-2
Parmi les dépenses mentionnées à l'article L.2235-1 figurent, s'il y a lieu, les frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat, y compris, le cas échéant, les coûts pour le titulaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat. La prise en compte des frais liés au financement est subordonnée à la mention, dans les annexes au marché de partenariat, des principales caractéristiques des financements à mettre en place pour les besoins de l'exécution du marché.

ARTICLE L.2235-3
Lorsqu'une clause du marché de partenariat fixe les modalités d'indemnisation du titulaire en cas d'annulation ou de résiliation du contrat par le juge, elle est réputée divisible des autres stipulations du contrat.

Chapitre VI : Recours à l'arbitrage

ARTICLE L.2236-1
Les parties peuvent recourir à l'arbitrage pour le règlement des litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat, avec application de la loi française.

ARTICLE R.2236-1
Pour l'Etat, le recours à l'arbitrage mentionné à l'article L.2236-1 est autorisé par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie.

LIVRE III : DISPOSITIONS APPLICABLES AUX MARCHÉS DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ

ARTICLE L.2300-1 À ARTICLE L.2397-3
Non reproduits

ARTICLES D.2300-1 À D.2397-4
Non reproduits

LIVRE IV : DISPOSITIONS PROPRES AUX MARCHÉS PUBLICS LIÉS À LA MAÎTRISE D'OUVRAGE PUBLIQUE ET À LA MAÎTRISE D'ŒUVRE PRIVÉE

COMMENTAIRE

Les dispositions de la loi Mop n° 85-704 du 12 juillet 1985 et de ses décrets de 1993 et autres textes d'application, sont intégrées présentement dans le CCP.

JURISPRUDENCES

● La responsabilité des maîtres d'œuvre pour manquement à leur devoir de conseil peut être engagée, dès lors qu'ils se sont abstenus d'appeler l'attention du maître d'ouvrage sur des désordres affectant l'ouvrage et dont ils pouvaient avoir connaissance, en sorte que la personne publique soit mise à même de ne pas réceptionner l'ouvrage ou d'assortir la réception de réserves. En l'espèce, le maître d'œuvre doit signaler au maître d'ouvrage toute nouvelle réglementation acoustique entrée en vigueur après le début des travaux.
CE, 10 décembre 2020, n° 432783

● Le maître d'ouvrage a une obligation de moyens et pas de résultats. Le maître d'ouvrage n'est pas toujours responsable des défaillances du maître d'œuvre. Le membre d'un groupement d'entreprises soutient que le maître d'ouvrage a commis une faute en n'intervenant pas devant les défaillances du maître d'œuvre. Pour la Cour, ce n'est pas le cas : en résiliant le contrat de maîtrise d'œuvre et en choisissant un nouveau groupement, le maître d'ouvrage a pris des mesures de correction et assumé son devoir de contrôle et de direction.
CAA Bordeaux, 16 décembre 2021, n° 19BX04229

● Le devoir de conseil des maîtres d'œuvre peut être atténué en cas de connaissance suffisante des défectuosités par le maître d'ouvrage.
CAA Paris, 12 décembre 2022, n° 17PA03019

● Le devoir de conseil incombant au maître d'œuvre à l'égard du maître d'ouvrage implique le signalement de toute non-conformité de l'ouvrage, non seulement aux stipulations contractuelles et aux règles de l'art, mais aussi aux normes qui lui sont applicables afin que le maître d'ouvrage puisse éventuellement ne pas prononcer la réception et décider des travaux nécessaires à la mise en conformité de l'ouvrage.
CE, 22 décembre 2023, n° 472699

TITRE IER : CHAMP D'APPLICATION

ARTICLE L.2410-1

Les acheteurs définis au chapitre Ier qui, projetant la construction d'un ouvrage répondant aux caractéristiques mentionnées au chapitre II, envisagent la passation de marchés publics dans ce but, sont soumis en leur qualité de maîtres d'ouvrage aux dispositions du présent livre.

Chapitre Ier : Maîtres d'ouvrage

ARTICLE L.2411-1

Les maîtres d'ouvrage sont les responsables principaux de l'ouvrage. Ils ne peuvent déléguer cette fonction d'intérêt général, définie au titre II, sous réserve, d'une part, des dispositions du présent livre relatives au mandat et au transfert de maîtrise d'ouvrage et, d'autre part, des dispositions du livre II relatives aux marchés de partenariat.
Sont maîtres d'ouvrage les acheteurs suivants:
1° L'Etat et ses établissements publics;
2° Les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les offices publics de l'habitat mentionnés à l'article L.411- 2 du code de la construction et de l'habitation pour les logements à usage locatif aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et leurs groupements;
3° Les organismes privés mentionnés à l'article L.124-4 du Code de la sécurité sociale, ainsi que leurs unions ou fédérations;
4° Les organismes privés d'habitations à loyer modéré, mentionnés à l'article L.411-2 du Code de la construction et de l'habitation, ainsi que les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatif aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et sociétés.

Chapitre II : Ouvrages

ARTICLE L.2412-1

Les dispositions du présent livre sont applicables aux opérations de construction neuve ou de réhabilitation portant sur un ouvrage défini à l'article L.1111-2 et faisant l'objet d'un marché public ainsi que sur les équipements industriels destinés à l'exploitation de ces ouvrages.

ARTICLE L.2412-2

Les dispositions du présent livre ne sont pas applicables:
1° Aux ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation;
2° Aux ouvrages d'infrastructure réalisés dans le cadre d'une zone d'aménagement concerté définie aux articles L.311-1 et suivants du code de l'urbanisme ou d'un lotissement défini aux articles L.442- 1 et suivants du même code;
3° Aux ouvrages d'infrastructure situés dans le périmètre d'une opération d'intérêt national au sens de l'article L.102-12 du code de l'urbanisme, ou d'une grande opération d'urbanisme au sens de l'article L.312-3 du même code;
4° Aux ouvrages de bâtiment acquis par les organismes énumérés à l'article L.411-2 du code de la construction et de l'habitation et les sociétés d'économie mixte par un contrat de vente d'immeuble à construire prévu par les articles 1601-1, 1601-2 et 1601-3 du Code civil;
5° Aux opérations de restauration effectuées sur des immeubles classés sur le fondement des articles L.621-1 et suivants du code du patrimoine.
Les catégories d'ouvrages mentionnées au présent alinéa sont fixées par voie réglementaire.

ARTICLE R.2412-1

Les catégories d'ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure mentionnés au 1° de l'article L.2412-2 qui ne sont pas soumises aux dispositions du présent livre sont les suivantes:
1° Les ouvrages conçus pour l'exercice d'une activité industrielle incluse dans les classes de la section B relative aux industries extractives et de la section C relative à l'industrie manufacturière du décret

n°2007-1888 du 26 décembre 2007 portant approbation des nomenclatures d'activités et de produits françaises;
2° Les centrales de production d'énergie;
3° Les centrales de chauffage urbain;
4° Les unités de traitement de déchets.

TITRE II : MAÎTRISE D'OUVRAGE

Chapitre Ier : Attributions du maître d'ouvrage

SECTION 1 : DISPOSITIONS GÉNÉRALES

ARTICLE L.2421-1

Les attributions du maître d'ouvrage qui, pour chaque opération envisagée, s'assure préalablement de sa faisabilité et de son opportunité, sont les suivantes:
1° La détermination de sa localisation;
2° L'élaboration du programme défini à l'article L.2421-2;
3° La fixation de l'enveloppe financière prévisionnelle;
4° Le financement de l'opération;
5° Le choix du processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé;
6° La conclusion des marchés publics ayant pour objet les études et l'exécution des travaux de l'opération.

SECTION 2 : PROGRAMME ET ENVELOPPE FINANCIÈRE PRÉVISIONNELLE DE L'OPÉRATION

ARTICLE L.2421-2

Le programme élaboré par le maître d'ouvrage comporte les éléments suivants relatifs à la réalisation et à l'utilisation de l'ouvrage:
1° Les objectifs que l'opération doit permettre d'atteindre;
2° Les besoins que l'opération doit satisfaire;
3° Les contraintes et exigences de qualité sociale, urbanistique, architecturale, fonctionnelle, technique et économique, d'insertion dans le paysage et de protection de l'environnement.

ARTICLE L.2421-3

Le maître d'ouvrage élabore le programme et fixe l'enveloppe financière prévisionnelle de l'opération avant tout commencement des études d'avant-projet par le maître d'œuvre. Il peut préciser le programme et l'enveloppe financière avant tout commencement des études de projet par le maître d'œuvre.

ARTICLE L.2421-4

L'élaboration du programme et la fixation de l'enveloppe financière prévisionnelle peuvent se poursuivre pendant les études d'avant-projet pour:
1° Les opérations de réhabilitation;
2° Les opérations de construction neuve portant sur des ouvrages complexes, sous réserve que le maître d'ouvrage l'ait précisé dans les documents de la consultation du marché public de maîtrise d'œuvre.

ARTICLE L.2421-5

Les conséquences de l'évolution du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle sont prises en compte par une modification conventionnelle du marché public de maîtrise d'œuvre, conformément aux dispositions du chapitre IV du titre IX du livre Ier.

Chapitre II : Organisation de la maîtrise d'ouvrage

ARTICLE L.2422-1

Le maître d'ouvrage peut, dans les conditions fixées par le présent chapitre, recourir à des tiers selon les modalités suivantes:
1° L'assistance à maîtrise d'ouvrage;
2° La conduite d'opération;
3° Le mandat de maîtrise d'ouvrage;
4° Le transfert de maîtrise d'ouvrage.

SECTION 1 : ASSISTANCE À MAÎTRISE D'OUVRAGE

ARTICLE L.2422-2

Le maître d'ouvrage peut passer des marchés publics d'assistance à maîtrise d'ouvrage portant sur un ou plusieurs objets spécialisés, notamment en ce qui concerne tout ou partie de l'élaboration du programme, la fixation de l'enveloppe financière prévisionnelle de l'opération ou le conseil spécialisé dans un domaine technique, financier, juridique ou administratif.

SECTION 2 : CONDUITE D'OPÉRATION

ARTICLE L.2422-3

Le maître d'ouvrage peut passer avec un conducteur d'opération un marché public ayant pour objet une assistance générale à caractère administratif, financier et technique. Ce marché public est conclu par écrit quel qu'en soit le montant.

ARTICLE L.2422-4

La mission de conduite d'opération est incompatible avec toute mission de maîtrise d'œuvre, de contrôle technique définie à l'article L.111-23 du code de la construction et de l'habitation ou d'exécution de travaux, portant sur la même opération et exercée soit par le conducteur d'opération directement, soit par une entreprise liée définie à l'article L.2511-8.

SECTION 3 : MANDAT DE MAÎTRISE D'OUVRAGE

JURISPRUDENCE

● **Même lorsqu'un maître d'ouvrage a conclu un contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage comprenant le versement de la rémunération au constructeur, il demeure responsable envers le constructeur lorsque celui-ci ne reçoit pas le paiement du solde du marché.**
CE, 21 mai 2024, n° 490688

ARTICLE L.2422-5

Dans la limite du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle de l'opération qu'il a arrêtés, le maître d'ouvrage peut confier par contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage à un mandataire l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie des attributions mentionnées à l'article L.2422-6, dans les conditions de la présente section. Toutefois, la sous-section 4 de la présente section n'est pas applicable lorsque le maître d'ouvrage ne peut confier le mandat qu'à une personne désignée par la loi.

Sous-section 1 : Attributions du mandataire

ARTICLE L.2422-6

Le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage a pour objet de confier au mandataire l'exercice, parmi les attributions mentionnées à l'article L.2421-1, de tout ou partie des attributions suivantes:
1° La définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté;
2° La préparation, la passation, la signature, après approbation du choix de l'attributaire, du marché public de maîtrise d'œuvre ainsi que le suivi de son exécution;

3° L'approbation des études d'avant-projet et des études de projet du maître d'œuvre;
4° La préparation, la passation, la signature, après approbation du choix des attributaires, des marchés publics de travaux, ainsi que le suivi de leur exécution;
5° Le versement de la rémunération du maître d'œuvre et le paiement des marchés publics de travaux;
6° La réception de l'ouvrage.

Sous-section 2 : Contenu du contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage

ARTICLE L.2422-7
Le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage est conclu par écrit, quel qu'en soit le montant, et prévoit, à peine de nullité:
1° L'ouvrage qui fait l'objet du contrat, les attributions confiées au mandataire, les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage constate l'achèvement de la mission du mandataire, le cas échéant les modalités de la rémunération de ce dernier, les pénalités qui lui sont applicables en cas de méconnaissance de ses obligations et les conditions dans lesquelles le contrat peut être résilié;
2° Le mode de financement de l'ouvrage ainsi que les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage fera l'avance de fonds nécessaires à l'exécution du contrat ou remboursera les dépenses exposées pour son compte et préalablement définies;
3° Les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le maître d'ouvrage aux différentes phases de l'opération;
4° Les conditions dans lesquelles l'approbation des études d'avant-projet et la réception de l'ouvrage sont subordonnées à l'accord préalable du maître d'ouvrage;
5° Les conditions dans lesquelles le mandataire peut agir en justice pour le compte du maître d'ouvrage.

Sous-section 3 : Obligations et responsabilités du mandataire

ARTICLE L.2422-8
Le mandataire est soumis à l'obligation d'exécution personnelle du contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage.
Il est soumis aux dispositions du présent livre dans l'exercice des attributions qui lui sont confiées par le maître d'ouvrage.

ARTICLE L.2422-9
Les règles de passation et d'exécution des contrats conclus par le mandataire sont celles applicables au maître d'ouvrage, sous réserve d'adaptations éventuelles prévues par voie réglementaire pour tenir compte de l'intervention du mandataire.

ARTICLE L.2422-10
Le mandataire représente le maître d'ouvrage à l'égard des tiers dans l'exercice des attributions qui lui ont été confiées.
Cette représentation s'exerce jusqu'à ce que le maître d'ouvrage ait constaté l'achèvement de la mission du mandataire dans les conditions définies par le contrat.

Sous-section 4 : Incompatibilités

ARTICLE L.2422-11
Le mandat de maîtrise d'ouvrage est incompatible avec toute mission de maîtrise d'œuvre, de contrôle technique définie à l'article L.111-23 du code de la construction et de l'habitation ou d'exécution de travaux, portant sur la même opération et exercée soit par le mandataire directement soit par une entreprise liée définie à l'article L.2511-8.

JURISPRUDENCE

● Un contrôleur technique qui a manqué à ses obligations contractuelles peut être condamné in solidum avec les autres responsables du dommage, à réparer les conséquences dommageables causées par leurs fautes contractuelles. Si la responsabilité décennale du contrôleur technique est engagée, il peut appeler en garantie les autres participants à l'opération en démontrant qu'ils ont commis une faute ayant contribué à la réalisation du dommage dont le maître d'ouvrage demande réparation.
CE, 2 octobre 2024, n° 488166

SECTION 4 : TRANSFERT DE MAÎTRISE D'OUVRAGE

ARTICLE L.2422-12
Lorsque la réalisation ou la réhabilitation d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages relèvent simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage mentionnés à l'article L.2411-1 ou de l'un ou plusieurs de ces maîtres d'ouvrage et de la société SNCF Réseau mentionnée à l'article L.2111-9 du code des transports ou de sa filiale mentionnée au 5° de cet article, ceux-ci peuvent désigner, par convention, celui d'entre eux qui assurera la maîtrise d'ouvrage de l'opération.
Cette convention précise les conditions d'organisation de la maîtrise d'ouvrage exercée et en fixe le terme.
Lorsque la société SNCF Réseau mentionnée à l'article L.2111-9 du code des transports ou sa filiale mentionnée au 5° de cet article sont ainsi désignées, elles appliquent les dispositions du présent livre pour la réalisation des opérations mentionnées au premier alinéa.

ARTICLE L.2422-13
Lorsque l'Etat confie à l'un de ses établissements publics la réalisation d'opérations ou de programmes d'investissement, il peut décider que cet établissement exercera la totalité des attributions de la maîtrise d'ouvrage.

TITRE III : MAÎTRISE D'ŒUVRE PRIVÉE

ARTICLE L.2430-1
Les dispositions du présent titre s'appliquent aux marchés publics de maîtrise d'œuvre conclus avec un opérateur économique de droit privé.

ARTICLE L.2430-2
Par dérogation à l'article L.2410-1, ne sont pas soumis au présent titre les offices publics de l'habitat et les organismes privés d'habitations à loyer modéré, mentionnés à l'article L.411-2 du code de la construction et de l'habitation, ainsi que les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatif aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et sociétés.

Chapitre Ier : Mission de maîtrise d'œuvre privée

ARTICLE L.2431-1
La mission de maîtrise d'œuvre est une mission globale qui doit permettre d'apporter une réponse architecturale, technique et économique au programme défini par le maître d'ouvrage pour la réalisation d'une opération.
La mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle confiée aux opérateurs économiques

chargés des travaux, sous réserve des dispositions relatives aux marchés globaux du chapitre Ier du titre VII du livre Ier.

ARTICLE L.2431-2

La mission de maîtrise d'œuvre comprend tout ou partie des éléments de conception, d'assistance, de direction et de contrôle définis par voie réglementaire.
Ces éléments de mission peuvent varier en fonction:
1° Du maître d'ouvrage;
2° De la nature de l'opération;
3° De l'ouvrage concerné;
4° De l'intervention, dès l'établissement des études d'avant-projet, d'un opérateur économique chargé des travaux ou d'un fournisseur de produits industriels, lorsque les méthodes ou techniques de réalisation ou les produits industriels à mettre en œuvre impliquent l'intervention de ces opérateurs.

ARTICLE L.2431-3

Pour les ouvrages de bâtiment, une mission de base est confiée au titulaire du marché public de maîtrise d'œuvre, qui comprend l'ensemble des éléments de mission définis par voie réglementaire et permet:
1° Au maître d'œuvre, de réaliser la synthèse architecturale des objectifs et des contraintes du programme et de s'assurer du respect, lors de l'exécution de l'ouvrage, des études qu'il a effectuées;
2° Au maître d'ouvrage, de s'assurer de la qualité de l'ouvrage et du respect du programme ainsi que de procéder à la consultation des opérateurs économiques chargés des travaux et à l'attribution des marchés publics de travaux.
Le contenu de cette mission de base peut varier lorsque le maître d'ouvrage fait intervenir dès l'établissement des études d'avant-projet, un opérateur économique chargé des travaux ou un fournisseur de produits industriels ou lorsque les études d'exécution sont confiées en tout ou partie à des opérateurs économiques chargés des travaux.

SECTION 1: DISPOSITIONS GÉNÉRALES

ARTICLE R.2431-1

La mission de maîtrise d'œuvre peut comprendre les éléments suivants:
1° Les études préliminaires;
2° Les études de diagnostic;
3° Les études d'esquisse;
4° Les études d'avant-projet;
5° Les études de projet;
6° L'assistance apportée au maître d'ouvrage pour la passation des marchés de travaux;
7° Les études d'exécution ou l'examen de leur conformité au projet et le visa de celles qui ont été faites par les opérateurs économiques chargés des travaux;
8° La direction de l'exécution des marchés de travaux;
9° L'ordonnancement, le pilotage et la coordination du chantier;
10° L'assistance apportée au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement.

COMMENTAIRE

Phases souvent dénommées: PRE; DIAG; ESQ; AVP (APS/APD); PRO; ACT; EXE/VISA; DET; OPC; AOR.

ARTICLE R.2431-2

Les éléments de mission de maîtrise d'œuvre sont précisés à la section 2 pour les ouvrages de bâtiment et à la section 3 pour les ouvrages d'infrastructure.
Des éléments de mission spécifiques sont prévus à la section 4 lorsque les méthodes ou techniques de réalisation ou les produits industriels à mettre en œuvre impliquent l'intervention, dès l'établissement des études d'avant-projet, d'un opérateur économique chargé des travaux ou d'un fournisseur de produits industriels.
Les éléments de mission de maîtrise d'œuvre portant sur des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essais ou d'expérimentation sont précisés à la section 5.

ARTICLE R.2431-3

Le maître d'ouvrage détermine l'appartenance de l'ouvrage à l'une des catégories suivantes:
1° Opération de construction neuve de bâtiment;
2° Opération de réhabilitation de bâtiment;
3° Opération de construction neuve d'infrastructure;
4° Opération de réhabilitation d'infrastructure.
Il peut, le cas échéant, scinder l'ouvrage en parties d'ouvrage relevant de l'une ou l'autre de ces catégories.

SECTION 2: ÉLÉMENTS DE MISSION DE MAÎTRISE D'ŒUVRE PRIVÉE PORTANT SUR LES OUVRAGES DE BÂTIMENT

Sous-section 1: Mission de base

ARTICLE R.2431-4

Pour les opérations de construction neuve de bâtiment, la mission de base comporte:
1° Les études d'esquisse;
2° Les études d'avant-projet;
3° Les études de projet;
4° L'assistance apportée au maître d'ouvrage pour la passation des marchés publics de travaux;
5° La direction de l'exécution des marchés publics de travaux;
6° L'assistance apportée au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement;
7° L'examen de la conformité au projet des études d'exécution et leur visa lorsqu'elles ont été faites par un opérateur économique chargé des travaux et les études d'exécution lorsqu'elles sont faites par le maître d'œuvre.

COMMENTAIRE

La présente définition d'une mission de base signifie clairement qu'il n'est pas possible de conclure un tel marché avec seulement une partie de ses éléments de mission. Un marché de maîtrise d'œuvre prévoyant en tranche optionnelle une partie de ces éléments de mission est illégal. Ce sont tous ces éléments ou rien, s'agissant d'un ouvrage de bâtiment. C'est différent s'il s'agit d'un ouvrage d'infrastructure.

ARTICLE R.2431-5

Pour les opérations de réhabilitation de bâtiment, la mission de base comporte les mêmes éléments que ceux visés à l'article R.2431-4, à l'exception des études d'esquisse.

ARTICLE R.2431-6

Lorsque le maître d'ouvrage décide de consulter des opérateurs économiques chargés des travaux ou des fournisseurs de produits industriels dès l'établissement des avant-projets, la mission de base tient compte des éléments de missions spécifiques décrits à la section 4 du présent chapitre pour chacun des marchés publics concernés.

ARTICLE R.2431-7

Lorsqu'en cas de défaillance d'un maître d'œuvre titulaire d'une mission de base, le maître d'ouvrage confie une mission partielle à un autre maître d'œuvre afin de poursuivre l'opération, l'ensemble des éléments de mission, ceux effectués par le titulaire du premier marché public et ceux confiés au nouveau maître d'œuvre, doit respecter le contenu de la mission de base.

SOUS-SECTION 2 : DISPOSITIONS PROPRES AUX OPÉRATIONS DE CONSTRUCTION NEUVE DE BÂTIMENT

ARTICLE R.2431-8

Les études d'esquisse ont pour objet:
1° De proposer une ou plusieurs solutions d'ensemble, traduisant les éléments majeurs du programme, d'en indiquer les délais de réalisation, d'examiner leur compatibilité avec la partie de l'enveloppe financière prévisionnelle retenue par le maître d'ouvrage et affectée aux travaux;
2° De vérifier la faisabilité de l'opération au regard des différentes contraintes du programme et du site.

ARTICLE R.2431-9

Les études d'avant-projet comprennent les études d'avant-projet sommaire définies à l'article R.2431-10 et les études d'avant-projet définitif définies à l'article R.2431-11.
Les études d'avant-projet comprennent également l'établissement des dossiers et les consultations relevant de la compétence de la maîtrise d'œuvre et nécessaires à l'obtention du permis de construire et des autres autorisations administratives, ainsi que l'assistance au maître d'ouvrage au cours de leur instruction.
Pour les ouvrages de construction neuve de logements, les études d'avant-projet sommaire et d'avant-projet définitif peuvent être exécutées en une seule phase d'études.

ARTICLE R.2431-10

Les études d'avant-projet sommaire ont pour objet:
1° De préciser la composition générale en plan et en volume;
2° D'apprécier les volumes intérieurs et l'aspect extérieur de l'ouvrage;
3° De proposer les dispositions techniques pouvant être envisagées;
4° De préciser le calendrier de réalisation et, le cas échéant, le découpage en phases fonctionnelles;
5° D'établir une estimation provisoire du coût prévisionnel des travaux.

ARTICLE R.2431-11

Les études d'avant-projet définitif ont pour objet:
1° De déterminer les surfaces détaillées de tous les éléments du programme;
2° D'arrêter en plans, coupes et façades les dimensions de l'ouvrage, ainsi que son aspect;
3° De définir les principes constructifs, les matériaux et les installations techniques;
4° D'établir l'estimation définitive du coût prévisionnel des travaux, décomposée par corps d'état;
5° De permettre au maître d'ouvrage d'arrêter définitivement le programme;
6° De permettre la fixation du forfait de rémunération dans les conditions prévues par le marché public de maîtrise d'œuvre.

ARTICLE R.2431-12

Les études de projet ont pour objet:
1° De préciser par des plans, coupes et élévations, les formes des différents éléments de la construction, la nature et les caractéristiques des matériaux et les conditions de leur mise en œuvre;
2° De déterminer l'implantation, et l'encombrement de tous les éléments de structure et de tous les équipements techniques;
3° De préciser les tracés des alimentations et évacuations de tous les fluides;
4° D'établir un coût prévisionnel des travaux décomposé par corps d'état, sur la base d'un avant-métré;
5° De permettre au maître d'ouvrage, au regard de cette évaluation, d'arrêter le coût prévisionnel de l'ouvrage et d'estimer les coûts de son exploitation;
6° De déterminer le délai global de réalisation de l'ouvrage.

ARTICLE R.2431-13

L'assistance apportée au maître d'ouvrage pour la passation des marchés publics de travaux sur la base des études qu'il a approuvées a pour objet:
1° De préparer la consultation des opérateurs économiques chargés des travaux, en fonction du mode de passation des marchés publics;
2° De préparer la sélection des candidatures et de les examiner;
3° D'analyser les offres et, le cas échéant, les variantes;
4° De préparer les mises au point permettant la conclusion des marchés publics par le maître d'ouvrage.

ARTICLE R.2431-14

L'avant-projet définitif ou le projet servent de base à la mise en concurrence des opérateurs économiques chargés des travaux par le maître d'ouvrage. Lorsque le maître d'ouvrage retient une offre qui comporte une variante, le maître d'œuvre doit compléter les études du projet pour en assurer la cohérence, notamment en établissant la synthèse des plans et spécifications et, le cas échéant, prendre en compte les dispositions découlant d'un permis de construire modifié.

ARTICLE R.2431-15

Les études d'exécution permettent la réalisation de l'ouvrage. Elles ont pour objet, pour l'ensemble de l'ouvrage ou pour les seuls marchés publics concernés:
1° D'établir tous les plans d'exécution et spécifications à l'usage du chantier ainsi que les plans de synthèse correspondants;
2° D'établir sur la base des plans d'exécution un devis quantitatif détaillé par marché public;
3° D'établir le calendrier prévisionnel d'exécution des travaux par marché public;
4° D'effectuer la mise en cohérence technique des documents fournis par les opérateurs économiques chargés des travaux lorsque les documents pour l'exécution des ouvrages sont établis pour partie par la maîtrise d'œuvre et pour partie par ces opérateurs.
Lorsque les études d'exécution sont, partiellement ou intégralement, réalisées par les opérateurs économiques chargés des travaux, le maître d'œuvre s'assure que les documents qu'ils ont établis respectent les dispositions du projet et, dans ce cas, leur délivre son visa.

ARTICLE R.2431-16

La direction de l'exécution des marchés publics de travaux a pour objet:
1° De s'assurer que les documents d'exécution ainsi que les ouvrages en cours de réalisation respectent les dispositions des études effectuées;

2° De s'assurer que les documents qui doivent être produits par les opérateurs économiques chargés des travaux, ainsi que l'exécution des travaux sont conformes aux clauses de leur marché public;
3° De délivrer tous ordres de service, d'établir tous procès-verbaux nécessaires à l'exécution du marché public de travaux, de procéder aux constats contradictoires et d'organiser et de diriger les réunions de chantier;
4° De vérifier les projets de décomptes mensuels ou les demandes d'avances présentés par les opérateurs économiques chargés des travaux, d'établir les états d'acomptes, de vérifier le projet de décompte final et d'établir le décompte général;
5° D'assister le maître d'ouvrage en cas de différend sur le règlement ou l'exécution des travaux.

JURISPRUDENCE

● **Le titulaire d'un marché public peut se prévaloir d'un décompte général et définitif tacite, sans avoir à recourir à la procédure de réclamation prévue par le CCAG Travaux.**
CE, 7 juin 2024, n°490468

ARTICLE R.2431-17

L'ordonnancement, la coordination et le pilotage du chantier ont respectivement pour objet:
1° D'analyser les tâches élémentaires portant sur les études d'exécution et les travaux, de déterminer leurs enchaînements ainsi que leur chemin critique par des documents graphiques;
2° D'harmoniser dans le temps et dans l'espace les actions des différents intervenants au stade des travaux;
3° Au stade des travaux et jusqu'à la levée des réserves dans les délais impartis dans les marchés publics de travaux, de mettre en application les diverses mesures d'organisation arrêtées au titre de l'ordonnancement et de la coordination.

COMMENTAIRE

La mission OPC ne fait pas partie de la mission de base. Elle peut être commandée de manière distincte du marché de maîtrise d'œuvre, à un autre prestataire.

ARTICLE R.2431-18

L'assistance apportée au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement a pour objet:
1° D'organiser les opérations préalables à la réception des travaux;
2° D'assurer le suivi des réserves formulées lors de la réception des travaux jusqu'à leur levée;
3° De procéder à l'examen des désordres signalés par le maître d'ouvrage;
4° De constituer le dossier des ouvrages exécutés nécessaires à leur exploitation.

JURISPRUDENCES

● **Une commune a réceptionné des travaux en émettant des réserves, qu'elle a levées une semaine plus tard. Les magistrats en déduisent que la commune «est ainsi réputée avoir renoncé à demander réparation des désordres apparents causés à l'ouvrage». Elle ne peut donc pas engager la responsabilité des entreprises pour des désordres liés à la pose de sols souples. Et ce, d'autant plus, que lors de l'établissement du décompte général définitif, la commune n'a, une nouvelle fois, émis aucune réserve.**
CAA Douai, 21 décembre 2021, n°19DA01607

● **Un maître d'ouvrage a émis des réserves lors de la réception de travaux. En conséquence, il n'est pas fondé à réclamer une indemnisation au titre de la garantie décennale, puisque la réception était prononcée avec réserves. Les rapports contractuels entre les parties, perduraient. Et le fait que le maître d'œuvre a également émis des réserves, l'exonère d'une éventuelle responsabilité.**
CAA Lyon, 17 décembre 2021, n°19LY00451

● **La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage, avec ou sans réserve, et prend possession de cet ouvrage. Le juge du contrat peut prononcer la réception de l'ouvrage en cas de refus du maître de l'ouvrage d'y procéder. Il fixe alors la date de l'achèvement des travaux.**
CAA Nancy, 16 novembre 2021, n°19NC03251

Sous-section 3 : Dispositions propres aux opérations de réhabilitation de bâtiment

ARTICLE R.2431-19

Les études de diagnostic qui permettent de renseigner le maître d'ouvrage sur l'état du bâtiment et sur la faisabilité de l'opération ont pour objet:
1° D'établir un état des lieux;
2° De fournir une analyse fonctionnelle, urbanistique, architecturale et technique du bâti existant;
3° De permettre d'établir un programme fonctionnel d'utilisation du bâtiment ainsi qu'une estimation financière et d'en déduire la faisabilité de l'opération.
Le maître d'œuvre préconise, éventuellement, des études complémentaires d'investigation des existants.

COMMENTAIRE

La mission DIAG ne fait pas partie de la mission de base. Elle peut être commandée de manière distincte du marché de maîtrise d'œuvre, à un autre prestataire.

ARTICLE R.2431-20

Les études d'avant-projet comprennent des études d'avant-projet sommaire définies à l'article R.2431-21 et des études d'avant-projet définitif définies à l'article R.2431-22.
Les études d'avant-projet comprennent également l'établissement des dossiers et les consultations relevant de la compétence de la maîtrise d'œuvre et, le cas échéant, nécessaires à l'obtention du permis de construire et des autres autorisations administratives, ainsi que l'assistance au maître d'ouvrage au cours de leur instruction.

ARTICLE R.2431-21

Les études d'avant-projet sommaire ont pour objet:
1° De proposer une ou plusieurs solutions d'ensemble traduisant les éléments majeurs du programme fonctionnel et d'en présenter les dispositions générales techniques envisagées;
2° D'indiquer des durées prévisionnelles de réalisation;
3° D'établir une estimation provisoire du coût prévisionnel des travaux des différentes solutions étudiées.

ARTICLE R.2431-22

Les études d'avant-projet définitif ont pour objet:
1° D'arrêter en plans, coupes et façades, les dimensions de l'ouvrage ainsi que son aspect;
2° De définir les matériaux;
3° De permettre au maître d'ouvrage d'arrêter définitivement le programme et certains

choix d'équipements en fonction des coûts d'investissement, d'exploitation et de maintenance;
4° D'établir l'estimation définitive du coût prévisionnel des travaux, décomposée par corps d'état;
5° De permettre la fixation du forfait de rémunération dans les conditions prévues par le marché public de maîtrise d'œuvre.

ARTICLE R.2431-23
Les dispositions des articles R.2431-12 à R.2431-18 sont applicables aux opérations de réhabilitation d'ouvrages de bâtiment.

SECTION 3 : ÉLÉMENTS DE MISSION DE MAÎTRISE D'ŒUVRE PRIVÉE PORTANT SUR LES OUVRAGES D'INFRASTRUCTURE

ARTICLE R.2431-24
Les études préliminaires, dans le cas d'une opération de construction neuve, constituent la première étape de la réponse de la maîtrise d'œuvre aux objectifs, besoins, contraintes et exigences du programme.
Ces études permettent au maître d'ouvrage d'arrêter le parti d'ensemble de l'ouvrage et ont pour objet:
1° De préciser les contraintes physiques, économiques et environnementales conditionnant le projet;
2° De présenter une ou plusieurs solutions techniques, architecturales, d'implantation et d'insertion dans le paysage pour les ouvrages concernés ainsi qu'une comparaison des différents éléments composant ces solutions, assorties de délais de réalisation et d'examiner leur compatibilité avec la partie affectée aux travaux de l'enveloppe financière prévisionnelle retenue par le maître d'ouvrage;
3° De vérifier la faisabilité de l'opération.

COMMENTAIRE

S'agissant des ouvrages d'infrastructure, il n'y a pas de mission de base obligatoire. Les marchés de maîtrise d'œuvre peuvent renvoyer à tout ou partie des éléments de mission, en fonction des besoins liés à l'opération concernée.

ARTICLE R.2431-25
Les études de diagnostic, dans le cas d'une opération de réhabilitation, permettent de renseigner le maître d'ouvrage sur l'état de l'ouvrage et sur la faisabilité de l'opération et ont pour objet:
1° D'établir un état des lieux;
2° De procéder à une analyse technique sur la résistance de la structure et sur les équipements techniques;
3° De permettre d'établir un programme fonctionnel d'utilisation de l'ouvrage;
4° De proposer, éventuellement, des méthodes de réparation ou de confortement assorties de délais de réalisation et de mise en œuvre.
Le maître d'œuvre préconise, éventuellement, des études complémentaires d'investigation des existants.

ARTICLE R.2431-26
Les études d'avant-projet ont pour objet:
1° De confirmer, compte tenu des études et reconnaissances complémentaires, la faisabilité de la solution retenue et d'en déterminer ses principales caractéristiques;
2° De proposer une implantation topographique des principaux ouvrages;
3° De proposer, le cas échéant, une décomposition en phases de réalisation et de préciser la durée de cette réalisation;
4° De permettre au maître d'ouvrage de prendre ou de confirmer la décision de réaliser le projet, d'en arrêter définitivement le programme et d'en déterminer les moyens nécessaires, notamment financiers;
5° D'établir l'estimation du coût prévisionnel des travaux, en distinguant les dépenses par partie d'ouvrage et nature de travaux et en indiquant l'incertitude qui y est attachée compte tenu des bases d'estimation utilisées;
6° De permettre la fixation du forfait de rémunération dans les conditions prévues par le marché public de maîtrise d'œuvre;
7° De permettre l'établissement des dossiers à déposer, le cas échéant, en vue de l'obtention du permis de construire et autres autorisations administratives nécessaires relevant de la compétence de la maîtrise d'œuvre, ainsi que l'assistance au maître d'ouvrage au cours de leur instruction.

ARTICLE R.2431-27
Les études de projet ont pour objet:
1° De préciser la solution d'ensemble et les choix techniques, architecturaux et paysagers;
2° De fixer les caractéristiques et dimensions des différents ouvrages de la solution d'ensemble, ainsi que leur implantation topographique;
3° De préciser les tracés des alimentations et évacuations de tous les fluides ainsi que des réseaux souterrains existants;
4° De préciser les dispositions générales et les spécifications techniques des équipements répondant aux besoins de l'exploitation;
5° D'établir un coût prévisionnel des travaux décomposés en éléments techniquement homogènes;
6° De permettre au maître d'ouvrage d'arrêter le coût prévisionnel de la solution d'ensemble et, le cas échéant, de chaque phase de réalisation, d'évaluer les coûts d'exploitation et de maintenance, de fixer l'échéancier d'exécution et de scinder, le cas échéant, l'opération en lots.

ARTICLE R.2431-28
L'assistance apportée au maître d'ouvrage pour la passation des marchés publics de travaux a pour objet:
1° De préparer la consultation des opérateurs économiques chargés des travaux, en fonction du mode de passation des marchés publics;
2° De préparer la sélection des candidatures et de les examiner;
3° D'analyser les offres et, le cas échéant, les variantes;
4° De préparer les mises au point permettant la conclusion des marchés publics par le maître d'ouvrage.

ARTICLE R.2431-29
L'avant-projet ou le projet servent de base à la mise en concurrence des opérateurs économiques chargés des travaux par le maître d'ouvrage.
Lorsque le maître d'ouvrage retient une offre qui comporte une variante, le maître d'œuvre doit compléter les études du projet pour en assurer la cohérence, notamment en établissant la synthèse des plans et spécifications et, le cas échéant, prendre en compte les dispositions découlant d'un permis de construire modifié.

ARTICLE R.2431-30
Les études d'exécution permettent la réalisation de l'ouvrage. Elles ont pour objet, pour l'ensemble de l'ouvrage ou pour les seuls marchés publics concernés:
1° D'élaborer les schémas fonctionnels, les

notes techniques et de calcul qui précèdent et commandent celles des plans d'exécution;
2° D'établir tous les plans d'exécution, repérages et spécifications à l'usage du chantier ainsi que les plans de synthèse correspondants;
3° D'établir, sur la base des plans d'exécution, un devis quantitatif détaillé de chacun des marchés publics;
4° D'établir le calendrier prévisionnel d'exécution des travaux de chacun des marchés publics;
5° D'effectuer la mise en cohérence technique des documents fournis par les opérateurs économiques chargés des travaux lorsque les documents pour l'exécution des ouvrages sont établis pour partie par la maîtrise d'œuvre, et pour partie par ces opérateurs.
Lorsque les études d'exécution sont, partiellement ou intégralement, réalisées par les opérateurs économiques chargés des travaux, le maître d'œuvre s'assure que les documents qu'ils ont établis respectent les dispositions du projet et, dans ce cas, leur délivre son visa.

ARTICLE R.2431-31

Les dispositions des articles R.2431-16 à R.2431-18 sont applicables aux ouvrages d'infrastructure.

SECTION 4 : ÉLÉMENTS DE MISSION DE MAÎTRISE D'ŒUVRE PRIVÉE SPÉCIFIQUES

ARTICLE R.2431-32

Lorsque les méthodes ou techniques de réalisation ou les produits industriels à mettre en œuvre impliquent l'intervention, dès l'établissement des avant-projets, de l'opérateur économique chargé des travaux ou du fournisseur de produits industriels, le maître d'ouvrage peut décider de les consulter de façon anticipée pour un ou plusieurs marchés publics de technicité particulière.
Cette consultation intervient soit à l'issue des études d'avant-projet sommaire ou d'avant-projet définitif pour les ouvrages neufs de bâtiment et pour les opérations de réhabilitation de bâtiment et d'infrastructure, soit à l'issue des études préliminaires pour les ouvrages neufs d'infrastructure.
L'opérateur économique chargé des travaux ou le fournisseur de produits industriels retenu après consultation établit et remet au maître d'œuvre les documents graphiques et écrits définissant les solutions techniques qu'il propose.

ARTICLE R.2431-33

Les éléments de mission d'avant-projet et de projet pour les marchés publics concernés sont remplacés ou complétés en tant que de besoin par les éléments de mission spécifiques mentionnés aux articles R.2431-34 et R.2431-35.

ARTICLE R.2431-34

Les études spécifiques d'avant-projet ont pour objet:
1° D'apprécier les conséquences de la solution technique étudiée par l'opérateur économique chargé des travaux ou le fournisseur de produits industriels en s'assurant qu'elle est compatible avec les contraintes du programme et qu'elle est assortie de toutes les justifications et avis techniques nécessaires;
2° De retenir la solution technique, le cas échéant de la faire adapter, ou d'en proposer le rejet au maître d'ouvrage;
3° De permettre la fixation de la rémunération définitive du maître d'œuvre en tenant compte des éléments de missions spécifiques qui lui sont confiés;
4° De permettre au maître d'ouvrage d'arrêter avec l'opérateur économique chargé des travaux ou le fournisseur de produits industriels les conditions d'exécution de son marché public.

ARTICLE R.2431-35

Les études spécifiques de projet ont pour objet:
1° De définir de façon détaillée les prescriptions architecturales et techniques à partir des études de l'opérateur économique chargé des travaux ou du fournisseur de produits industriels;
2° De permettre au maître d'ouvrage d'évaluer les coûts d'exploitation et de maintenance;
3° De préciser la période de réalisation des marchés publics concernés.

SECTION 5 : ÉLÉMENTS DE MISSION DE MAÎTRISE D'ŒUVRE PRIVÉE PORTANT SUR DES OUVRAGES RÉALISÉS À TITRE DE RECHERCHE, D'ESSAIS OU D'EXPÉRIMENTATION

ARTICLE R.2431-36

Lorsque, dans le cadre d'un programme de recherche bénéficiant d'une aide financière publique, des ouvrages sont réalisés à titre de recherche, d'essais ou d'expérimentation, l'ensemble des dispositions du présent chapitre est applicable à l'exclusion des articles R.2431-4 à R.2431-7 relatifs à la mission de base pour les ouvrages de bâtiment.
Le contenu de chacun des éléments de mission décrits au présent chapitre peut comporter des adaptations en fonction de l'objet précis de la recherche, des essais ou de l'expérimentation auquel doit répondre la réalisation de l'ouvrage.

SECTION 6 : DISPOSITIONS DIVERSES

ARTICLE R.2431-37

Un arrêté conjoint des ministres chargés de l'équipement et de l'industrie, annexé au présent code, précise les modalités techniques d'exécution des éléments de mission de maîtrise d'œuvre.

Chapitre II : Marché public de maîtrise d'œuvre privée

ARTICLE L.2432-1

Le marché public de maîtrise d'œuvre privée prévoit une rémunération forfaitaire du titulaire qui tient compte de l'étendue de la mission, de son degré de complexité et du coût prévisionnel des travaux.
Les modalités de fixation de la rémunération du maître d'œuvre ainsi que les conséquences de la méconnaissance par celui-ci des engagements souscrits sur un coût prévisionnel des travaux, en distinguant selon le maître d'ouvrage, la nature de l'opération et l'ouvrage concerné, sont précisées par voie réglementaire.

ARTICLE L.2432-2

En cas de modification du programme ou de prestations décidées par le maître d'ouvrage, le marché public de maîtrise d'œuvre fait l'objet d'une modification conventionnelle conformément aux dispositions du chapitre IV du titre IX du livre Ier.
Cette modification arrête le programme modifié et le coût prévisionnel des travaux, et adapte en conséquence la rémunération du maître d'œuvre et les modalités de son engagement sur ce coût prévisionnel.

SECTION I : DISPOSITIONS GÉNÉRALES

ARTICLE R.2432-1

Le maître d'ouvrage décide, au plus tard avant le commencement des études de projet, d'allotir ou non l'opération et précise son incidence sur le marché public de maîtrise d'œuvre.

SECTION 2 : ENGAGEMENTS DU MAÎTRE D'ŒUVRE PRIVÉ

ARTICLE R.2432-2

Le marché public de maîtrise d'œuvre précise, d'une part, les modalités selon lesquelles est arrêté le coût prévisionnel des travaux assorti d'un seuil de tolérance, sur lesquels s'engage le maître d'œuvre et, d'autre part, les conséquences, pour celui-ci, des engagements souscrits.

ARTICLE R.2432-3

Lorsque la mission confiée au maître d'œuvre comporte l'assistance au maître d'ouvrage pour la passation des marchés publics de travaux, le marché public de maîtrise d'œuvre prévoit l'engagement de son titulaire de respecter le coût prévisionnel des travaux arrêté au plus tard avant le lancement de la procédure de passation des marchés publics de travaux. Le respect de cet engagement est contrôlé à l'issue de la consultation des opérateurs économiques chargés des travaux.

En cas de dépassement du seuil de tolérance ne résultant pas de circonstances que le maître d'œuvre ne pouvait prévoir, le maître d'ouvrage peut demander au maître d'œuvre d'adapter ses études, sans rémunération supplémentaire.

COMMENTAIRE

Par décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022 (art. 3), le dernier alinéa ci-dessus a été complété, afin d'exclure l'exigence d'une reprise des études par le maître d'œuvre, sans rémunération supplémentaire, en cas de dépassement du seuil de tolérance, si cela découle d'une « circonstance que le maître d'œuvre ne pouvait pas prévoir ». Il est évident que des circonstances imprévisibles, telles que les hausses de coûts des matières premières liées au conflit armé en Ukraine, ne peuvent justifier une absence de rémunération d'un nouveau travail réalisé par le maître d'œuvre (comme le passage en « option » de certaines exigences techniques initialement prévues). Il conviendrait surtout que les acheteurs publics prévoyant de tels seuils de tolérance, veillent à les faire respecter et exigent de leur maître d'œuvre de revoir les clauses de leurs projets de marché. En pratique, cela n'est pas souvent mis en œuvre.

ARTICLE R.2432-4

Lorsque la mission confiée au maître d'œuvre comporte, outre l'assistance au maître d'ouvrage pour la passation des marchés publics de travaux, la direction de l'exécution des marchés publics de travaux et l'assistance au maître d'ouvrage lors des opérations de réception, le marché public de maîtrise d'œuvre prévoit un engagement de son titulaire de respecter le coût, assorti d'un nouveau seuil de tolérance, qui résulte des marchés publics de travaux passés par le maître d'ouvrage.

Le respect de cet engagement est contrôlé après exécution complète des travaux nécessaires à la réalisation de l'ouvrage en tenant compte du coût total définitif des travaux résultant des décomptes finaux et factures des opérateurs économiques chargés des travaux. Pour contrôler le respect de l'engagement du maître d'œuvre, le marché public de maîtrise d'œuvre prévoit les modalités de prise en compte des variations des conditions économiques.

En cas de dépassement excédant le seuil de tolérance fixé par le marché public de maîtrise d'œuvre, la rémunération du maître d'œuvre est réduite. Le marché public de maîtrise d'œuvre détermine les modalités de calcul de cette réduction qui ne peut excéder 15% de la rémunération du maître d'œuvre correspondant aux éléments de missions postérieurs à l'attribution des marchés publics de travaux.

COMMENTAIRE

Jusqu'à la modification intervenue par le décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022 (art. 3), la réduction de la rémunération du maître d'œuvre pouvait reposer sur un « dépassement excédant le seuil de tolérance fixé par le marché public de maîtrise d'œuvre ». Désormais, seuls les manquements du maître d'œuvre dans sa mission DET (direction de l'exécution des travaux) et AOR (assistance aux opérations de réception), peuvent permettre de réduire la rémunération du maître d'œuvre. En cas de non-respect du seuil de tolérance, le maître d'ouvrage devra désormais apporter la preuve d'un manquement du maître d'œuvre à ses obligations (notamment de contrôle et gestion du chantier), pour appliquer le cas échéant une diminution de ses honoraires.

ARTICLE R.2432-5

Le marché public de maîtrise d'œuvre peut ne pas prévoir les engagements mentionnés aux articles R.2432-3 et R.2432-4, s'il est établi que certaines des données techniques nécessaires à la souscription de tels engagements ne pourront être connues au moment où ces engagements devraient être pris.

SECTION 3 : RÉMUNÉRATION DU MAÎTRE D'ŒUVRE PRIVÉ

ARTICLE R.2432-6

La rémunération forfaitaire du maître d'œuvre décomposée par éléments de mission tient compte des éléments suivants :

1° L'étendue de la mission, appréciée notamment au regard du nombre et du volume des prestations demandées, de l'ampleur des moyens à mettre en œuvre, de l'éventuel allotissement des marchés publics de travaux, des délais impartis et, lorsqu'ils sont souscrits, des engagements pris par le maître d'œuvre de respecter le coût prévisionnel des travaux ;

2° Le degré de complexité de cette mission, apprécié notamment au regard du type et de la technicité de l'ouvrage, de son insertion dans l'environnement, des exigences et contraintes du programme ;

3° Le coût prévisionnel des travaux basé soit sur l'estimation prévisionnelle provisoire des travaux établie par le maître d'œuvre lors des études d'avant-projet sommaire, soit sur l'estimation prévisionnelle définitive des travaux établie lors des études d'avant-projet définitif.

ARTICLE R.2432-7

Dans le cas où le coût prévisionnel des travaux n'est pas encore connu au moment de la passation du marché public de maîtrise d'œuvre, le montant provisoire de la rémunération de ce dernier est basé sur la partie affectée aux travaux de l'enveloppe financière prévisionnelle fixée par le maître d'ouvrage. Son montant définitif est fixé conformément aux dispositions de la section 2 du présent chapitre et en application de l'article R.2194-1.

LIVRE V : AUTRES MARCHÉS PUBLICS

ARTICLE L.2500-1

Sans préjudice de dispositions législatives spéciales, les catégories de marchés publics mentionnés au titre Ier sont soumises aux règles particulières définies au titre II.

ARTICLE L.2500-2

Les marchés publics mentionnés au présent livre conclus par un acheteur mentionné au chapitre Ier du livre IV relatif à la maîtrise d'ouvrage publique et ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage défini au chapitre II de ce même livre, sont soumis aux dispositions de celui-ci.

TITRE IER : CHAMP D'APPLICATION

Chapitre Ier : Relations internes au secteur public

SECTION 1 : QUASI-RÉGIE

COMMENTAIRE

Il s'agit de la terminologie française des prestations souvent qualifiée de « in house ». La jurisprudence relative à ces contrats est d'origine européenne : CJCE 18 novembre 1999, aff. C-107/98 ; CJCE 11 janvier 2005, aff. C-26/03 ; CJCE 21 juill. 2005, aff. C-231/03 ; CJCE 13 octobre 2005, aff. C-458/03 ; CJCE 10 novembre 2005, aff. C-29/04 ; CJCE 11 mai 2006, aff. C-340/04 ; CJCE 6 avril 2006, aff. C-410/04 ; CJCE 19 avril 2007, aff. C-295/05 ; CJCE 17 juill. 2008, aff. C-371/05 ; CJCE 13 novembre 2008, aff. C-324/07 ; CJCE 6 juin 2009, aff. C-480/06 ; CJUE 8 décembre 2016, aff. C-553/15. Au niveau national, cf. : CE 29 avril 1970, req. n° 77935 ; CE 27 juill. 2001, req. n° 218067 ; CE, Ass, 5 mars 2003, req. n° 233372 ; CE, 9 juill. 2003, req. n° 239879 ; CE, Sect., 6 avril 2007, req. n° 284736 ; etc.

JURISPRUDENCES

● Ne relève pas des directives marchés publics, un contrat dans lequel le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services à l'égard du cocontractant. En cas de recours à une entité détenue en commun par plusieurs autorités publiques, le contrôle analogue peut être exercé conjointement par celles-ci (prise de décision, objectifs stratégiques communs). Une quasi-régie peut exister lors de la création de l'entité et ne plus être présente par la suite.
CJUE, 12 mai 2022, aff. C-719/20

● Un pouvoir adjudicateur n'exerce pas sur une personne morale un contrôle analogue conjoint avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, au seul motif que siège au conseil d'administration de cette personne morale le représentant d'un autre pouvoir adjudicateur, qui fait également partie du conseil d'administration du premier pouvoir adjudicateur.
CJUE, 22 décembre 2022, aff. C-383/21 et C-384/21

ARTICLE L.2511-1

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, avec une personne morale de droit public ou de droit privé lorsque les conditions suivantes sont réunies :
1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;
2° La personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées soit par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, soit par d'autres personnes morales que celui-ci contrôle, soit par ce pouvoir adjudicateur et d'autres personnes morales que celui-ci contrôle ;
3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.
Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.

ARTICLE L.2511-2

Sont également soumis aux règles définies au titre II les marchés publics conclus par une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, avec :
1° Soit le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, y compris lorsque ce contrôle est exercé conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs dans les conditions fixées à l'article L.2511-3 ;
2° Soit une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale à laquelle est attribué le marché public ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

ARTICLE L.2511-3

Sont également soumis aux règles définies au titre II les marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, qui n'exerce pas sur une personne morale un contrôle dans les conditions prévues à l'article L.2511-1, lorsque les conditions suivantes sont réunies :
1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services ;
2° La personne morale réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs ;
3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

ARTICLE L.2511-4

Les pouvoirs adjudicateurs sont réputés exercer un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque les conditions suivantes sont réunies:
1° Les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux;
2° Ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée;
3° La personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

ARTICLE L.2511-5

Le pourcentage d'activités mentionné à la présente section est déterminé en prenant en compte le chiffre d'affaires total moyen ou tout autre paramètre approprié fondé sur les activités, tel que les coûts supportés, au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du marché public.
Lorsque ces éléments ne sont pas disponibles ou ne sont plus pertinents, le pourcentage d'activités est déterminé sur la base d'une estimation réaliste.

SECTION 2: COOPÉRATION ENTRE POUVOIRS ADJUDICATEURS

ARTICLE L.2511-6

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics par lesquels les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, établissent ou mettent en œuvre une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, lorsque les conditions suivantes sont réunies:
1° La mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général;
2° Les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20% des activités concernées par cette coopération. Ce pourcentage d'activités est déterminé dans les conditions fixées à l'article L.2511-5.

JURISPRUDENCE

● **La création d'une structure commune entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur privé, ne doit pas masquer, en réalité, l'attribution à un partenaire privé de contrats pouvant relever des marchés publics ou concessions. Et l'existence de cette structure commune n'exonère pas la mise en place de procédures concurrentielles, pour attribuer un marché public à l'opérateur privé ou à cette entité commune.** *CJUE, 1er août 2022, C-332/20*

SECTION 3: MARCHÉS PUBLICS ATTRIBUÉS PAR UNE ENTITÉ ADJUDICATRICE À UNE ENTREPRISE LIÉE

ARTICLE L.2511-7

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics qui, d'une part, sont conclus par une entité adjudicatrice avec une entreprise liée ou par un organisme exclusivement constitué par plusieurs entités adjudicatrices en vue de réaliser une ou plusieurs activités d'opérateur de réseaux avec une entreprise liée à l'une de ces entités adjudicatrices et, d'autre part, présentent les caractéristiques suivantes:
1° Les marchés publics de services lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80% de son chiffre d'affaires moyen en matière de services avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée;
2° Les marchés publics de fournitures lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80% de son chiffre d'affaires moyen en matière de fournitures avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée;
3° Les marchés publics de travaux lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80% de son chiffre d'affaires moyen en matière de travaux avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée.
Lorsque l'entreprise liée a été créée ou a commencé à exercer son activité moins de trois ans avant l'année de passation du marché public, elle peut se borner à démontrer, notamment par des projections d'activités, que la réalisation de son chiffre d'affaires dans les conditions prévues aux 1°, 2° et 3° ci-dessus est vraisemblable. Lorsque des services, des fournitures ou des travaux, identiques ou comparables, sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, le pourcentage de 80% mentionné ci-dessus est apprécié en tenant compte de la totalité des services, des fournitures ou des travaux fournis par ces entreprises.

ARTICLE L.2511-8

Sont des entreprises liées à une entité adjudicatrice:
1° Les entreprises dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice;
2° Les entreprises qui sont susceptibles d'être, directement ou indirectement, soumises à l'influence dominante de l'entité adjudicatrice au sens du deuxième alinéa de l'article L.1212-2;
3° Les entreprises qui sont susceptibles d'exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice au même sens;
4° Les entreprises qui sont soumises à l'influence dominante d'une entreprise exerçant elle-même une telle influence dominante sur l'entité adjudicatrice au même sens.

SECTION 4: MARCHÉS PUBLICS ATTRIBUÉS PAR UNE ENTITÉ ADJUDICATRICE À UNE COENTREPRISE

ARTICLE L.2511-9

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics conclus par un organisme constitué exclusivement par des entités adjudicatrices pour exercer une ou plusieurs des activités d'opérateur de réseaux avec l'une de ces entités adjudicatrices ainsi que les marchés publics conclus par une entité adjudicatrice avec un tel organisme lorsque les conditions suivantes sont réunies:
1° L'organisme a été constitué pour exercer son activité pendant une période d'au moins trois ans;
2° Aux termes des statuts de cet organisme, les entités adjudicatrices qui l'ont constitué en sont membres au moins pendant la période mentionnée au 1°.

Chapitre II : Marchés publics conclus par un acheteur

SECTION 1 : MARCHÉS PUBLICS CONCLUS EN APPLICATION DE RÈGLES INTERNATIONALES

ARTICLES L.2512-1 À L.2512-2

Non reproduits.

SECTION 2 : MARCHÉS PUBLICS LIÉS À LA SÉCURITÉ OU À LA PROTECTION D'INTÉRÊTS ESSENTIELS DE L'ÉTAT

ARTICLE L.2512-3

Non reproduit

SECTION 3 : AUTRES MARCHÉS

ARTICLE L.2512-4

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics de services conclus avec un acheteur soumis à la présente partie lorsque celui-ci bénéficie, en vertu d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

ARTICLE L.2512-5

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics suivants :
1° Les services d'acquisition ou de location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ;
2° Les services relatifs à la recherche et développement pour lesquels l'acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation.
La recherche et développement regroupent l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques et à l'exception de la réalisation et de la qualification de prototypes de préproduction, de l'outillage et de l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication. Les démonstrateurs technologiques sont les dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif ;
3° Les services relatifs à l'arbitrage et aux autres modes alternatifs de règlement des litiges ;
4° Les services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro ;
5° Les services financiers liés à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers définis à l'article L.211-1 du Code monétaire et financier, à des services fournis par des banques centrales ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le Mécanisme européen de stabilité ;
6° Les contrats d'emprunt, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers mentionnés au 5° ;
7° Lorsqu'ils sont conclus avec une organisation ou une association à but non lucratif :
a) Les marchés publics de services d'incendie et de secours ;
b) Les marchés publics de services de protection civile ;
c) Les marchés publics de services de sécurité nucléaire ;
d) Les marchés publics de services ambulanciers, à l'exception de ceux ayant pour objet exclusif le transport de patients ;
8° Les services juridiques suivants :
a) Les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires ;
b) Les services fournis par des administrateurs, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction ;
c) Les services liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique ;
d) 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 ;
e) Les services de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation de toute procédure mentionnée au d du présent 8° 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.

COMMENTAIRE

Cet article a été modifié par la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 (art. 140), dite loi « Asap », afin d'étendre l'exonération des services juridiques. Les pouvoirs publics, hostiles à une telle possibilité offerte par le droit européen, avaient dans la version initiale du Code considéré volontairement que ces prestations de services ne devaient pas bénéficier d'un régime juridique plus souple. Après avoir défendu ce point de vue avec force, cette « surtransposition » a été finalement très rapidement abandonnée.

JURISPRUDENCES

● S'agissant des services ambulanciers : l'article 10-h de la directive européenne 2014-24 signifie que sont visés, la prise en charge de patients en situation d'urgence dans un véhicule de secours par un secouriste / ambulancier, ainsi que le transport en ambulance qualifié, sous réserve qu'il existe un risque de dégradation de l'état de santé du patient transporté. Mais ne sont pas des « organisations ou associations à but non lucratif », les associations d'utilité publique reconnues par le droit national comme des organisations de protection et de défense civiles. Il en est de même pour les associations remplissant des missions sociales, dépourvues de finalité commerciale et réinvestissant leurs bénéfices en vue d'atteindre des objectifs statutaires.
CJUE, 21 mars 2019, aff. C-465/17

● Les services d'arbitrage et de conciliation, visés à l'article 10-c de la directive européenne 2014-24, ne sont pas comparables aux autres services inclus dans le champ de cette directive, et donc, le législateur de l'Union a pu, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, écarter les services visés à cet article 10 du champ de celle-ci.
CJUE, 6 juin 2019, req. n° C-264/18

Chapitre III : Marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur

ARTICLE L.2513-1

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics de services conclus par un pouvoir adjudicateur qui :
1° Soit sont relatifs aux temps de diffusion ou à la fourniture de programmes lorsqu'ils sont attribués à des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou à des organismes de radiodiffusion ;

2° Soit ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion et qui sont attribués par des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou radiophonique.
La notion de programme inclut le matériel pour programme à l'exclusion du matériel technique.

ARTICLE L.2513-2

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communications électroniques.

ARTICLE L.2513-3

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur qui fournit des services postaux au sens du 5° de l'article L.1212-3 et relatifs:
1° Aux services de courrier électronique assurés entièrement par voie électronique, notamment la transmission sécurisée de documents codés par voie électronique, les services de gestion des adresses et la transmission de courrier électronique recommandé;
2° Aux services bancaires et d'investissement et les services d'assurance;
3° Aux services de philatélie;
4° Aux services logistiques associant la remise physique des colis ou leur dépôt à des fonctions autres que postales, tels que les services d'envois express.

JURISPRUDENCES

● **Dans le cadre d'une consultation liée à un marché d'assurance, le candidat peut émettre des réserves, si elles ne modifient pas les garanties et restent en adéquation avec les attendus. En l'espèce, le candidat non retenu avait émis une réserve géographique : il ne couvrira pas le Canada et les Etats-Unis. La Cour estime que cette réserve ne change rien aux garanties car l'établissement public n'exerce pas dans ces pays. L'offre n'est donc pas irrecevable. Et les variantes étant autorisées, l'acheteur pouvait retenir une offre sur la base de sa variante.**
CAA Marseille, 13 décembre 2021, n°17MA04927

● **Lorsqu'un assureur applique l'article L.113-12 du code des assurances pour résilier unilatéralement un marché public d'assurance, la personne publique contractante peut imposer la poursuite du marché pendant la durée nécessaire à la passation d'un nouveau marché.**
CE, 12 juillet 2023, n°469319

● **Un pouvoir adjudicateur peut s'opposer à la résiliation unilatérale d'un marché public d'assurance pour un motif d'intérêt général et imposer la poursuite de son exécution le temps nécessaire à la passation d'un nouveau marché.**
CE, 4 avril 2024, n°491068

ARTICLE L.2513-4

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics conclus ou organisés par un pouvoir adjudicateur exerçant une ou plusieurs des activités mentionnées au 2° de l'article L.1212-3 et qui sont relatifs aux activités d'exploration d'une aire géographique dans un but de prospection de pétrole ou de gaz.

ARTICLE L.2513-5

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur pour l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux qui sont soumis aux articles L.2514-1 à L.2514-4 ou le deviennent en application de l'article L.2514-5.

Chapitre IV : Marchés publics conclus par une entité adjudicatrice

ARTICLE L.2514-1

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics conclus par une entité adjudicatrice pour l'achat d'eau, lorsque cette entité exerce l'une des activités relatives à l'eau potable mentionnées au 1° de l'article L.1212-3.

ARTICLE L.2514-2

Sont soumis aux mêmes règles, les marchés publics conclus par une entité adjudicatrice pour l'achat d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie, lorsque cette entité exerce l'une des activités dans le secteur de l'énergie mentionnées aux a et b du 1° et au 2° de l'article L.1212-3.

ARTICLE L.2514-3

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics conclus par une entité adjudicatrice pour la revente ou la location à des tiers, lorsque cette entité ne bénéficie d'aucun droit spécial ou exclusif pour vendre ou louer l'objet de ces marchés publics et que d'autres entités peuvent librement le vendre ou le louer dans les mêmes conditions que l'entité adjudicatrice.
Toutefois, le présent article ne s'applique pas lorsque ces marchés publics sont passés par les centrales d'achat.
Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, à sa demande, les catégories de produits et d'activités qu'elles considèrent comme relevant du présent livre en vertu du présent article.

ARTICLE L.2514-4

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics de services conclus par une entité adjudicatrice qui sont relatifs aux temps de diffusion ou à la fourniture de programmes lorsqu'ils sont attribués à des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou à des organismes de radiodiffusion.
La notion de programme inclut le matériel pour programme à l'exclusion du matériel technique.

ARTICLE L.2514-5

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics conclus par une entité adjudicatrice dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans une aire géographique déterminée d'un Etat membre lorsque la Commission européenne a reconnu que, dans cet Etat ou dans l'aire géographique concernée, cette activité est exercée sur des marchés concurrentiels dont l'accès n'est pas limité.

Chapitre V : Marché de défense ou de sécurité

ARTICLE L.2515-1 (...)

Non reproduit

TITRE II : RÈGLES APPLICABLES

Chapitre Ier : Règles générales applicables aux marchés publics mentionnés au titre Ier à l'exception de ceux portant sur le service public de transport de voyageurs par chemin de fer

ARTICLE L.2521-1
Les marchés publics mentionnés au présent livre sont soumis aux règles relatives aux délais de paiement prévues à la section 2 du chapitre II du titre IX du livre Ier.

ARTICLE L.2521-2
Les marchés publics mentionnés au présent livre sont soumis aux titres Ier et III de loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

ARTICLE L.2521-3
L'acheteur peut résilier un marché public mentionné au présent livre, dans les conditions fixées au livre Ier.
Il peut résilier un contrat de droit privé mentionné au présent livre, dans les conditions prévues par le Code civil.

ARTICLE L.2521-4
Pour le règlement amiable des différends des parties à un marché public mentionné au présent livre, les dispositions du chapitre VII du titre IX du livre Ier sont applicables, à l'exception des dispositions relatives aux comités consultatifs de règlement amiable des différends.

ARTICLE L.2521-5
Les marchés publics mentionnés aux chapitres Ier à IV du titre Ier du présent livre sont soumis aux règles relatives à la facturation électronique prévues à la section 1 du chapitre II du titre IX du livre Ier de la présente partie.

ARTICLE L.2521-6
La section 3 du chapitre VI du titre IX du livre III de la présente partie relative au contrôle du coût de revient des marchés de l'Etat et de ses établissements publics est applicable aux marchés publics de défense ou de sécurité mentionnés au chapitre V du titre Ier du présent livre.

ARTICLE R.2521-1
Sans préjudice de dispositions réglementaires spéciales, en application de l'article L.2500-1, les marchés publics mentionnés aux articles L.2511-1 à L.2515-1 sont soumis au présent titre.

ARTICLE R.2521-2
Les marchés publics mentionnés aux articles L.2511-1 à L.2515-1 sont soumis aux règles relatives aux délais de paiement prévues à la section 2 du chapitre II du titre IX du livre Ier et à l'article R.2112-5.

ARTICLE R.2521-3
Pour le règlement amiable des différends des parties à un marché public mentionné aux articles L.2511-1 à L.2515-1, les dispositions du chapitre VII du titre IX du livre Ier sont applicables, à l'exception des dispositions relatives aux comités consultatifs de règlement amiable des différends.

ARTICLE R.2521-4
Lorsqu'un marché public mentionné aux articles L.2511-1 à L.2515-1 est conclu par un acheteur et a pour objet la réalisation d'un ouvrage qui relève respectivement des articles L.2411-1, L.2412-1 et L.2412-2, il est soumis au livre IV de la présente partie.

ARTICLE D.2521-5
Les dispositions des articles D.2192-1 et D.2192-2 sont applicables aux factures émises en exécution des marchés publics mentionnés par les dispositions législatives des chapitres Ier à IV du titre Ier.

ARTICLE R.2521-6
Les dispositions de l'article R.2192-3 sont applicables aux factures émises en exécution des marchés publics mentionnés par les dispositions législatives des chapitres Ier à IV du titre Ier.
Par dérogation à l'article L.2500-1, les marchés publics mentionnés au 4° de l'article L.2512-5, en tant qu'ils portent sur le service public de transport de voyageurs par chemin de fer sont régis, pour leur passation et leur exécution, par les dispositions de l'article L.2121-17-1 du Code des transports.

ARTICLE R.2522-1
Les marchés publics mentionnés au 4° de l'article L.2512-5, en tant qu'ils portent sur le service public de transport de voyageurs par chemin de fer, sont régis, pour leur passation et leur exécution, par le décret n° 2019-1083 du 24 octobre 2019 relatif aux modalités de passation et d'exécution des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs.

LIVRE VI : DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

ARTICLES L.2614-1 À L.2691-2
Non reproduits

ARTICLES R.2611-1 À R.2691-1
Non reproduits

LIVRE VII : DISPOSITIONS RELATIVES AUX CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES

TITRE IER : RÈGLES APPLICABLES EN CAS DE CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES

COMMENTAIRE

Ce nouveau Livre VII a été créé en totalité par la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 (art. 132), dite loi « Asap », afin de consacrer plus de souplesses pour les acheteurs dans le cadre de circonstances exceptionnelles, dont relève la crise sanitaire.
Attention : l'acheteur ne peut pas décider de lui-même qu'il se trouve dans de telles circonstances. Il est impératif qu'un texte normatif (une loi puis le cas échéant des textes réglementaires) intervienne afin de rendre possible l'application de ce régime d'exceptions.
La loi peut prévoir une application pour 24 mois au maximum, à charge de repasser devant le Parlement pour une éventuelle prolongation. A défaut de loi, l'acheteur peut invoquer le « motif d'intérêt général » rajouté à l'article L.2122-1 du Code par la même loi Asap, afin de s'exonérer de tout formalisme concurrentiel.
Voire une présentation plus détaillée du dispositif, au début du présent fascicule, dans les

pages consacrées à « une année d'actualités de la commande publique ».

Chapitre unique

ARTICLE L.2711-1

Lorsqu'il est fait usage de prérogatives prévues par la loi tendant à reconnaître l'existence de circonstances exceptionnelles ou à mettre en œuvre des mesures temporaires tendant à faire face à de telles circonstances et que ces circonstances affectent les modalités de passation ou les conditions d'exécution d'un marché public, un décret peut prévoir l'application de l'ensemble ou de certaines des mesures du présent livre aux marchés publics en cours d'exécution, en cours de passation ou dont la procédure de passation n'est pas encore engagée.
Le décret entre en vigueur sur tout ou partie du territoire de la République où les présentes dispositions sont applicables, pour une période ne pouvant pas excéder vingt-quatre mois et dont la prorogation est, le cas échéant, autorisée par la loi.

ARTICLE L.2711-2

Les acheteurs mettent en œuvre les dispositions du présent livre lorsqu'elles sont nécessaires dans la passation ou l'exécution d'un marché public, pour faire face aux difficultés liées à la survenance de circonstances exceptionnelles.

ARTICLE L.2711-3

Lorsque les modalités de la mise en concurrence prévues dans les documents de la consultation des entreprises ne peuvent être respectées par l'acheteur, celui-ci peut apporter en cours de procédure les adaptations nécessaires à la poursuite de la procédure, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats.

ARTICLE L.2711-4

Sauf lorsque les prestations qui font l'objet du marché public ne peuvent souffrir aucun retard, l'acheteur peut prolonger les délais de réception des candidatures et des offres pour les procédures en cours d'une durée suffisante pour permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou de soumissionner.

ARTICLE L.2711-5

Les marchés publics dont le terme intervient pendant la période de circonstances exceptionnelles peuvent être prolongés par avenant au-delà de la durée prévue par le contrat lorsque l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre.
Dans le cas d'un accord-cadre, cette prolongation peut s'étendre au-delà de la durée mentionnée à l'article L.2125-1.
La durée de cette prolongation ne peut excéder la durée de la période de circonstances exceptionnelles, augmentée de la durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de l'expiration de cette période.

ARTICLE L.2711-6

Les dispositions des articles L.2711-7 et L.2711-8 s'appliquent en cas de difficultés d'exécution du contrat nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception de celles qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat.

ARTICLE L.2711-7

Lorsque le titulaire ne peut pas respecter le délai d'exécution d'une ou de plusieurs obligations du contrat ou que cette exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive, ce délai est prolongé d'une durée équivalente à la période de non-respect du délai d'exécution résultant directement des circonstances exceptionnelles, à la demande du titulaire présentée avant l'expiration du délai contractuel et avant l'expiration de la période de circonstances exceptionnelles.

ARTICLE L.2711-8

Lorsque le titulaire est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat, notamment lorsqu'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive:
1° Le titulaire ne peut pas être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée pour ce motif;
2° L'acheteur peut conclure un marché de substitution avec un tiers pour satisfaire ceux de ses besoins qui ne peuvent souffrir aucun retard, nonobstant toute clause d'exclusivité et sans que le titulaire du marché initial puisse engager, pour ce motif, la responsabilité contractuelle de l'acheteur. L'exécution du marché de substitution ne peut être effectuée aux frais et risques du titulaire initial.

TITRE II : DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

ARTICLES L.2725-1 À 2728-1

Non reproduits.

Troisième partie : concessions

COMMENTAIRE

Les dispositions anciennement prévues dans l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 (qui avait succédé à la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dite loi Sapin), sont intégrées présentement dans cette troisième partie. Elles s'inscrivent dans le cadre d'une transposition de la première directive européenne intervenue en matière de concession, à savoir la directive n° 2014-23-UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession. Les hypothèses de contrats de concession mixtes sont plus explicitées.

JURISPRUDENCES

● Une société chargée de la gestion d'un service de desserte maritime réclamait une indemnité pour cause d'imprévision. Les magistrats constatent cependant que la diminution du fret de 16 % par rapport aux imprévisions de trafic réalisées lors de l'élaboration du contrat n'est pas principalement à l'origine des déficits d'exploitation dont la société requérante faisait état. Ils sont la conséquence de la fragilité financière initiale de la société, qui n'était ni imprévisible ni extérieur à l'action du cocontractant, et des conditions dans lesquelles avaient été définis les termes de la délégation, qui n'étaient pas davantage imprévisibles. Donc la théorie de l'imprévision ne peut pas être invoquée.
CE, 21 octobre 2019, req. n°419155

● La responsabilité de la collectivité pour manquements dans l'exercice de ce pouvoir de contrôle et de surveillance d'une délégation de service public, ne peut être recherchée par les tiers qu'à raison de défaillances constitutives de fautes lourdes.
CAA Marseille, 17 juin 2019, req. n°17MA02389, 17MA02461

● Un concurrent évincé d'une procédure de passation irrégulière, peut obtenir l'indemnisation de son manque à gagner et de ses frais de représentation dès lors qu'il avait une chance sérieuse de se voir attribuer le contrat. La méthode de calcul du manque à gagner « inclut nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre » qui n'ont pas fait l'objet d'une indemnisation par ailleurs (cas en l'espèce, d'une concession).
CE, 24 avril 2024, n°472038

● Un élu local, président de la commission chargée d'examiner les candidatures à la nouvelle délégation de service public, peut juger que celle en cours est « mal gérée » sans porter atteinte au principe d'impartialité.
CE, 24 juillet 2024, n°491268

LIVRE PRÉLIMINAIRE : CONTRATS DE CONCESSIONS MIXTES

ARTICLE L.3000-1

Lorsqu'une autorité concédante décide de conclure un contrat destiné à satisfaire des besoins, objectivement dissociables, qui relèvent, d'une part, du droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la présente partie et qui relèvent, d'autre part, du régime juridique particulier applicable aux autres contrats de concession prévu au livre II de la présente partie ou du régime juridique particulier applicable aux autres marchés publics prévu au livre V de la deuxième partie, ce contrat est soumis au droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la présente partie.
Lorsque le contrat mentionné au premier alinéa couvre plusieurs activités dont l'une seulement constitue une activité d'opérateur de réseau, il est soumis aux dispositions applicables à son objet principal.
Lorsque l'objet principal du contrat ne peut être objectivement identifié, le contrat est soumis aux dispositions du livre Ier de la présente partie.

ARTICLE L.3000-2

Lorsqu'une autorité concédante conclut un contrat destiné à satisfaire des besoins, objectivement indissociables, qui relèvent, d'une part, du droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la présente partie et, qui relèvent, d'autre part, du régime juridique particulier applicable aux autres contrats de concessions prévu au livre II de la présente partie ou du régime juridique particulier applicable aux autres marchés publics prévu au livre V de la deuxième partie, ce contrat est soumis aux dispositions applicables à son objet principal.
Lorsque l'objet principal du contrat ne peut être objectivement identifié, le contrat est soumis au droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la présente partie.

ARTICLE L.3000-3

Lorsqu'un contrat de concession porte sur plusieurs activités, dont l'une au moins constitue une activité d'opérateur de réseaux, et dont l'objet principal peut être déterminé, les règles suivantes s'appliquent:
1° Lorsque le contrat porte à la fois sur une activité d'opérateurs de réseaux autre que celle mentionnée au c du 1° ou au 4° de l'article L.1212-3 et une autre activité qui n'est pas une activité d'opérateurs de réseaux, il est soumis aux dispositions applicables à son objet principal;
2° Lorsque le contrat porte à la fois sur une activité d'opérateurs de réseaux mentionnée au c du 1° ou au 4° de l'article L.1212-3 et une autre activité qui n'est pas une activité d'opérateurs de réseaux, il est soumis aux dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs.

ARTICLE L.3000-4

Lorsqu'un contrat de concession porte à la fois sur une activité d'opérateurs de réseaux et une autre activité qui n'est pas une activité d'opérateurs de réseaux et pour lequel il est objectivement impossible d'établir à quelle activité il est principalement destiné, il est soumis aux dispositions du livre Ier de la présente partie applicables aux pouvoirs adjudicateurs.

JURISPRUDENCE

● Pour le Conseil d'État, « le principe d'impartialité ne fait pas obstacle à ce qu'un acheteur public attribue un contrat de délégation de

service public à une société d'économie mixte locale dont il est actionnaire, sous réserve que la procédure garantisse l'égalité de traitement entre les candidats et que soit prévenu tout risque de conflit d'intérêts». Ils lèvent ainsi toutes ambiguïtés sur la participation d'une SEM à la passation d'une collectivité publique membre.
Cette décision s'inscrit dans la jurisprudence «Commune de Saint-Maur-des-Fossés» (CE, 9 mai 2012, req. n° 355756). La Haute juridiction prohibe l'exclusion automatique par une commune d'une société au sein de laquelle un conseiller municipal serait actionnaire. Un report de la date limite de dépôt des offres avait même été entrepris, à la demande de la SEM concernée. Mais les magistrats constatent que ce report avait pu bénéficier à tous les candidats.
CE, 18 décembre 2019, n°432590

LIVRE Ier : DISPOSITIONS GÉNÉRALES

ARTICLE L.3100-1

Sous réserve des dispositions de l'article L.3200-1, les contrats de concession définis à l'article L.1121-1 sont régis par les dispositions de la présente partie.

JURISPRUDENCE

● Lorsqu'une structure a vocation à exercer la compétence nécessaire à la conclusion et à l'exécution d'un contrat de la commande publique, car elle est en cours de création ou de transformation ou parce qu'une procédure, par laquelle la compétence nécessaire doit lui être dévolue, est déjà engagée, aucune règle ni aucun principe ne font obstacle à ce qu'elle engage elle-même la procédure de passation d'un marché, avant qu'elle soit formellement compétente pour le faire.
CE, 9 juin 2020, n°436922

TITRE Ier : PRÉPARATION DU CONTRAT DE CONCESSION

Chapitre Ier : Définition du besoin

ARTICLE L.3111-1

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

COMMENTAIRE

La même logique prévue pour les marchés publics s'applique aux contrats de concession, avec une obligation de tenir compte d'objectifs de développement durable. À juste titre, le CCP renvoie à une trilogie incluant le volet économique, aux côtés de celui social et environnemental.

JURISPRUDENCE

● Les personnes morales de droit public peuvent être responsables des dommages environnementaux causés par des activités exercées dans l'intérêt de leurs intérêts, au titre d'un transfert légal de mission, comme l'exploitation d'une station de pompage à des fins de drainage de surfaces agricoles. Le principe «pollueur-payeur» consacré par la directive n° 2004-35 s'applique.
CJUE, 9 juillet 2020, aff. C-297/19

ARTICLE L.3111-2

Les travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession sont définis par référence à des spécifications techniques et fonctionnelles.

ARTICLE R.3111-1

Les spécifications techniques et fonctionnelles définissent les caractéristiques requises des travaux ou des services.
Elles peuvent se référer au processus spécifique de production ou d'exécution des travaux ou des services demandés, à condition qu'ils soient liés à l'objet du contrat de concession et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs.

ARTICLE R.3111-2

Les spécifications techniques et fonctionnelles ne font pas référence à un mode ou procédé de fabrication particulier, à une provenance ou origine déterminée, à une marque, un brevet ou un type.
Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du contrat de concession ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du contrat de concession n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes: «ou équivalent».

COMMENTAIRE

Moins développé que pour les «marchés publics», le principe d'interdiction reste le même.

ARTICLE R.3111-3

L'autorité concédante ne peut pas rejeter une offre au motif qu'elle n'est pas conforme aux spécifications techniques et fonctionnelles si le soumissionnaire prouve dans son offre, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose respectent de manière équivalente ces spécifications.

Chapitre II : Mutualisation

ARTICLE L.3112-1

Des groupements peuvent être constitués entre des autorités concédantes ou entre une ou plusieurs autorités concédantes et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne sont pas des autorités concédantes afin de passer conjointement un ou plusieurs contrats de concession.

ARTICLE L.3112-2

La convention constitutive du groupement, signée par ses membres, définit les règles de fonctionnement du groupement. Elle peut confier à l'un ou plusieurs de ses membres la charge de mener tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du contrat de concession au nom et pour le compte des autres membres.
Les autorités concédantes membres du groupement sont solidairement responsables des seules opérations de passation ou d'exécution du contrat de concession qui sont menées conjointement en leur nom et pour leur compte, selon les stipulations de la convention de groupement.

ARTICLE L.3112-3

Un groupement d'autorités concédantes peut être constitué avec des autorités concédantes d'autres Etats membres de l'Union européenne, à condition que ce choix n'ait pas été fait dans le but de se soustraire à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public. Nonobstant les dispositions de l'article L.3112-2, et sous

réserve des stipulations d'accords internationaux ou d'arrangements administratifs, entre les États membres dont ils relèvent, les membres du groupement s'accordent sur la répartition des responsabilités ainsi que sur le droit applicable au contrat de concession, choisi parmi les droits des États membres dont ils relèvent.

ARTICLE L.3112-4

Les contrats de concession conclus par un groupement au sein duquel les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux sont majoritaires obéissent aux règles prévues par la présente partie et par le chapitre préliminaire du titre Ier du livre IV de la première partie du Code général des collectivités territoriales ainsi que, le cas échéant, par le chapitre Ier du titre Ier du livre IV de la première partie dudit code.

Chapitre III : Réservation

ARTICLE L.3113-1

Des contrats de concession peuvent être réservés à des entreprises adaptées mentionnées à l'article L.5213-13 du Code du travail, à des établissements et services d'accompagnement par le travail mentionnés à l'article L.344-2 du Code de l'action sociale et des familles ainsi qu'à des structures équivalentes, lorsqu'ils emploient une proportion minimale, fixée par voie réglementaire, de travailleurs handicapés qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

ARTICLE L.3113-2

Des contrats de concession peuvent être réservés à des structures d'insertion par l'activité économique mentionnées à l'article L.5132-4 du Code du travail et à des structures équivalentes, lorsqu'elles emploient une proportion minimale, fixée par voie réglementaire, de travailleurs défavorisés.

ARTICLE L.3113-2-1

Des contrats de concession peuvent être réservés à des opérateurs économiques qui les exploitent dans le cadre des activités de production de biens et de services qu'ils réalisent en établissement pénitentiaire et qui font travailler à ce titre, dans les conditions prévues aux articles L.412-10 à L.412-18 du Code pénitentiaire, des personnes détenues dans une proportion minimale fixée par voie réglementaire.

COMMENTAIRE

Au même titre que cela a été intégré dans la partie « marchés publics », l'ordonnance n° 2022-1336 du 19 octobre 2022 (art.19) autorise désormais la pratique des concessions « réservées » à des structures de production situées dans les établissements pénitentiaires.

ARTICLE L.3113-3

Une autorité concédante ne peut réserver un contrat de concession aux opérateurs économiques qui répondent à la fois aux conditions de l'article L.3113-1 et de l'article L.3113-2.
Une autorité concédante ne peut réserver un contrat de concession à la fois aux opérateurs économiques qui répondent aux conditions de l'article L.3113-2-1 et aux opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa du présent article et qui ne satisfont pas à ces mêmes conditions.

ARTICLE R.3113-1

L'autorité concédante peut mettre en œuvre la réservation prévue aux articles L.3113-1, L.3113-2 et L.3113-2-1 lorsque la proportion minimale mentionnée à ces articles est d'au moins 50%. La décision de réserver est mentionnée dans l'avis de concession.

Chapitre IV : Contenu du contrat de concession

SECTION 1 : RÈGLES GÉNÉRALES RELATIVES AUX CONDITIONS D'EXÉCUTION

ARTICLE L.3114-1

Le contrat de concession est conclu par écrit. Il ne peut contenir de clauses par lesquelles le concessionnaire prend à sa charge l'exécution de services, de travaux ou de paiements étrangers à l'objet de la concession.

ARTICLE L.3114-2

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

ARTICLE L.3114-3

L'autorité concédante peut imposer, notamment dans les contrats de concession de défense ou de sécurité, au titre des conditions d'exécution, que les moyens utilisés pour exécuter tout ou partie de la concession, maintenir ou moderniser les travaux ou services réalisés soient localisés sur le territoire des États membres de l'Union européenne afin, notamment, de prendre en compte des considérations environnementales ou sociales ou d'assurer la sécurité des informations et des approvisionnements.

SECTION 2 : DROITS D'ENTRÉE, REDEVANCES ET TARIFS

ARTICLE L.3114-4

Les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le concessionnaire à l'autorité concédante doivent être justifiés dans le contrat de concession.

JURISPRUDENCE

● **Lorsque le juge annule une clause tarifaire irrégulière divisible du contrat, le délai de prescription de la restitution de la somme versée sur le fondement de cette clause court à compter de son annulation.**
CE, 17 mai 2024, n° 466568

ARTICLE L.3114-5

Le versement par le concessionnaire de droits d'entrée à l'autorité concédante est interdit quand le contrat de concession concerne l'eau potable, l'assainissement ou les ordures ménagères et autres déchets.

ARTICLE L.3114-6

Le contrat détermine les tarifs à la charge des usagers et précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution.

ARTICLE R.3114-4

Pour les pouvoirs adjudicateurs dotés d'un comptable public, le contrat de concession indique, lorsqu'il y a lieu, les conditions administratives et techniques auxquelles sont subordonnés l'ordonnancement et le paiement.

SECTION 3 : DURÉE

ARTICLE L.3114-7

La durée du contrat de concession est limitée. Elle est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire.

COMMENTAIRE

Cf. les dispositions ci-après. A noter que la détermination de la durée d'une concession doit être établie en tenant compte du montage financier entrepris. C'est une réflexion globale qui doit être menée.

ARTICLE L.3114-8

Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les contrats de concession ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par l'autorité compétente de l'Etat, à l'initiative de l'autorité concédante, des justifications de dépassement de cette durée.
Les conclusions de cet examen sont communiquées, le cas échéant, aux membres de l'organe délibérant compétent, avant toute délibération de celui-ci.

JURISPRUDENCE

● Les concessions dont le montant est égal ou supérieur au seuil européen ne relèvent pas toutes du même régime de passation. C'est le cas des délégations de service public d'eau potable qui bénéficient d'une procédure allégée. La directive 2014/23/UE du 26 février 2014 n'est pas en effet applicable aux concessions intervenant dans le secteur d'eau. Le considérant 40 précise que cela résulte des arrangements « spécifiques et complexes » autour de cette prestation « compte tenu de l'importance de l'eau en tant que bien public revêtant une importance fondamentale pour l'ensemble des citoyens de l'Union ».
CE, 8 novembre 2019, n°432216

ARTICLE R.3114-1

Pour la détermination de la durée du contrat de concession, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, lorsqu'ils sont nécessaires à l'exploitation des travaux ou des services concédés.
Sont notamment considérés comme tels les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel.

ARTICLE R.3114-2

Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat ne doit pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat.

ARTICLE D.3114-3

L'autorité compétente de l'État mentionnée à l'article L.3114-8 est le directeur départemental des finances publiques.

SECTION 4 : PART DU CONTRAT EXÉCUTÉE PAR DES TIERS

ARTICLE L.3114-9

L'autorité concédante peut imposer aux soumissionnaires:
1° De confier à des petites et moyennes entreprises, au sens de la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, une part minimale fixée par voie réglementaire de travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession.
Les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas aux opérateurs économiques qui sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices;
2° De confier à des tiers une part minimale fixée par voie réglementaire de travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession;
3° D'indiquer dans leur offre s'ils entendent confier à des tiers une part des travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession et, dans l'affirmative, le pourcentage qu'elle représente dans la valeur estimée de la concession.
Cette exigence doit être indiquée dans les documents de la consultation.

ARTICLE L.3114-10

Ne sont pas considérés comme tiers les opérateurs économiques qui se sont groupés pour obtenir des contrats de concession, non plus que les entreprises qui leur sont liées au sens de l'article L.3211-8.

ARTICLE R.3114-5

En application de l'article L.3114-9, la part des services ou travaux que le soumissionnaire doit confier à des petites et moyennes entreprises ou à des tiers ne peut être inférieure à 20% de la valeur globale estimée du contrat de concession.

TITRE II : PROCÉDURE DE PASSATION

ARTICLE L.3120-1

Les contrats de concession sont passés conformément aux règles de procédure prévues aux chapitres I à V du présent titre, sous réserve des règles particulières propres à certains d'entre eux prévues par le chapitre VI du présent titre.

Chapitre Ier : Détermination des règles procédurales applicables

ARTICLE L.3121-1

L'autorité concédante organise librement une procédure de publicité et mise en concurrence qui conduit au choix du concessionnaire dans le respect des dispositions des chapitres I à V du présent titre et des règles de procédure fixées par décret en Conseil d'État. Elle peut recourir à la négociation. Ces dispositions s'appliquent sous réserve des règles particulières du chapitre VI du présent titre.

ARTICLE L.3121-2

Par dérogation aux dispositions de l'article L.3121-1, l'autorité concédante peut passer un contrat de concession sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat, lorsqu'en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse ou d'une urgence particulière, le respect d'une telle procédure est inutile ou impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'autorité concédante.

SECTION 1 : CALCUL DE LA VALEUR ESTIMÉE DU CONTRAT DE CONCESSION

ARTICLE R.3121-1

La valeur estimée du contrat de concession est calculée selon une méthode objective, précisée dans les documents de la consultation mentionnés à l'article R.3122-7. Elle correspond au chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire pendant la durée du contrat. Le choix de la méthode de calcul utilisée par l'autorité concédante ne peut avoir pour effet de soustraire le contrat de concession aux dispositions du présent livre qui lui sont applicables, notamment en scindant les travaux ou services.

ARTICLE R.3121-2

Pour estimer la valeur du contrat de concession, l'autorité concédante prend notamment en compte:
1° La valeur de toute forme d'option et les éventuelles prolongations de la durée du contrat de concession;
2° Les recettes perçues sur les usagers des ouvrages ou des services, autres que celles collectées pour le compte de l'autorité concédante ou d'autres personnes;
3° Les paiements effectués par l'autorité concédante ou toute autre autorité publique ou tout avantage financier octroyé par l'une de celles-ci au concessionnaire;
4° La valeur des subventions ou de tout autre avantage financier octroyés par des tiers pour l'exploitation de la concession;
5° Les recettes tirées de toute vente d'actifs faisant partie de la concession;
6° La valeur de tous les services et fournitures mis à la disposition du concessionnaire par l'autorité concédante, à condition qu'ils soient nécessaires à l'exécution des travaux ou à la prestation des services;
7° Toutes primes ou tous paiements au profit des candidats ou des soumissionnaires.

ARTICLE R.3121-3

Lorsque l'ouvrage ou le service concédé fait l'objet d'une attribution en lots séparés, l'autorité concédante tient compte de la valeur globale estimée de la totalité de ces lots.
L'autorité concédante peut décider de mettre en œuvre soit une procédure commune de mise en concurrence pour l'ensemble des lots, soit une procédure de mise en concurrence propre à chaque lot. Elle détermine la procédure à mettre en œuvre pour la passation en fonction de la valeur cumulée des lots et, pour les contrats relevant du 2° de l'article R.3126-1, en fonction de leur objet.

ARTICLE R.3121-4

La valeur du contrat de concession à prendre en compte pour déterminer les règles procédurales à mettre en œuvre pour la passation du contrat est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis de concession ou, dans les cas où un tel avis n'est pas prévu, au moment où l'autorité concédante engage la procédure de passation.
Lorsque la valeur du contrat de concession au moment de l'attribution est supérieure de plus de 20 % à sa valeur précédemment estimée et qu'elle excède alors le seuil européen qui figure dans l'avis annexé au présent code, une nouvelle procédure de passation est mise en œuvre si les règles procédurales applicables aux contrats dont la valeur excède ce seuil n'ont pas été respectées.

SECTION 2 : PASSATION DES CONTRATS DE CONCESSIONS

Sous-section 1 : Contrats de concession passés avec publicité et mise en concurrence préalables

ARTICLE R.3121-5

Les contrats de concession sont passés dans le respect des règles de procédure prévues par les chapitres Ier à V du présent titre, sous réserve des règles particulières propres aux contrats de concession relevant du chapitre VI du présent titre.

Sous-section 2 : Contrats de concession passés sans publicité ni mise en concurrence préalables

ARTICLE R.3121-6

Les contrats de concession peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants:
1° Le contrat de concession ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité;
2° Lorsque aucune candidature ou aucune offre n'a été reçue ou lorsque seules des candidatures irrecevables au sens de l'article L.3123-20 ou des offres inappropriées au sens de l'article L.3124-4 ont été déposées, pour autant que les conditions initiales du contrat ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne si elle le demande;
3° En cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve l'autorité concédante publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service concédé par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, à la condition, d'une part, que la continuité du service soit justifiée par un motif d'intérêt général et, d'autre part, que la durée de ce nouveau contrat de concession n'excède pas celle requise pour mettre en œuvre une procédure de passation.

COMMENTAIRE

Ces différentes hypothèses doivent être interprétées de manière très stricte.

Chapitre II : Engagement de la procédure de passation

SECTION 1 : PUBLICITÉ PRÉALABLE

ARTICLE L.3122-1

Afin de susciter la plus large concurrence, les autorités concédantes procèdent à une publicité dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par décret en Conseil d'Etat, selon l'objet du contrat de concession ou sa valeur estimée hors taxe.

Sous-section 1 : Avis de concession

ARTICLE R.3122-1

L'autorité concédante qui envisage d'attribuer un contrat de concession publie un avis de concession qui comporte notamment une description de la concession et des conditions de participation à la procédure de passation.
Cet avis est établi conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n°842/2011.

Sous-section 2 : Supports de publication

ARTICLE R.3122-2

L'autorité concédante publie l'avis de concession dans les trois supports suivants:
1° Au Journal officiel de l'Union européenne;
2° Au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces légales;
3° Dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.

COMMENTAIRE

Il s'agit bien d'une obligation de publication d'un avis dans trois supports différents.

ARTICLE R.3122-3

L'autorité concédante peut faire paraître, en sus de l'avis de concession mentionné à l'article R.3122-2, un avis de publicité complémentaire sur un autre support que celui choisi à titre obligatoire.
Cet avis complémentaire peut, le cas échéant, ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de concession publié à titre obligatoire, à condition qu'il indique expressément les références de ce dernier.

Sous-section 3 : Modalités de publication des avis de concession

ARTICLE R.3122-4

Les avis destinés à être publiés au Journal officiel de l'Union européenne sont transmis par voie électronique à l'Office des publications de l'Union européenne qui se charge de leur publication au Journal officiel de l'Union européenne.

ARTICLE R.3122-5

La publication d'un avis de concession sur tout autre support que le Journal officiel de l'Union européenne ne peut intervenir avant sa publication par l'Office des publications de l'Union européenne.
L'autorité concédante peut toutefois procéder à une publication, au niveau national, lorsqu'elle n'a pas été avisée de la publication au Journal officiel de l'Union européenne dans les quarante-huit heures suivant la confirmation de la réception de l'avis par l'Office des publications de l'Union européenne.
L'avis de concession publié au niveau national ne peut fournir plus de renseignements que ceux qui sont contenus dans l'avis adressé à l'Office des publications de l'Union européenne et fait mention de la date d'envoi de l'avis à l'Office des publications de l'Union européenne.

ARTICLE R.3122-6

L'autorité concédante doit être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi des avis de concession.

SECTION 2 : COMMUNICATIONS ET ÉCHANGES D'INFORMATIONS

Sous-section 1 : Consignation des étapes de la procédure

ARTICLE L.3122-2

L'autorité concédante consigne, par tout moyen approprié, les étapes de la procédure de passation des contrats de concession.

Sous-section 2 : Confidentialité

ARTICLE L.3122-3

L'autorité concédante ne peut communiquer les informations confidentielles qu'elle détient dans le cadre d'un contrat de concession, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation de la valeur globale ou détaillée des offres.
Toutefois, l'autorité concédante peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées.
L'autorité concédante peut imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'elle communique dans le cadre de la procédure de passation du contrat de concession.

Sous-section 3 : Mise à disposition des documents de la consultation

ARTICLE L.3122-4

L'autorité concédante offre, par voie électronique, un accès gratuit, libre, direct et complet aux documents de la consultation, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

COMMENTAIRE

Le CCP intègre les obligations de dématérialisation aux contrats de concession dans des termes similaires aux marchés publics classiques.

ARTICLE R.3122-7

Les documents de la consultation sont constitués de l'ensemble des documents fournis par l'autorité concédante ou auxquels elle se réfère, pour définir l'objet, les spécifications techniques et fonctionnelles, les conditions de passation et d'exécution du contrat de concession, ainsi que le délai de remise des candidatures ou des offres et, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'usager. Ils comprennent notamment l'avis de concession, le cahier des charges de la concession et, le cas échéant, l'invitation à présenter une offre.

ARTICLE R.3122-8

Toute modification des documents de la consultation est communiquée à l'ensemble des opérateurs économiques, aux candidats admis à présenter une offre ou à tous les soumissionnaires, dans des conditions garantissant leur égalité et leur permettant de disposer d'un délai suffisant pour remettre leurs candidatures ou leurs offres.

ARTICLE R.3122-9

Les documents de la consultation sont mis à disposition, par voie électronique, sur un profil d'acheteur défini à l'article R.3122-10, à compter de la date de publication d'un avis de concession ou de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre.
Le texte de l'avis de concession ou de l'invitation précise l'adresse internet à laquelle il peut être pris connaissance des documents de la consultation.

ARTICLE R.3122-10

Le profil d'acheteur est la plate-forme de dématérialisation permettant notamment aux autorités concédantes de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires. Un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au

présent code détermine les fonctionnalités et les exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur.

ARTICLE R.3122-11
Par dérogation à l'article R.3122-9, lorsque, dans des circonstances dûment justifiées, pour des raisons de sécurité exceptionnelle, des raisons techniques ou en raison du caractère particulièrement sensible d'informations commerciales nécessitant un niveau de protection très élevé, l'autorité concédante est dans l'impossibilité d'offrir un accès dématérialisé à certains documents de la consultation, elle indique, dans l'avis de concession ou l'invitation à présenter une offre, que ces documents seront transmis par des moyens autres qu'électroniques. Le délai de réception des offres tient compte de cette impossibilité.

ARTICLE R.3122-12
L'autorité concédante communique, au plus tard six jours avant la date limite fixée pour la réception des candidatures ou des offres, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sollicités en temps utile par les candidats ou soumissionnaires.

Sous-section 4 : Moyens de communication et échanges d'informations

ARTICLE L.3122-5
Les communications et les échanges d'informations effectués pour la procédure de passation d'un contrat de concession peuvent être réalisés par voie électronique, selon des modalités et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

ARTICLE R.3122-13
Les moyens de communication utilisés ne peuvent avoir pour effet de restreindre l'accès des opérateurs économiques à la procédure de passation du contrat de concession.
Les transmissions, les échanges et le stockage d'informations sont effectués de manière à assurer l'intégrité des données et la confidentialité des candidatures et des offres et à garantir que l'autorité concédante ne prend connaissance du contenu des candidatures et des offres qu'à l'expiration du délai prévu pour leur présentation.

ARTICLE R.3122-14
À l'exception des cas prévus aux articles R.3122-4 et R.3122-9, l'autorité concédante choisit le ou les moyens de communication avec les opérateurs économiques. Ce choix est indiqué dans l'avis de concession ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation.

ARTICLE R.3122-15
Lorsque l'autorité concédante utilise des moyens électroniques, elle assure la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire, selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code.

ARTICLE R.3122-16
Les dispositifs et les systèmes utilisés pour communiquer par voie électronique, ainsi que leurs caractéristiques techniques, doivent être compatibles avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées.
Les frais d'accès au réseau sont à la charge de chaque candidat ou soumissionnaire.

ARTICLE R.3122-17
Les candidats ou soumissionnaires peuvent adresser à l'autorité concédante une copie de sauvegarde des documents transmis par voie électronique dans des conditions fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code.
Cette copie ne peut être prise en considération que si elle est parvenue à l'autorité concédante dans le délai prescrit pour le dépôt, selon le cas, des candidatures ou des offres.

ARTICLE R.3122-18
L'autorité concédante peut exiger que les candidats et soumissionnaires joignent une traduction en français aux documents qu'ils ont remis rédigés dans une autre langue.

Chapitre III : Phase de candidature

SECTION 1 : MOTIFS D'EXCLUSION DE LA PROCÉDURE DE PASSATION DES CONTRATS DE CONCESSION

JURISPRUDENCES

● Le droit national doit prévoir qu'un candidat exclu d'une concession, puisse apporter la preuve qu'il a pris des mesures correctrices susceptibles de démontrer le rétablissement de sa fiabilité.
CJUE, 11 juin 2020, aff. C-472/19

● La faculté de faire preuve de sa fiabilité, pour un candidat relevant d'un cas d'exclusion d'un contrat de concession, ne saurait être ouverte lorsque le candidat a été expressément exclu par un jugement définitif.
CE, 12 octobre 2020, n°419146

Sous-section 1 : Exclusions de plein droit

ARTICLE L.3123-1
Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du Code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts, et pour les contrats de concession qui ne sont pas des contrats de concession de défense ou de sécurité aux articles 225-4-1 et 225-4-7 du Code pénal, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne.
La condamnation définitive pour l'une de ces infractions ou pour recel d'une de ces infractions d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale entraîne l'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions.
L'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession au titre du présent article s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation.
Cette exclusion n'est pas applicable en cas d'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du Code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du même code ou d'un relèvement de peine en

application de l'article 132-21 dudit code ou des articles 702-1 ou 703 du Code de procédure pénale.

ARTICLE L.3123-2

Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles. La liste de ces impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales est fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie qui figure en annexe au présent code.

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

ARTICLE L.3123-3

Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes:

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

2° Qui font l'objet, à la date à laquelle l'autorité concédante se prononce sur la recevabilité de leur candidature, d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer en application des articles L.653-1 à L.653-8 du Code de commerce, ou d'une mesure équivalente prévue par un droit étranger;

3° Admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L.631-1 du Code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger, et qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la période prévisible d'exécution du contrat de concession.

ARTICLE L.3123-4

Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes qui:

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

2° Au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la procédure de passation du contrat de concession, n'ont pas mis en œuvre l'obligation de négociation prévue au 2° de l'article L.2242-1 du Code du travail.

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

Cette exclusion n'est pas applicable en cas d'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du Code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du Code pénal ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 du Code pénal ou des articles 702-1 ou 703 du Code de procédure pénale.

JURISPRUDENCE

● **L'offre d'un candidat ayant été condamné pour travail dissimulé peut être rejetée d'une procédure de délégation de service public.**
TA Pau, 21 mars 2022, n°2200424

ARTICLE L.3123-5

Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative prise en application de l'article L.8272-4 du Code du travail.

ARTICLE L.3123-6

L'autorité concédante peut, à titre exceptionnel, autoriser un opérateur économique qui serait dans un cas d'exclusion prévu aux sous-sections 1 et 3 de la présente section, à participer à la procédure de passation d'un contrat de concession, à condition que cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, que le contrat de concession en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique et qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des contrats de concession.

ARTICLE L.3123-6-1

La personne qui se trouve dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux articles L.3123-1, L.3123-4 et L.3123-5 peut fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité, notamment en établissant qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation du préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, qu'elle a clarifié totalement les faits ou les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières de l'infraction pénale ou de la faute.

Si l'autorité concédante estime que ces preuves sont suffisantes, la personne concernée n'est pas exclue de la procédure de passation du contrat de concession.

Une personne qui fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics au titre des articles 131-34 ou 131-39 du Code pénal ne peut se prévaloir des deux premiers alinéas du présent article pendant la période d'exclusion fixée par la décision de justice définitive.

Sous-section 2 : Exclusions à l'appréciation de l'autorité concédante

ARTICLE L.3123-7

L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur.

ARTICLE L.3123-7-1
L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui, soumises à l'article L.225-102-4 du Code de commerce en vertu du nombre de salariés qu'elles emploient, ne sont pas en mesure de présenter un plan de vigilance dûment réalisé pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis de concession ou d'engagement de la consultation.
Une modification de cet article a été adoptée par l'article 27 de l'ordonnance n°2023-1142 du 6 décembre 2023 (JORF n°283 du 7 décembre 2023), mais celle-ci entrera en vigueur seulement à compter du 1er janvier 2026 (cf. art. 36-I de l'ordonnance précitée).

ARTICLE L.3123-7-2
L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes soumises à l'article L.229-25 du Code de l'environnement qui ne satisfont pas à leur obligation d'établir un bilan de leurs émissions de gaz à effet de serre, pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou d'engagement de la consultation.

ARTICLE L.3123-8
L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui ont entrepris d'influer indûment le processus décisionnel de l'autorité concédante ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du contrat de concession, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.

ARTICLE L.3123-9
L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes à l'égard desquelles elle dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence.

ARTICLE L.3123-10
L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. Constitue une telle situation toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du contrat de concession ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du contrat de concession.

ARTICLE L.3123-11
L'autorité concédante qui envisage d'exclure une personne en application de la présente sous-section doit la mettre à même de fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du contrat de concession n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats.
La personne établit notamment qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation des manquements précédemment énoncés, qu'elle a clarifié totalement les faits et les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir toute nouvelle situation mentionnée aux articles L.3123-7 à L.3123-10. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières attachées à ces situations.
Si l'autorité concédante estime que ces preuves sont suffisantes, la personne concernée n'est pas exclue de la procédure de passation du contrat de concession.

Sous-section 3 : Exclusions de plein droit propres aux contrats de concession de défense ou de sécurité

ARTICLES L.3123-12 À L.3123-14
Non reproduits car concernent les contrats de concession de défense ou de sécurité.

Sous-section 4 : Changement de situation des opérateurs économiques au regard des motifs d'exclusion

ARTICLE L.3123-15
Lorsqu'un opérateur économique est, au cours de la procédure de passation d'un contrat de concession, placé dans l'une des situations mentionnées aux sous-sections 1 à 3 de la présente section, il informe sans délai l'autorité concédante de ce changement de situation.
Dans cette hypothèse, l'autorité concédante exclut le candidat de la procédure de passation du contrat de concession pour ce motif.

Sous-section 5 : Groupements d'opérateurs économiques et travaux ou services confiés à des tiers

ARTICLE L.3123-16
Lorsque le motif d'exclusion de la procédure de passation concerne un membre d'un groupement d'opérateurs économiques, l'autorité concédante exige son remplacement par un autre opérateur économique qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande, sous peine d'exclusion du groupement de la procédure.

ARTICLE L.3123-17
Les personnes à l'encontre desquelles il existe un motif d'exclusion ne peuvent se voir confier une partie des travaux ou services d'un contrat de concession. Lorsqu'une personne à l'encontre de laquelle il existe un motif d'exclusion est présentée au stade de la procédure de passation du contrat de concession, l'autorité concédante exige son remplacement par un autre opérateur économique qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion, dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le candidat ou le soumissionnaire, sous peine d'exclusion de la procédure.

SECTION 2 : CONDITIONS DE PARTICIPATION

ARTICLE L.3123-18
L'autorité concédante ne peut imposer aux candidats des conditions de participation à la procédure de passation autres que celles propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de

la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du contrat de concession. Lorsque la gestion d'un service public est concédée, ces conditions de participation peuvent notamment porter sur l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.
Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution.

ARTICLE L.3123-19
Après examen des capacités et aptitudes des candidats, l'autorité concédante élimine les candidatures incomplètes ou irrecevables et dresse la liste des candidats admis à participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession.

ARTICLE L.3123-20
Est irrecevable une candidature présentée par un candidat qui ne peut participer à la procédure de passation en application des articles L.3123-1 à L.3123-14, L.3123-16 et L.3123-17 ou qui ne possède pas les capacités ou les aptitudes exigées en application de la présente section.

ARTICLE L.3123-21
Pour la passation d'un contrat de concession de défense ou de sécurité, l'autorité concédante peut écarter un opérateur économique qui ne dispose pas des capacités techniques. Ces capacités sont appréciées au regard, notamment, de l'implantation hors du territoire de l'Union européenne de l'outillage, du matériel, de l'équipement technique, du personnel, du savoir-faire et des sources d'approvisionnement dont il dispose pour exécuter la concession, faire face à d'éventuelles augmentations des besoins par suite d'une crise ou pour assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des prestations faisant l'objet de la concession.

Sous-section 1 : Exigences générales de l'autorité concédante

ARTICLE R.3123-1
L'autorité concédante vérifie les conditions de participation relatives aux capacités et aux aptitudes des candidats nécessaires à la bonne exécution du contrat de concession.

ARTICLE R.3123-2
L'autorité concédante ne peut exiger des candidats que des renseignements et documents à caractère non discriminatoire et proportionnés à l'objet du contrat de concession ainsi que des renseignements et documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager.
Elle peut notamment exiger que les personnes morales indiquent, dans leur candidature, les noms et les qualifications professionnelles des personnes qui seront chargées de l'exécution du contrat de concession.

ARTICLE R.3123-3
L'autorité concédante peut exiger, si l'objet ou les conditions du contrat le justifient, des renseignements relatifs à l'habilitation préalable des candidats, en application des articles R.2311-1 et suivants du Code de la défense. Elle peut accorder à ceux qui ne sont pas habilités au moment du dépôt de leur candidature un délai supplémentaire pour obtenir cette habilitation. Elle indique ce délai dans l'avis de concession ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation.

ARTICLE R.3123-4
Lorsque l'autorité concédante décide d'exiger des candidats des niveaux minimaux de capacité, ceux-ci doivent être liés et proportionnés à l'objet du contrat de concession.

ARTICLE R.3123-5
Les renseignements, documents et les niveaux minimaux de capacité demandés au titre de la présente sous-section sont précisés par l'autorité concédante dans l'avis de concession ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation.

Sous-section 2 : Conditions de participation propres aux contrats de concession de défense ou de sécurité

ARTICLES R.3123-6 À R.3123-8
Non reproduits.

Sous-section 3 : Groupements d'opérateurs économiques

ARTICLE R.3123-9
Peuvent se porter candidats des groupements d'opérateurs économiques.

ARTICLE R.3123-10
L'autorité concédante ne peut exiger que le groupement d'opérateurs économiques ait une forme juridique déterminée lors de la présentation d'une candidature ou d'une offre.
Toutefois, l'autorité concédante ne peut exiger que les groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme juridique déterminée après l'attribution du contrat de concession que lorsque cela est nécessaire à sa bonne exécution. Dans ce cas, l'autorité concédante précise la forme qui sera imposée après attribution dans les documents de la consultation.

Sous-section 4 : Réduction du nombre de candidats

ARTICLE R.3123-11
L'autorité concédante peut limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre. Dans ce cas, elle fixe, dans les documents de la consultation, un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et, le cas échéant, un nombre maximum.
Le nombre de candidats admis à présenter une offre doit garantir une concurrence effective.

ARTICLE R.3123-12
L'autorité concédante procède à la sélection des candidats en appliquant des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du contrat de concession relatifs à leurs capacités et à leurs aptitudes. Ces critères sont mentionnés dans les documents de la consultation.

ARTICLE R.3123-13
Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum indiqué dans les documents de la consultation, l'autorité concédante peut continuer la procédure avec le ou les seuls candidats sélectionnés.

SECTION 3 : PRÉSENTATION ET ANALYSE DES CANDIDATURES

Sous-section 1 : Délai de réception des candidatures

ARTICLE R.3123-14
L'autorité concédante fixe le délai de réception des candidatures en fonction

notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire.
Le délai minimum de réception des candidatures, accompagnées le cas échéant des offres, est de:
1° Trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de concession;
2° Vingt-cinq jours lorsque l'autorité concédante accepte que les candidatures lui soient transmises par voie électronique.

ARTICLE R.3123-15
Lorsque les candidatures ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du contrat ou après consultation sur place de documents complémentaires, le délai de réception des candidatures est fixé de manière à permettre aux opérateurs économiques concernés de prendre connaissance des informations nécessaires au dépôt de leur candidature.

JURISPRUDENCE

● **Un acheteur peut écarter une offre comme étant irrégulière au motif que le candidat n'a pas réalisé la visite obligatoire du lieu d'exécution du marché, quand bien même ce candidat aurait réalisé cette visite de son côté, seul, la veille, en regardant l'environnement du chantier.**
TA Rennes, 26 octobre 2022, n°2205090

Sous-section 2 : Eléments à produire par le candidat

ARTICLE R.3123-16
Le candidat produit, à l'appui de sa candidature, une déclaration sur l'honneur attestant:
1° Qu'il ne fait l'objet d'aucune exclusion de la participation à la procédure de passation des contrats de concession prévue aux articles L.3123-1 à L.3123-14;
2° Que les renseignements et documents relatifs à ses capacités et à ses aptitudes, exigés en application des articles L.3123-18, L.3123-19 et L.3123-21 et dans les conditions fixées aux articles R.3123-1 à R.3123-8, sont exacts.

ARTICLE R.3123-17
Le candidat produit, au plus tard avant l'attribution du contrat, tout document attestant qu'il ne fait l'objet d'aucune exclusion de la participation à la procédure de passation des contrats de concession prévue aux articles L.3123-1 à L.3123-14.

ARTICLE R.3123-18
Pour justifier qu'il a satisfait aux obligations prévues à l'article L.3123-2, le candidat produit un certificat délivré par les administrations et organismes compétents.
La liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales devant donner lieu à délivrance d'un certificat ainsi que la liste des administrations et organismes compétents figurent dans un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code.

ARTICLE R.3123-19
Si le candidat s'appuie sur les capacités et aptitudes d'autres opérateurs économiques, il justifie des capacités et aptitudes de ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pendant toute l'exécution du contrat. Cette preuve peut être apportée par tout moyen approprié.
En ce qui concerne la capacité financière, l'autorité concédante peut exiger que l'opérateur économique et les autres entités en question soient solidairement responsables de l'exécution du contrat de concession.

Sous-section 3 : Examen des candidatures

ARTICLE R.3123-20
Avant de procéder à l'examen des candidatures, l'autorité concédante qui constate que manquent des pièces ou informations dont la production était obligatoire conformément aux dispositions des articles R.3123-1 à R.3123-8 et aux articles R.3123-16 à R.3123-19 peut demander aux candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié. Elle informe alors les autres candidats de la mise en œuvre de la présente disposition.

ARTICLE R.3123-21
Ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession:
1° Les candidats qui produisent une candidature incomplète, le cas échéant après mise en œuvre des dispositions de l'article R.3123-20, ou contenant de faux renseignements ou documents;
2° Les candidats qui produisent une candidature irrecevable.

JURISPRUDENCE

● **Même si une entreprise n'a pas été candidate à une concession, elle peut contester celle-ci, mais à condition qu'elle démontre que la procédure lui a porté préjudice ou lui portera préjudice. Le juge des référés doit vérifier ce point.**
CE, 27 novembre 2019, n°432996

Chapitre IV : Phase d'offre

SECTION 1 : ORGANISATION DE LA NÉGOCIATION DES OFFRES

ARTICLE L.3124-1
Lorsque l'autorité concédante recourt à la négociation pour attribuer le contrat de concession, elle organise librement la négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation.

COMMENTAIRE

Les modalités de négociation (sur place, de manière dématérialisée, etc.) doivent être définies dans le règlement de consultation. Le terme «librement» ne signifie pas une libre imagination postérieurement à la réception des offres.

JURISPRUDENCES

● **Au cours d'une consultation, l'autorité concédante peut apporter des adaptations à l'objet du contrat qu'elle envisage de conclure, lorsque ces adaptations sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire (CE, 21 février 2014, req. n° 373159 ; CE, 21 juin 2000, req. n° 209319). Mais elle doit informer tous les candidats invités à négocier, de cette nouvelle faculté d'offre alternative, afin qu'ils puissent adapter leurs offres ou présenter «un argumentaire technique et économique à l'appui du choix de maintenir le programme initial d'équipement». Attention, il n'est pas certain que la décision soit identique sous l'empire de l'article L.3124-1 désormais en vigueur, car l'étendue de la négociation est limitée.**
CE, 14 octobre 2019, n°418317

● **Lors de l'analyse des offres reçues pour une concession, la collectivité n'a pas le droit de**

recalculer les offres, notamment en ce qui concerne la participation financière de l'administration. Cette modification a eu pour effet de valoriser une offre au détriment d'une autre (manipulation de chiffres rompant l'égalité de traitement entre les candidats).
CE, 20 décembre 2019, n°419993

ARTICLE R.3124-1
Lorsque l'autorité concédante fait usage de la possibilité de négocier prévue à l'article L.3121-1, elle peut décider de limiter le nombre de soumissionnaires admis à participer à la négociation. Elle procède à la sélection du ou des soumissionnaires en appliquant les critères d'attribution fixés aux articles R.3124-4 et R.3124-5.

ARTICLE R.3124-2
L'autorité concédante fixe le délai de remise des offres en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire, et, lorsqu'il y a lieu, conformément aux dispositions de l'article R.3122-11, de l'impossibilité d'offrir un accès dématérialisé aux documents de la consultation.
Sous réserve des dispositions de l'article R.3123-14, le délai minimum de remise des offres est de:
1° Vingt-deux jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre;
2° Dix-sept jours lorsque l'autorité concédante accepte que les offres lui soient transmises par voie électronique.

ARTICLE R.3124-3
Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du contrat ou après consultation sur place de documents complémentaires, le délai de réception des offres est fixé de manière à permettre aux opérateurs économiques concernés de prendre connaissance des informations nécessaires au dépôt de leur offre.

JURISPRUDENCE

● **Un acheteur peut écarter une offre comme étant irrégulière au motif que le candidat n'a pas réalisé la visite obligatoire du lieu d'exécution du marché, quand bien même ce candidat aurait réalisé cette visite de son côté, seul, la veille, en regardant l'environnement du chantier.**
TA Rennes, 26 octobre 2022, n°2205090

SECTION 2: CHOIX DE L'OFFRE

Sous-section 1: Offres irrégulières ou inappropriées

COMMENTAIRE

Le CCP n'emploie pas pour les marchés de concession, l'expression d'offre «inacceptable», étant donné qu'une phase de négociation peut valablement avoir lieu. L'étendue valable des échanges est d'interprétation plus souple dans les concessions que dans les marchés publics classiques.

ARTICLE L.3124-2
L'autorité concédante écarte les offres irrégulières ou inappropriées.

ARTICLE L.3124-3
Une offre est irrégulière lorsqu'elle ne respecte pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation.

ARTICLE L.3124-4
Une offre est inappropriée lorsqu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences de l'autorité concédante spécifiés dans les documents de la consultation.

Sous-section 2: Choix de l'offre présentant le meilleur avantage économique global

ARTICLE L.3124-5
Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. Parmi ces critères peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation. Lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers.
Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective. Ils sont rendus publics dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.
Les modalités d'application du présent article sont prévues par voie réglementaire.

JURISPRUDENCE

● **La méthode de notation reposant sur un chantier masqué est utilisable dans le cadre des critères d'attribution d'une délégation de service public.**
TA Rennes, 19 avril 2022, n°2201527

ARTICLE R.3124-4
Pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde, conformément aux dispositions de l'article L.3124-5, sur une pluralité de critères non discriminatoires. Au nombre de ces critères, peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation.
Les critères et leur description sont indiqués dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation.

ARTICLE R.3124-5
L'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance. Leur hiérarchisation est indiquée dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation.
L'autorité concédante peut modifier, à titre exceptionnel, l'ordre des critères pour tenir compte du caractère innovant d'une solution présentée dans une offre. Une telle modification ne doit pas être discriminatoire. Une offre est considérée comme présentant une solution innovante lorsqu'elle comporte des performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel, et qu'elle ne pouvait être prévue par une autorité concédante diligente. L'autorité concédante publie un nouvel avis de concession ou envoie une nouvelle invitation à présenter une offre dans le respect des délais fixés aux articles R.3124-2 et R.3124-3.

ARTICLE R.3124-6
Les offres qui n'ont pas été éliminées en application de l'article L.3124-2 sont classées par ordre décroissant sur la base des critères prévus aux articles R.3124-4 et R.3124-5.
L'offre la mieux classée est retenue.

JURISPRUDENCES

● **Une société chargée de la gestion d'un service de desserte maritime réclamait une indemnité pour cause d'imprévision. Les magistrats constatent cependant que la diminution du fret de 16 % par rapport aux imprévisions de trafic réalisées lors de l'élaboration du contrat n'est pas principalement à l'origine des déficits d'exploitation dont la société requérante faisait état.**
Ils sont la conséquence de la fragilité financière initiale de la société, qui n'était ni imprévisible ni extérieur à l'action du cocontractant, et des conditions dans lesquelles avaient été définis les termes de la délégation, qui n'étaient pas davantage imprévisibles. Donc la théorie de l'imprévision ne peut pas être invoquée.
CE, 21 octobre 2019, req. n°419155

● **Le Conseil d'Etat admet un sous-critère dans lequel une collectivité évalue les retombées des offres sur l'emploi local (créations d'emplois), dans le cadre d'une délégation de service public. Une autorité concédante peut apprécier une offre au regard de ses retombées sur l'emploi local. A noter que le juge sanctionne toutes pratiques départageant les soumissionnaires à travers leurs propositions en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation, lorsqu'elles sont sans rapport avec le contrat (cf. CE, 25 juillet 2001, « Graveline », req. n° 229666).**
CE, 20 décembre 2019, n°4282290

SECTION 3 : ACCÈS AUX CONTRATS DE CONCESSION DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ D'OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES OU DE PRODUITS D'ÉTATS TIERS

ARTICLES L. 3124-6 À L. 3124-7
Non reproduits.

Chapitre V : Achèvement de la procédure

SECTION 1 : INFORMATION DES CANDIDATS ET DES SOUMISSIONNAIRES ÉVINCÉS

ARTICLE L.3125-1
Dès qu'il a fait son choix, l'acheteur le communique aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

Sous-section 1 : Obligation d'information des candidats et soumissionnaires évincés

ARTICLE R.3125-1
L'autorité concédante notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre.
Cette notification précise les motifs de ce rejet et, pour les soumissionnaires, le nom du ou des attributaires ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de l'offre. Elle comporte l'indication de la durée du délai de suspension que l'autorité concédante s'impose, eu égard notamment au mode de transmission retenu.

ARTICLE R.3125-2
L'autorité concédante respecte un délai de seize jours entre la date d'envoi de la notification et la date de conclusion du contrat de concession. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de cette notification à l'ensemble des candidats et soumissionnaires intéressés. Le respect de ces délais n'est pas exigé lorsque le contrat de concession est attribué au seul opérateur ayant participé à la consultation.

Sous-section 2 : Informations communiquées sur demande des candidats ou soumissionnaires évincés

ARTICLE R.3125-3
L'autorité concédante communique aux soumissionnaires ayant présenté une offre qui n'a pas été éliminée en application de l'article L.3124-2 les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue, dans les quinze jours de la réception d'une demande à cette fin.

Sous-section 3 : Information en cas de déclaration sans suite de la procédure de passation

ARTICLE R.3125-4
Lorsque l'autorité concédante décide de ne pas attribuer le contrat de concession ou de recommencer la procédure, elle informe, dans les plus brefs délais, les candidats ou soumissionnaires des motifs de sa décision.

SECTION 2 : SIGNATURE DU CONTRAT DE CONCESSION

ARTICLE R.3125-5
Le contrat de concession peut être signé électroniquement, selon les modalités fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.

SECTION III : AVIS D'ATTRIBUTION

ARTICLE L.3125-2
L'autorité concédante rend public le choix de l'offre retenue, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

ARTICLE R.3125-6
L'autorité concédante envoie pour publication un avis d'attribution dans un délai maximal de quarante-huit jours à compter de la notification du contrat de concession. Cet avis est établi conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n°842/2011.

ARTICLE R.3125-7
L'avis d'attribution est publié au Journal officiel de l'Union européenne et selon les mêmes modalités de transmission que celles définies aux articles R.3122-4 à R.3122-6.

Chapitre VI : Règles particulières à la passation de certains contrats de concession

ARTICLE L.3126-1
Les règles de passation particulières à certains contrats à raison de leur objet ou selon que leur valeur estimée hors taxe est inférieure ou non au seuil européen qui figure dans l'avis annexé au présent code sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

ARTICLE L.3126-2
Par dérogation aux dispositions de l'article L.3122-2, l'autorité concédante n'est pas tenue de consigner les étapes de la procédure de passation des contrats de concession mentionnées à l'article L.3126-1.

ARTICLE L.3126-3

Sans préjudice des dispositions du règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route modifié, les contrats de concession, à l'exception de ceux relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer mentionnés au chapitre Ier du titre II du livre Ier de la deuxième partie du code des transports relevant de son article 5, paragraphe 3 sont soumis aux dispositions des titres Ier et II, à l'exception des articles L.3113-1 à L.3113-3, du second alinéa de l'article L.3114-1 et des articles L.3114-2, L.3114-3 et L.3114-7 à L.3114-10.

ARTICLE R.3126-1

Le présent chapitre s'applique aux contrats de concession suivants:
1° Les contrats de concession dont la valeur estimée est inférieure au seuil européen qui figure dans un avis annexé au présent code;
2° Les contrats de concession qui ont, quelle que soit leur valeur estimée, pour objet:
a) Les activités relevant du c du 1° de l'article L.1212-3;
b) Un des services sociaux ou des autres services spécifiques, dont la liste figure dans l'avis annexé au présent code;
c) L'exploitation de services de transport de voyageurs relevant de l'article L.3126-3.
Ces contrats de concession sont passés conformément aux règles de procédure prévues au présent titre, sous réserve des règles particulières prévues par le présent chapitre.

ARTICLE R.3126-2

Lorsqu'un contrat de concession a pour objet à la fois une activité visée au b du 2° de l'article R.3126-1 et une autre activité de services, il est passé:
1° Selon les règles applicables à son objet principal lorsque cette autre activité de services ne relève pas du présent chapitre. L'objet principal du contrat est déterminé en fonction de la valeur estimée la plus élevée de ces activités respectives;
2° Selon les règles applicables aux contrats qui relèvent du b du 2° de l'article R.3126-1 lorsque l'autre activité est également visée au même article.

SECTION 1: PUBLICITÉ PRÉALABLE

ARTICLE R.3126-3

L'autorité concédante qui envisage d'attribuer un contrat de concession, publie un avis de concession, qui comporte notamment une description de la concession et des conditions de participation à la procédure de passation.
L'avis de concession est établi conformément au modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code.

ARTICLE R.3126-4

L'autorité concédante publie l'avis de concession au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces légales. Elle apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant des services ou des travaux en cause, une publication dans une revue spécialisée correspondant au secteur économique concerné ou au Journal officiel de l'Union européenne est en outre nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le contrat de concession.

ARTICLE R.3126-5

Par dérogation à l'article R.3126-4, lorsque la valeur estimée des contrats de concession visés au b du 2° de l'article R.3126-1 est égale ou supérieure au seuil européen qui figure dans un avis annexé au présent code, l'autorité concédante publie l'avis de concession au Journal officiel de l'Union européenne ainsi qu'au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces légales.

ARTICLE R.3126-6

Les dispositions de l'article R.3122-5 ne sont pas applicables aux contrats de concession qui relèvent du présent chapitre.
Par dérogation à l'alinéa précédent, les contrats de concession ayant pour objet un des services sociaux ou autres services spécifiques dont la liste est publiée par avis annexé au présent code sont soumis aux dispositions de l'article R.3122-5 lorsque leur valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen qui figure dans un avis annexé au présent code.

SECTION 2: COMMUNICATIONS ET ÉCHANGES D'INFORMATION

ARTICLE R.3126-7

Dans l'hypothèse où l'autorité concédante utilise des moyens électroniques, elle assure la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire, selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. Celles-ci tiennent compte des caractéristiques du contrat, notamment de la nature et du montant des travaux ou services en cause.

SECTION 3: CANDIDATURES

ARTICLE R.3126-8

L'autorité concédante fixe le délai de réception des candidatures en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire.

SECTION 4: OFFRES

ARTICLE R.3126-9

L'autorité concédante fixe le délai de remise des offres en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire, et, lorsqu'il y a lieu, conformément aux dispositions de l'article R.3122-11, de l'impossibilité d'offrir un accès dématérialisé aux documents de la consultation.

ARTICLE R.3126-10

L'article R.3124-5 n'est pas applicable aux contrats de concession relevant du présent chapitre.

SECTION 5: ACHÈVEMENT DE LA PROCÉDURE

ARTICLE R.3126-11

Les dispositions de la section 1 du chapitre V du présent titre ne sont pas applicables aux contrats de concession qui relèvent du présent chapitre.
Par dérogation à l'alinéa précédent, les contrats de concession ayant pour objet un des services sociaux ou autres services spécifiques dont la liste est publiée par un avis annexé au présent code sont soumis aux dispositions de la section I du chapitre V du présent titre lorsque leur valeur estimée est

égale ou supérieure au seuil européen qui figure dans un avis annexé au présent code.

ARTICLE R.3126-12

Lorsqu'un candidat ou soumissionnaire écarté lui en fait la demande, l'autorité concédante lui communique les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre ainsi que le nom du ou des attributaires du contrat de concession, dans un délai de quinze jours suivant la réception de cette demande.

ARTICLE R.3126-13

Les dispositions de la section 3 du chapitre V du présent titre ne sont pas applicables aux contrats de concession qui relèvent du présent chapitre.
Par dérogation à l'alinéa précédent, les contrats de concession ayant pour objet un des services sociaux ou autres services spécifiques dont la liste est publiée par un avis annexé au présent code sont soumis aux dispositions de la section 3 du chapitre V du présent titre lorsque leur valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen qui figure dans un avis annexé au présent code.
Toutefois, pour ces derniers, l'autorité concédante peut n'envoyer qu'un avis global chaque trimestre, au plus tard quarante-huit jours après la fin de chaque trimestre.

SECTION 6 : DISPOSITIONS PARTICULIÈRES AUX CONTRATS DE CONCESSION DE SERVICES PUBLICS DE TRANSPORT DE VOYAGEURS PAR CHEMIN DE FER ET PAR ROUTE

ARTICLE R.3126-14

Les contrats de concession visés au c du 2° de l'article R.3126-1 ne sont pas soumis au 1° de l'article R.3121-6.

TITRE III : EXÉCUTION DU CONTRAT DE CONCESSION

Chapitre Ier : Transparence et rapport d'information de l'autorité concédante

SECTION 1 : MISE À DISPOSITION DES DONNÉES ESSENTIELLES

Sous-section 1 : Mise à disposition des données essentielles par l'autorité concédante

ARTICLE L.3131-1

Dans des conditions fixées par voie réglementaire, l'autorité concédante rend accessibles, sous un format ouvert et librement réutilisable, les données essentielles du contrat de concession, sous réserve des dispositions de l'article L.3122-3 et à l'exception des informations dont la divulgation serait contraire à l'ordre public.

ARTICLE R.3131-1

L'autorité concédante offre sur son profil d'acheteur un accès libre, direct et complet aux données essentielles du contrat de concession.
Ces données essentielles portent sur :
1° La passation du contrat ;
2° Le contenu du contrat de concession ;
3° L'exécution du contrat, notamment lorsqu'il y a lieu, sa modification.
Un arrêté du ministre chargé de l'économie qui figure en annexe au présent code fixe la liste de ces données essentielles ainsi que les modalités de leur publication.

COMMENTAIRE

Cf. arrêté du 14 avril 2017 relatif aux données essentielles dans la commande publique, modifié par l'arrêté du 27 juillet 2018 :
I. - Les données essentielles relatives aux contrats de concession mises à disposition sur le profil d'acheteur sont :
1° Le numéro d'identification unique attribué au contrat de concession ;
2° La date de début d'exécution du contrat de concession ;
3° La date de publication des données essentielles du contrat de concession ;
4° Le nom de l'autorité concédante ;
5° Le numéro SIRET de l'autorité concédante ;
6° La nature du contrat de concession correspondant à l'une des mentions suivantes : concession de travaux, concession de service, concession de service public ou délégation de service public ;
7° L'objet du contrat de concession ;
8° La procédure de passation utilisée correspondant à l'une des mentions suivantes : procédure négociée ouverte, procédure non négociée ouverte, procédure négociée restreinte, procédure non négociée restreinte ;
9° Le nom du lieu principal d'exécution ;
10° L'identifiant du lieu principal d'exécution, sous la forme d'un code postal ou d'un code INSEE ;
11° La durée du contrat de concession en nombre de mois ;
12° La valeur globale hors taxes attribuée en euros ;
13° Le montant en euros des subventions ou de tout autre avantage financier octroyés par des tiers pour l'exploitation de la concession ;
14° Le nom du concessionnaire ;
15° Le numéro d'inscription du concessionnaire au répertoire des entreprises et de leurs établissements, prévu à l'article R.123-220 du Code de commerce, à défaut le numéro de TVA intracommunautaire lorsque le siège social est domicilié dans un Etat membre de l'Union européenne autre que la France ou le numéro en vigueur dans le pays lorsque le siège social est domicilié hors de l'Union européenne ;
16° La date de signature du contrat de concession par l'autorité concédante.
II. - Les données relatives à l'exécution du contrat de concession mises à disposition tous les ans, sont :
1° les dépenses d'investissement réalisées par le concessionnaire ;
2° les intitulés des principaux tarifs à la charge des usagers ;
3° les montants des principaux tarifs à la charge des usagers.
III. - Les données relatives aux modifications apportées au contrat de concession sont :
1° La date de publication des données relatives aux modifications apportées au contrat de concession ;
2° L'objet de la modification du contrat de concession ;
3° La durée modifiée du contrat de concession ;
4° La valeur globale hors taxes modifiée en euros du contrat de concession ;
5° La date de signature de la modification du contrat de concession.
Les données essentielles relatives aux modifications des contrats de concession sont mises à disposition sur le profil d'acheteur au plus tard

deux mois à compter de la date de signature de la modification du contrat de concession. Les données relatives à l'exécution des contrats de concession sont mises à disposition sur le profil d'acheteur au plus tard deux mois à compter de la fin de chaque année d'exécution du contrat de concession. Les données essentielles sont maintenues disponibles sur le profil d'acheteur pendant une durée minimale de cinq ans après la fin de l'exécution du marché public ou du contrat de concession à l'exception des données essentielles dont la divulgation serait devenue contraire aux intérêts en matière de défense ou de sécurité ou à l'ordre public.

Sous-section 2 : Mise à disposition de données par le concessionnaire en cas de gestion concédée d'un service public

ARTICLE L.3131-2

Lorsque la gestion d'un service public est concédée, le concessionnaire fournit à l'autorité concédante, sous format électronique, dans un standard ouvert librement réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé, les données et les bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public faisant l'objet du contrat et qui sont indispensables à son exécution.

Pour les contrats de concession pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis de concession a été envoyé à la publication avant la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, le concessionnaire n'est tenu de transmettre les données et bases de données qu'à la seule fin de préparer le renouvellement du contrat.

ARTICLE L.3131-3

Le concessionnaire peut, dès la conclusion du contrat de concession ou au cours de son exécution, être dispensé de tout ou partie des obligations prévues par l'article L.3131-2 par décision motivée de l'autorité concédante fondée sur des motifs d'intérêt général et rendue publique.

ARTICLE L.3131-4

L'autorité concédante ou un tiers désigné par celle-ci peut extraire et exploiter librement tout ou partie de ces données et bases de données, notamment en vue de leur mise à disposition à titre gratuit à des fins de réutilisation à titre gratuit ou onéreux.

Les données et bases de données fournies par le concessionnaire sont mises à disposition ou publiées dans le respect des articles L.311-5 à L.311-7 du code des relations entre le public et l'administration.

SECTION 2 : RAPPORT D'INFORMATION À L'AUTORITÉ CONCÉDANTE

ARTICLE L.3131-5

Le concessionnaire produit chaque année un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat de concession et une analyse de la qualité des ouvrages ou des services.

Lorsque la gestion d'un service public est concédée, y compris dans le cas prévu à l'article L.1121-4, ce rapport permet en outre aux autorités concédantes d'apprécier les conditions d'exécution du service public.

ARTICLE R.3131-2

Le rapport prévu par l'article L.3131-5 est produit chaque année par le concessionnaire, avant le 1er juin.

Il tient compte des spécificités du secteur d'activité concerné et respecte les principes comptables d'indépendance des exercices et de permanence des méthodes retenues pour l'élaboration de chacune de ses parties, tout en permettant la comparaison entre l'année en cours et la précédente. Toutes les pièces justificatives des éléments de ce rapport sont tenues par le concessionnaire à la disposition de l'autorité concédante, dans le cadre de son droit de contrôle.

ARTICLE R.3131-3

Le rapport comprend, notamment:

1° Les données comptables suivantes:

a) Le compte annuel de résultat de l'exploitation de la concession rappelant les données présentées l'année précédente au titre du contrat en cours. Pour l'établissement de ce compte, l'imputation des charges s'effectue par affectation directe pour les charges directes et selon des critères internes issus de la comptabilité analytique ou selon une clé de répartition dont les modalités sont précisées dans le rapport pour les charges indirectes, notamment les charges de structure;

b) Une présentation des méthodes et des éléments de calcul économique annuel et pluriannuel retenus pour la détermination des produits et charges directs et indirects imputés au compte de résultat de l'exploitation, les méthodes étant identiques d'une année sur l'autre sauf modification exceptionnelle et dûment motivée;

c) Un état des variations du patrimoine immobilier intervenues dans le cadre du contrat;

d) Un état des autres dépenses de renouvellement réalisées dans l'année conformément aux obligations contractuelles;

2° Une analyse de la qualité des ouvrages ou des services demandés au concessionnaire, comportant tout élément qui permette d'apprécier la qualité des ouvrages ou des services exploités et les mesures proposées par le concessionnaire pour une meilleure satisfaction des usagers. La qualité des ouvrages ou des services est notamment appréciée à partir d'indicateurs, proposés par le concessionnaire ou demandés par l'autorité concédante et définis par voie contractuelle.

ARTICLE R.3131-4

Lorsque la gestion d'un service public est concédée, le rapport comprend également:

1° Les données comptables suivantes:

a) Un compte rendu de la situation des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé, comportant notamment une description des biens et, le cas échéant, le programme d'investissement, y compris au regard des normes environnementales et de sécurité;

b) Un état du suivi du programme contractuel d'investissements en premier établissement et du renouvellement des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé ainsi qu'une présentation de la méthode de calcul de la charge économique imputée au compte annuel de résultat d'exploitation de la concession;

c) Un inventaire des biens désignés au contrat comme biens de retour et de reprise du service concédé;

d) Les engagements à incidences financières, y compris en matière de personnel, liés à la concession et nécessaires à la continuité du service public;

2° Une annexe comprenant un compte rendu technique et financier comportant les informations utiles relatives à l'exécution du service, notamment les tarifs pratiqués, leur

mode de détermination et leur évolution, ainsi que les autres recettes d'exploitation.

SECTION 3 : OBSERVATOIRE ÉCONOMIQUE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

ARTICLE R.3131-5

Les travaux de l'Observatoire économique de la commande publique prévus aux articles R.2196-2 à R.2196-4 portent également sur les contrats de concession.

Chapitre II : Occupation domaniale et biens de la concession

JURISPRUDENCE

● **La délégation à un tiers de la gestion du service public exploité au moyen d'un réseau public relevant du domaine public, routier ou non, n'entraîne pas nécessairement, dans le silence de la convention, le transfert au concessionnaire de la compétence pour autoriser l'occupation de ce réseau par les exploitants de réseaux ouverts au public, ainsi que celle pour fixer et percevoir les redevances correspondantes.**
CE, 24 février 2020, n°427280

ARTICLE L.3132-1

Lorsque le contrat de concession emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée.

ARTICLE L.3132-2

Le contrat de concession peut attribuer au concessionnaire des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise.
Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.

ARTICLE L.3132-3

Le concessionnaire peut être autorisé, avec l'accord expressément formulé de l'autorité concédante, à conclure des baux ou droits réels d'une durée excédant celle du contrat de concession.
Les autorisations données par l'autorité concédante, ainsi que les baux et droits réels qui en résultent, constituent des accessoires au contrat de concession et sont, à l'issue de la durée du contrat, transférés à l'autorité concédante.

ARTICLE L.3132-4

Lorsqu'une autorité concédante de droit public a conclu un contrat de concession de travaux ou a concédé la gestion d'un service public:
1° Les biens, meubles ou immeubles, qui résultent d'investissements du concessionnaire et sont nécessaires au fonctionnement du service public sont les biens de retour. Dans le silence du contrat, ils sont et demeurent la propriété de la personne publique dès leur réalisation ou leur acquisition;
2° Les biens, meubles ou immeubles, qui ne sont pas remis au concessionnaire par l'autorité concédante de droit public et qui ne sont pas indispensables au fonctionnement du service public sont les biens de reprise. Ils sont la propriété du concessionnaire, sauf stipulation contraire prévue par le contrat de concession;
3° Les biens qui ne sont ni des biens de retour, ni des biens de reprise, sont des biens propres. Ils sont et demeurent la propriété du concessionnaire.

ARTICLE L.3132-5

Au terme du contrat de concession de travaux ou du contrat concédant un service public, les biens de retour mentionnés à l'article L.3132-4 qui ont été amortis au cours de l'exécution du contrat de concession font retour dans le patrimoine de la personne publique gratuitement, sous réserve des stipulations du contrat permettant à celle-ci de faire reprendre par le concessionnaire les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public. L'octroi au concessionnaire, pour la durée du contrat, de la propriété des biens nécessaires au service public autres que les ouvrages établis sur la propriété d'une personne publique ou certains droits réels sur ces biens ne peut faire obstacle au retour gratuit de ces biens dans le patrimoine de la personne publique, sous réserve des stipulations permettant à celle-ci de faire reprendre par le concessionnaire les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public.

ARTICLE L.3132-6

Le contrat de concession de travaux ou le contrat concédant un service public peut également prévoir une faculté de reprise au profit de la personne publique concédante au terme du contrat, moyennant un prix convenu entre les parties ou, le cas échéant, gratuitement, des biens appartenant au concessionnaire qui ne sont pas nécessaires au fonctionnement du service public.

Chapitre III : Exécution financière

SECTION 1 : FACTURATION ÉLECTRONIQUE

Sous-section 1 : Transmission et réception des factures sous forme électronique

ARTICLE L.3133-1

Les titulaires de contrats de concession conclus avec les personnes morales de droit public transmettent leurs factures sous forme électronique.
Le présent article n'est pas applicable aux contrats de concession de défense ou de sécurité.

JURISPRUDENCE

● **Selon le Conseil d'Etat : « une personne publique peut s'engager, par une convention, à ce que son pouvoir d'émettre un titre exécutoire à l'encontre de son cocontractant débiteur ne soit exercé qu'après la mise en œuvre d'une procédure de conciliation », mais « elle ne peut renoncer contractuellement ni à ce pouvoir ni à sa faculté de saisir le juge administratif ».**
CE, 20 septembre 2019, n°419381

ARTICLE L.3133-2

Les personnes morales de droit public acceptent les factures transmises sous forme électronique par les titulaires de contrats de concession mentionnés à l'article L.3133-1.

ARTICLE L.3133-3

Sans préjudice de l'article L.3133-2, les autorités concédantes acceptent les factures conformes à la norme de facturation électronique définie par voie réglementaire et transmises sous forme électronique par les titulaires de contrats de concession.

ARTICLE L.3133-4

Les articles L.3133-2 et L.3133-3 ne sont pas applicables aux contrats de concession de défense ou de sécurité lorsque leur passation et leur exécution sont déclarées secrètes ou doivent s'accompagner de mesures particulières de sécurité.

ARTICLE L.3133-5

Les modalités d'application de la présente sous-section, notamment les éléments essentiels que doivent contenir les factures électroniques, sont définies par voie réglementaire.

Paragraphe 1 : Norme de facturation électronique

ARTICLE D.3133-1

La norme de facturation électronique mentionnée à l'article L.3133-3 est celle fixée par la décision (UE) 2017/1870 de la Commission européenne du 16 octobre 2017 concernant la publication de la référence de la norme européenne sur la facturation électronique et de la liste des syntaxes en vertu de la directive 2014/55/UE du Parlement européen et du Conseil.

Paragraphe 2 : Mentions obligatoires des factures sous forme électronique

ARTICLE D.3133-2

Sans préjudice des mentions obligatoires fixées par les dispositions législatives ou réglementaires, les factures mentionnées aux articles L.3133-1 à L.3133-3 comportent les mentions suivantes:
1° La date d'émission de la facture;
2° La désignation de l'émetteur et du destinataire de la facture;
3° Le numéro unique basé sur une séquence chronologique et continue établie par l'émetteur de la facture, la numérotation pouvant être établie dans ces conditions sur une ou plusieurs séries;
4° En cas de contrat exécuté au moyen de bons de commande, le numéro du bon de commande ou, dans les autres cas, les références du contrat ou le numéro de l'engagement attribué par le système d'information financière et comptable du destinataire de la facture;
5° La désignation du payeur, avec l'indication, pour les personnes publiques, du code d'identification du service chargé du paiement;
6° La date de livraison des fournitures ou d'exécution des services ou des travaux;
7° La quantité et la dénomination précise des produits livrés, des prestations et travaux réalisés;
8° Le prix unitaire hors taxes des produits livrés, des prestations et travaux réalisés ou, lorsqu'il y a lieu, leur prix forfaitaire;
9° Le montant total de la facture, le montant total hors taxes et le montant de la taxe à payer, ainsi que la répartition de ces montants par taux de taxe sur la valeur ajoutée, ou, le cas échéant, le bénéfice d'une exonération;
10° L'identification, le cas échéant, du représentant fiscal de l'émetteur de la facture;
11° Le cas échéant, les modalités de règlement;
12° Le cas échéant, les renseignements relatifs aux déductions ou versements complémentaires.
Les factures comportent en outre les numéros d'identité de l'émetteur et du destinataire de la facture, attribués à chaque établissement concerné ou, à défaut, à chaque personne en application de l'article R.123-221 du Code de commerce.
Pour les émetteurs ne disposant pas du numéro d'identité mentionné à l'alinéa précédent, un arrêté du ministre chargé du budget, annexé au présent code, fixe l'identifiant qui doit être porté sur les factures.

Sous-section 2 : Portail public de facturation

ARTICLE L.3133-6

Une solution mutualisée, mise à disposition par l'Etat et dénommée «portail public de facturation», permet le dépôt, la réception et la transmission des factures sous forme électronique ainsi que des données relatives aux mentions figurant sur les factures électroniques conformément au deuxième alinéa du II de l'article 289 bis du Code général des impôts. Pour la mise en œuvre des obligations résultant de la sous-section 1 de la présente section, utilisent le portail public de facturation:
1° L'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics;
2° Les titulaires de contrats de concession conclus avec une autorité concédante mentionnée au 1°.

ARTICLE L.3133-7

Ne sont pas soumises à la présente sous-section les factures émises en exécution des contrats de concession passés par:
1° L'Etat et ses établissements publics en cas d'impératif de défense ou de sécurité nationale;
2° La Caisse des dépôts et consignations;
3° L'établissement public mentionné à l'article L.2142-1 du code des transports;
4° La SNCF, SNCF Réseau et SNCF Voyageurs.

ARTICLE L.3133-8

Les modalités d'application de la présente sous-section sont précisées par voie réglementaire.

ARTICLE R.3133-3

Un arrêté du ministre chargé du budget, annexé au présent code, définit les modalités techniques selon lesquelles le dépôt, la transmission et la réception des factures sont effectués sur le portail public de facturation en application de l'article L.3133-6. Ces modalités garantissent la réception immédiate et intégrale des factures et assurent la fiabilité de l'identification de l'émetteur, l'intégrité des données, la sécurité, la confidentialité et la traçabilité des échanges. L'utilisation du portail public de facturation est exclusive de tout autre mode de transmission. Lorsqu'une facture lui est transmise en dehors de ce portail, la personne publique destinataire ne peut la rejeter qu'après avoir informé l'émetteur par tout moyen de l'obligation prévue à l'article L.3133-1 et l'avoir invité à s'y conformer en utilisant ce portail.

ARTICLE L.3133-9

Non reproduit.

SECTION 2 : DÉLAIS DE PAIEMENT

Sous-section 1 : Fixation du délai de paiement

ARTICLE L.3133-10

Les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entités adjudicatrices, paient les sommes dues en principal en exécution d'un contrat de concession dans un délai prévu par celui-ci ou, à défaut, dans un délai fixé par voie réglementaire et qui peut être différent selon les catégories de pouvoirs adjudicateurs.
Lorsqu'un délai de paiement est prévu dans le contrat de concession, il ne peut excéder le délai prévu par voie réglementaire.

ARTICLE L.3133-11

Les entités adjudicatrices mentionnées aux 2° et 3° de l'article L.1212-1 paient les sommes dues en principal en exécution

d'un contrat de concession dans le délai prévu à l'article L.441-10 et au 5° du II de l'article L.441-11 du Code de commerce.

ARTICLE R.3133-10

Le délai de paiement prévu au premier alinéa de l'article L.3133-10 est fixé à trente jours pour les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice.

ARTICLE R.3133-11

Par dérogation à l'article R.3133-10, le délai de paiement est fixé à:
1° Cinquante jours pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées;
2° Soixante jours pour les entreprises publiques au sens du II de l'article 1er de l'ordonnance du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/ CEE du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, à l'exception de celles ayant la nature d'établissements publics locaux.

ARTICLE R.3133-12

Sous réserve des dispositions prévues aux articles R.3133-13 à R.3133-17, le délai de paiement court à compter de la date de réception de la demande de paiement par le pouvoir adjudicateur ou, si le contrat de concession le prévoit, toute autre personne habilitée à cet effet.

ARTICLE R.3133-13

Lorsque la date de réception de la demande de paiement est incertaine ou antérieure à la date d'exécution des prestations, le délai de paiement court à compter de la date d'exécution des prestations.

ARTICLE R.3133-14

La date de réception de la demande de paiement et la date d'exécution des prestations sont constatées par les services du pouvoir adjudicateur ou, le cas échéant, par le maître d'œuvre ou la personne habilitée à cet effet. A défaut, la date de la demande de paiement augmentée de deux jours fait foi. En cas de litige, il appartient au créancier d'apporter la preuve de cette date. La date de réception de la demande de paiement ne peut faire l'objet d'un accord contractuel entre le pouvoir adjudicateur et son créancier.

ARTICLE R.3133-15

Lorsque la demande de paiement relève de l'obligation de facturation électronique prévue aux articles L.3133-1 à L.3133-3, la date de réception de la demande de paiement par le pouvoir adjudicateur correspond:
1° Lorsque les factures sont transmises par échange de données informatisé, à la date à laquelle le système d'information budgétaire et comptable de l'Etat horodate l'arrivée de la facture et, pour les autres pouvoirs adjudicateurs, à la date de notification du message électronique l'informant de la mise à disposition de la facture sur le portail public de facturation mentionné à l'article L.3133-6;
2° Lorsque les factures sont transmises par le mode portail ou service, à la date de notification au pouvoir adjudicateur du message électronique l'informant de la mise à disposition de la facture sur ce portail.

ARTICLE R.3133-16

Lorsque le contrat de concession prévoit une procédure de vérification de la conformité des prestations, il peut prévoir que le délai de paiement court à compter de la date à laquelle cette conformité est constatée, si cette date est postérieure à la date de réception de la demande de paiement.
La durée de la procédure de vérification ne peut excéder trente jours. Toutefois, une durée plus longue peut être prévue par le contrat de concession, à condition que cela ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier, notamment au regard de l'usage ou des bonnes pratiques.
A défaut de décision expresse dans ce délai, les prestations sont réputées conformes.

ARTICLE R.3133-17

Si le pouvoir adjudicateur recourt à un prestataire dont l'intervention conditionne le paiement des sommes dues, l'intervention de celui-ci ne modifie pas le délai de paiement qui s'impose au pouvoir adjudicateur.

ARTICLE R.3133-18

En cas de versement d'une avance, le délai de paiement de celle-ci court à compter de:
1° La date de notification du contrat de concession;
2° Lorsque le contrat de concession le prévoit, la date de notification de l'acte qui emporte commencement d'exécution des prestations correspondant à l'avance.
Dans les autres cas, le délai de paiement court à compter de la date à laquelle les conditions prévues par le contrat de concession pour le versement de l'avance sont remplies ou, dans le silence du contrat, à compter de sa date de notification.

ARTICLE R.3133-19

Lorsque la constitution d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire est exigée, le délai de paiement de l'avance ne peut courir avant la réception de cette garantie ou de cette caution.

ARTICLE R.3133-20

En cas de versement d'une indemnité de résiliation, le délai de paiement de cette indemnité court à compter de la date à laquelle le montant de l'indemnité est arrêté, une fois la décision de résiliation notifiée.

ARTICLE R.3133-21

Lorsque la demande de paiement ne comporte pas l'ensemble des pièces et des mentions prévues par la loi ou par le contrat de concession ou que celles-ci sont erronées ou incohérentes, le délai de paiement peut être interrompu une seule fois par le pouvoir adjudicateur. Pour les pouvoirs adjudicateurs dotés d'un comptable public, cette interruption ne peut intervenir qu'avant l'ordonnancement de la dépense.

ARTICLE R.3133-22

L'interruption du délai de paiement mentionné à l'article R.3133-21 fait l'objet d'une notification au créancier par tout moyen permettant d'attester une date certaine de réception.
Cette notification précise les raisons imputables au créancier qui s'opposent au paiement, ainsi que les pièces à fournir ou à compléter.

ARTICLE R.3133-23

A compter de la réception de la totalité des pièces et mentions prévues à l'article R.3133-21, un nouveau délai de paiement est ouvert.

Ce délai est de trente jours ou égal au solde restant à courir à la date de réception de la notification de l'interruption si ce solde est supérieur à trente jours.

ARTICLE R.3133-24
Lorsque l'ordonnateur et le comptable public ne relèvent pas de la même personne morale et ont convenu d'un délai de règlement conventionnel dans les conditions prévues à l'article 12 du décret n°2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique, ce nouveau délai ne peut être inférieur à quinze jours augmentés du délai prévu pour l'intervention du comptable public dans le cadre de ce délai de règlement conventionnel.

Sous-section 2 : Intérêts moratoires, indemnités forfaitaire et complémentaire pour frais de recouvrement

ARTICLE L.3133-12
Le retard de paiement est constitué lorsque les sommes dues au créancier, qui a rempli ses obligations légales et contractuelles, ne sont pas versées par le pouvoir adjudicateur à l'échéance prévue au contrat de concession ou à l'expiration du délai de paiement.

ARTICLE L.3133-13
Le retard de paiement ouvre droit, dans les conditions prévues à la présente sous-section, à des intérêts moratoires, à une indemnité forfaitaire et, le cas échéant, à une indemnisation complémentaire versés au créancier par le pouvoir adjudicateur.
Dès le lendemain de l'expiration du délai de paiement ou de l'échéance prévue par le contrat de concession, le retard de paiement fait courir, de plein droit et sans autre formalité, des intérêts moratoires dont le taux est fixé par voie réglementaire.
Il donne lieu, de plein droit et sans autre formalité, au versement d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement, dont le montant est fixé par voie réglementaire.
Lorsque les frais de recouvrement exposés sont supérieurs au montant de l'indemnité forfaitaire prévue à l'alinéa précédent, le créancier peut demander une indemnisation complémentaire, sur justification.

ARTICLE R.3133-25
Le taux des intérêts moratoires mentionné à l'article L.3133-13 est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de huit points de pourcentage.

ARTICLE R.3133-26
Les intérêts moratoires courent à compter du lendemain de l'expiration du délai de paiement ou de l'échéance prévue par le contrat de concession jusqu'à la date de mise en paiement du principal incluse.

ARTICLE D.3133-27
Le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement est fixé à 40 euros.

ARTICLE R.3133-28
Les intérêts moratoires et l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement sont payés dans un délai de quarante-cinq jours suivant la mise en paiement du principal.

Sous-section 3 : Amende administrative en cas de retard de paiement

ARTICLE L.3133-14
Les entreprises publiques définies au II de l'article 1er de l'ordonnance n°2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entités adjudicatrices mentionnées aux 2° et 3° de l'article L.1212-1 sont passibles d'une amende administrative dont le montant ne peut dépasser deux millions d'euros en cas de dépassement du délai maximal de paiement fixé par voie réglementaire mentionné à l'article L.3133-10, recherché et constaté dans les conditions fixées aux articles L.450-1 à L.450-4, L.450-7 et L.450-8 du Code de commerce.
L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L.470-2 du même code.
Le montant de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

Chapitre IV : Exécution du contrat de concession par des tiers

ARTICLE L.3134-1
Le concessionnaire peut confier à des tiers une part des services ou travaux faisant l'objet du contrat de concession. Il demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du contrat de concession.

ARTICLE L.3134-2
Lorsqu'un tiers à l'encontre duquel il existe un motif d'exclusion est présenté par le concessionnaire au stade de l'exécution du contrat de concession, l'autorité concédante exige son remplacement par un tiers qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion dans les conditions prévues par voie réglementaire.

ARTICLE L.3134-3
Les contrats de concession, à l'exception de ceux relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer mentionnés au chapitre Ier du titre II du livre Ier de la deuxième partie du Code des transports relevant de l'article 5, paragraphe 3 du règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route modifié sont soumis aux dispositions du présent titre, à l'exception des dispositions des articles L.3134-1 et L.3134-2.

ARTICLE R.3134-1
Le concessionnaire indique à l'autorité concédante, après l'attribution du contrat et, au plus tard, au début de son exécution, le nom, les coordonnées et les représentants légaux des tiers participant à ces services ou travaux dans la mesure où ces informations sont connues à ce stade.

ARTICLE R.3134-2
Le concessionnaire informe l'autorité concédante de tout changement relatif aux informations mentionnées à l'article R.3134-1 intervenant au cours de l'exécution du contrat de concession ainsi que des informations requises pour tout nouveau tiers qui participe ultérieurement à ces services ou travaux.

ARTICLE R.3134-3

Pour l'application de l'article L.3134-2, l'autorité concédante exige le remplacement du tiers concerné dans un délai de dix jours à compter de la réception de sa demande par le concessionnaire.

ARTICLE R.3134-4

Les contrats de concession relevant de l'article L.3134-3 sont soumis aux dispositions du présent titre, à l'exception des dispositions du présent chapitre.

Chapitre V : Modification du contrat de concession

COMMENTAIRE

La terminologie « avenant » n'est pas ressuscitée par le CCP. Il est vivement conseillé de ne plus parler d'avenant. Il n'existe plus de définition normative des avenants. Est consacrée cependant une définition très précise des différents cas de modifications en cours d'exécution des concessions. Toute modification ne se traduit pas nécessairement par la conclusion d'un avenant. Une modification peut être « unilatérale », alors qu'un avenant est plutôt « bilatéral ». Et l'ancienne définition des « avenants » ne correspond pas à celle des « modifications » développées ci-après.

ARTICLE L.3135-1

Un contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, lorsque:
1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux;
2° Des travaux ou services supplémentaires sont devenus nécessaires;
3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues;
4° Un nouveau concessionnaire se substitue au concessionnaire initial du contrat de concession;
5° Les modifications ne sont pas substantielles;
6° Les modifications sont de faible montant.
Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du contrat de concession.

ARTICLE L.3135-2

Lorsque l'autorité concédante apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif, le concessionnaire a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat, conformément aux dispositions du 4° de l'article L.6.

JURISPRUDENCE

● **La concurrence économique accrue ne constitue pas un aléa imprévisible dans un marché par nature en pleine mutation au gré des évolutions technologiques (caractère inapplicable de la théorie de l'imprévision).**
CAA Nancy, 28 janvier 2020, n°18NC02597

SECTION 1 : MODIFICATIONS AUTORISÉES

Sous-section 1 : Clauses contractuelles

ARTICLE R.3135-1

Le contrat de concession peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque.
Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

Sous-section 2 : Travaux ou services supplémentaires devenus nécessaires

ARTICLE R.3135-2

Le contrat de concession peut être modifié lorsque, sous réserve de la limite fixée à l'article R.3135-3, des travaux ou services supplémentaires sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le contrat de concession initial, à la condition qu'un changement de concessionnaire soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment aux exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre de la concession initiale.

JURISPRUDENCE

● **Si l'autorité concédante estime qu'elle risque de commander des prestations supplémentaires en cours d'exécution du contrat de concession, sans pour autant être en mesure d'en déterminer le volume exact, elle peut quand même prévoir un critère d'appréciation des offres fondé sur la comparaison des prix unitaires proposés par les candidats pour ces prestations. L'absence de limite quantitative des prestations n'empêche pas ce critère.**
CE, 26 février. 2020, n°436428

ARTICLE R.3135-3

Lorsque le contrat de concession est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant de la modification prévue à l'article R.3135-2 ne peut être supérieur à 50% du montant du contrat de concession initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées dans le respect des dispositions du présent article, cette limite s'applique au montant de chaque modification.
Ces modifications consécutives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

ARTICLE R.3135-4

Pour le calcul du montant de la modification mentionnée à l'article R.3135-2, le montant actualisé du contrat de concession initial est le montant de référence lorsque le contrat de concession comporte une clause d'indexation. Dans le cas contraire, le montant actualisé du contrat de concession initial est calculé en tenant compte de l'inflation moyenne.

Sous-section 3 : Circonstances imprévues

ARTICLE R.3135-5

Le contrat de concession peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir.
Dans ce cas, les dispositions des articles R.3135-3 et R.3135-4 sont applicables.

Sous-section 4 : Substitution d'un nouveau concessionnaire

ARTICLE R.3135-6

Le contrat de concession peut être modifié lorsqu'un nouveau concessionnaire se substitue à celui auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession, dans l'un des cas suivants:
1° En application d'une clause de réexamen ou d'une option définie à l'article R.3135-1;
2° Dans le cas d'une cession du contrat de concession, à la suite d'opérations de

restructuration du concessionnaire initial. Le nouveau concessionnaire justifie des capacités économiques, financières, techniques et professionnelles fixées initialement par l'autorité concédante. Cette cession ne peut être effectuée dans le but de soustraire le contrat de concession aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Sous-section 5 : Modification non substantielle

ARTICLE R.3135-7

Le contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ne sont pas substantielles.
Pour l'application de l'article L.3135-1, une modification est considérée comme substantielle, notamment, lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie:
1° Elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue;
2° Elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat de concession initial;
3° Elle étend considérablement le champ d'application du contrat de concession;
4° Elle a pour effet de remplacer le concessionnaire auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession par un nouveau concessionnaire, en dehors des hypothèses visées à l'article R.3135-6.

JURISPRUDENCE

● **Un manquement contractuel du concessionnaire n'est pas une circonstance imprévisible qui permet une modification sans publicité ni mise en concurrence. Un changement dans l'actionnariat du concessionnaire décidé lors du règlement aimable n'est pas assimilable à une modification de la concession. Et le renforcement des normes de sécurité applicables et les compensations financières demandées au concessionnaire ne sont pas des modifications substantielles.**
CJUE, 7 novembre 2024, aff. C-683/22

Sous-section 6 : Modification de faible montant

ARTICLE R.3135-8

Le contrat de concession peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur au seuil européen qui figure dans l'avis annexé au présent code et à 10% du montant du contrat de concession initial, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions énoncées à l'article R.3135-7 sont remplies.
Les dispositions de l'article R.3135-4 sont applicables au cas de modification prévu au présent article.

ARTICLE R.3135-9

Lorsque plusieurs modifications successives relevant de l'article R.3135-8 sont effectuées, l'autorité concédante prend en compte leur montant cumulé.

SECTION 2 : AVIS DE MODIFICATION

ARTICLE R.3135-10

Pour les contrats de concession ne relevant pas du chapitre VI du titre II du présent livre, l'autorité concédante publie un avis de modification du contrat de concession dans les hypothèses prévues aux articles R.3135-2 et R.3135-5.
Cet avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions fixées aux articles R.3122-4 à R.3122-6, conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre de la passation des marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n°842/2011.

Chapitre VI : Fin des relations contractuelles

SECTION 1 : RÉSILIATION DES CONTRATS DE CONCESSION

JURISPRUDENCE

● **En cas de résiliation anticipée d'une concession, il convient d'indemniser les biens de retour non amortis. Mais attention, le Conseil d'État rappelle que « si les parties à un contrat administratif peuvent déterminer l'étendue et les modalités des droits à indemnité du cocontractant en cas de résiliation du contrat pour un motif d'intérêt général, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le préjudice subi, la fixation des modalités d'indemnisation de la part non amortie des biens de retour dans un contrat de concession obéit, compte tenu de la nature d'un tel préjudice, à des règles spécifiques ». Le concessionnaire a droit à être indemnisé du préjudice qu'il a subi à la suite du retour anticipé des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, dès lors qu'ils n'ont pu être totalement amortis.**
CE, 10 novembre 2021, n° 449985

● **En cas de résiliation, le titulaire d'un contrat de concession peut solliciter une indemnisation de la part non amortie d'une redevance de mise à disposition de biens correspondant à une dépense d'investissement.**
CE, 31 octobre 2024, n° 487995

ARTICLE L.3136-1

Sans préjudice des dispositions de l'article L.6 et des dispositions législatives spéciales, l'autorité concédante peut résilier le contrat de concession dans les cas prévus à la présente section.

ARTICLE L.3136-2

L'autorité concédante peut résilier le contrat de concession en cas de force majeure.

ARTICLE L.3136-3

Lorsque le contrat de concession est un contrat administratif, l'autorité concédante peut le résilier:
1° En cas de faute d'une gravité suffisante du concessionnaire;
2° Pour un motif d'intérêt général, conformément aux dispositions du 5° de l'article L.6.

JURISPRUDENCE

● **Une concession ne pouvait être résiliée pour le seul motif que la société concernée n'avait pas répondu favorablement à une demande de versement de l'acompte de la redevance de l'année, car les magistrats ont considéré que ce non-versement, certes fautif, portait sur une somme très faible eu égard aux investissements engagés par le concessionnaire et à l'équilibre économique de l'exploitation.**
CE, 6 mai 2019, req. n°420070

ARTICLE L.3136-4

Lorsqu'un opérateur économique est, au cours de l'exécution d'un contrat de concession, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux articles L.3123-1 à L.3123-5 et aux articles L.3123-7 à L.3123-13, l'autorité concédante peut résilier le contrat de concession pour ce motif.
L'opérateur informe sans délai l'autorité concédante de ce changement de situation.
Toutefois, l'autorité concédante ne peut prononcer la résiliation du contrat de concession au seul motif que l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire en application de l'article L.631-1 du Code de commerce, sous réserve des hypothèses de résiliation de plein droit prévues au III de l'article L.622-13 du même code.

ARTICLE L.3136-5

Lorsqu'un contrat de concession n'aurait pas dû être attribué à un opérateur économique en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par le droit de l'Union européenne en matière de contrats de concession qui a été reconnu par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre de la procédure prévue à l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'autorité concédante peut le résilier.

ARTICLE L.3136-6

L'autorité concédante peut résilier le contrat de concession lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification qui méconnaîtrait les dispositions du chapitre V du présent titre.

SECTION 2 : MODALITÉS PARTICULIÈRES D'INDEMNISATION DU CONCESSIONNAIRE

ARTICLE L.3136-7

En cas d'annulation ou de résiliation du contrat de concession par le juge, faisant suite au recours d'un tiers, le concessionnaire peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'autorité concédante.

JURISPRUDENCES

● **Dans le cadre d'une résiliation anticipée d'une concession, une collectivité peut valablement établir la valeur nette comptable du montant de l'indemnisation du titulaire d'une concession au titre du retour gratuit anticipé des biens nécessaires au fonctionnement du service public dans le patrimoine de l'administration, même si ces biens auraient été économiquement amortis avant la résiliation du contrat grâce aux résultats de l'exploitation de la concession.**
CE, 27 janvier 2020, n°422104

● **Un recours pour excès de pouvoir peut inclure une demande d'abrogation de dispositions réglementaires (comme on en trouve parfois dans les contrats de concessions).**
CE, 19 novembre 2021, n°437141

● **La réservation de cours de sécurité routière à un seul concessionnaire doit être proportionnée à l'objectif d'intérêt général recherché pour constituer une limitation à la liberté d'établissement compatible avec le droit européen.**
CJUE, 19 janvier 2023, aff. C-292/21

● **La qualité d'ancien exploitant d'une délégation de service public ne suffit pas pour agir dans le cadre du recours ouvert aux tiers visant à mettre fin à l'exécution d'un contrat administratif.**
CE, 24 octobre 2023, n°470101

● **Un concurrent évincé d'une procédure de passation irrégulière, peut obtenir l'indemnisation de son manque à gagner et de ses frais de représentation dès lors qu'il avait une chance sérieuse de se voir attribuer le contrat. La méthode de calcul du manque à gagner « inclut nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre » qui n'ont pas fait l'objet d'une indemnisation par ailleurs (cas en l'espèce, d'une concession).**
CE, 24 avril 2024, n° 472038

ARTICLE L.3136-8

Parmi les dépenses mentionnées à l'article L.3136-7 figurent, s'il y a lieu, les frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat y compris, le cas échéant, les coûts pour le concessionnaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat.
La prise en compte des frais liés au financement est subordonnée à la mention, dans les annexes du contrat de concession, des principales caractéristiques des financements à mettre en place pour les besoins de l'exécution de la concession.

ARTICLE L.3136-9

Lorsqu'une clause du contrat de concession fixe les modalités d'indemnisation du concessionnaire en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat de concession par le juge, elle est réputée divisible des autres stipulations du contrat.

ARTICLE L.3136-10

Lorsque la personne publique concédante résilie avant son terme normal le contrat de concession de travaux ou le contrat concédant un service public, le concessionnaire a droit à l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens, à titre gratuit, dans le patrimoine de la personne publique s'ils n'ont pas été totalement amortis, dans les conditions suivantes:
1° Lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, l'indemnité à laquelle peut prétendre le concessionnaire est égale à la valeur nette comptable des biens;
2° Lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation supérieure à la durée du contrat, l'indemnité à laquelle peut prétendre le concessionnaire est égale à la valeur nette comptable des biens telle qu'elle résulterait de leur amortissement sur la durée du contrat.
L'indemnité à la charge de la personne publique ne saurait excéder le montant calculé au titre des alinéas précédents.

Chapitre VII : Règlement alternatif des différends

SECTION 1 : CONCILIATION ET MÉDIATION

ARTICLE L.3137-1

Les parties à un contrat administratif peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur dans les conditions fixées par les chapitres Ier et II du titre II du livre IV du Code des relations entre le public et l'administration.

ARTICLE L.3137-2

Les parties à un contrat de concession de droit privé peuvent recourir à un tiers conci-

liateur ou médiateur dans les conditions fixées par les dispositions du chapitre Ier du titre VI du livre Ier et du chapitre II du titre Ier du livre V du Code de procédure civile.

SECTION 2 : TRANSACTION

ARTICLE L.3137-3

Les parties à un contrat de concession peuvent recourir à une transaction ainsi que le prévoit l'article 2044 du Code civil.

JURISPRUDENCES

● **L'établissement d'un protocole transactionnel implique une renonciation à toute instance qu'il implique.**
TA Réunion, 15 juillet 2022, n°2100736

● **Le montant de l'indemnité due par des constructeurs en cas de désordre, peut inclure le montant de la TVA grevant les travaux de réfection.**
CE, avis, 19 décembre 2022, n°462156

SECTION III : ARBITRAGE

ARTICLE L.3137-4

Ainsi qu'en dispose le premier alinéa de l'article 2060 du Code civil, les autorités concédantes qui sont des personnes morales de droit public ne peuvent recourir à l'arbitrage, sauf dans les cas prévus par la loi, notamment ceux mentionnés par l'article L.311-6 du Code de justice administrative.

ARTICLE L.3137-5

Le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant des personnes privées dans l'exécution des contrats de concession est possible dans les conditions définies par le livre IV du Code de procédure civile.

LIVRE II : AUTRES CONTRATS DE CONCESSION

ARTICLE L.3200-1

Sans préjudice de dispositions législatives spéciales, les catégories de contrats de concession mentionnées au titre Ier du présent livre sont soumises aux règles particulières définies au titre II.

ARTICLE R.3200-1

Les dispositions du présent livre ne s'appliquent pas aux contrats de concession relevant de l'article 5, paragraphe 3 du règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route.

TITRE IER : CHAMP D'APPLICATION

Chapitre Ier : Relations internes au secteur public

SECTION 1 : QUASI-RÉGIE

COMMENTAIRE

Il s'agit de la terminologie française des prestations souvent qualifiée d'« in house ». La jurisprudence relative à ces contrats est d'origine européenne : CJCE 18 novembre 1999, aff. C-107/98 ; CJCE 11 janvier 2005, aff. C-26/03 ; CJCE 21 juill. 2005, aff. C-231/03 ; CJCE 13 octobre 2005, aff. C-458/03 ; CJCE 10 novembre 2005, aff. C-29/04 ; CJCE 11 mai 2006, aff. C-340/04 ; CJCE 6 avril 2006, aff. C-410/04 ; CJCE 19 avril 2007, aff. C-295/05 ; CJCE 17 juill. 2008, aff. C-371/05 ; CJCE 13 novembre 2008, aff. C-324/07 ; CJCE 6 juin 2009, aff. C-480/06 ; CJUE 8 décembre 2016, aff. C-553/15. Au niveau national, cf. : CE 29 avril 1970, req. n° 77935 ; CE 27 juill. 2001, req. n° 218067 ; CE, Ass, 5 mars 2003, req. n° 233372 ; CE, 9 juill. 2003, req. n° 239879 ; CE, Sect., 6 avril 2007, req. n° 284736 ; etc.

ARTICLE L.3211-1

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession conclus par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, avec une personne morale de droit public ou de droit privé lorsque les conditions suivantes sont réunies :
1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;
2° La personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées soit par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, soit par d'autres personnes morales que celui-ci contrôle, soit par ce pouvoir adjudicateur et d'autres personnes morales qu'il contrôle ;
3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.
Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.

ARTICLE L.3211-2

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession conclus par une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, avec :
1° Soit le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, y compris lorsque ce contrôle est exercé conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, dans les conditions fixées à l'article L.3211-3 ;
2° Soit une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale à laquelle est attribué le contrat de concession ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

ARTICLE L.3211-3

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession conclus par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, qui n'exerce pas sur une personne morale un contrôle dans les conditions prévues à l'article L.3211-1, lorsque les conditions suivantes sont réunies :
1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs,

y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services;
2° La personne morale réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs;
3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

ARTICLE L.3211-4

Les pouvoirs adjudicateurs sont réputés exercer un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque les conditions suivantes sont réunies:
1° Les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux;
2° Ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée;
3° La personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

ARTICLE L.3211-5

Le pourcentage d'activités mentionné à la présente section est déterminé en prenant en compte le chiffre d'affaires total moyen ou tout autre paramètre approprié fondé sur les activités, tel que les coûts supportés, au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du contrat de concession.
Lorsque ces éléments ne sont pas disponibles ou ne sont plus pertinents, le pourcentage d'activités est déterminé sur la base d'une estimation réaliste.

SECTION 2: COOPÉRATION ENTRE POUVOIRS ADJUDICATEURS

ARTICLE L.3211-6

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession par lesquels les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, établissent ou mettent en œuvre une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, lorsque les conditions suivantes sont réunies:
1° La mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général;
2° Les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération.
Ce pourcentage d'activités est déterminé dans les conditions fixées à l'article L.3211-5.

SECTION 3: CONTRATS DE CONCESSION ATTRIBUÉS PAR UNE ENTITÉ ADJUDICATRICE À UNE ENTREPRISE LIÉE

ARTICLE L.3211-7

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession qui, d'une part, sont conclus par une entité adjudicatrice avec une entreprise liée ou par un organisme exclusivement constitué par plusieurs entités adjudicatrices en vue de réaliser une ou plusieurs activités d'opérateur de réseau avec une entreprise liée à l'une de ces entités adjudicatrices et, d'autre part, présentent les caractéristiques suivantes:
1° S'agissant des contrats de concession de services lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du contrat au moins 80% de son chiffre d'affaires moyen en matière de services avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée;
2° S'agissant des contrats de concession de travaux lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du contrat au moins 80% de son chiffre d'affaires moyen en matière de travaux avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée.
Lorsque l'entreprise liée a été créée ou a commencé à exercer son activité moins de trois ans avant l'année de passation du contrat de concession, elle peut se borner à démontrer, notamment par des projections d'activités, que la réalisation de son chiffre d'affaires dans les conditions prévues aux 1°, 2° ci-dessus est vraisemblable.
Lorsque des services ou des travaux, identiques ou comparables, sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, le pourcentage de 80% mentionné ci-dessus est apprécié en tenant compte de la totalité des services ou des travaux fournis par ces entreprises.

ARTICLE L.3211-8

Sont des entreprises liées à une entité adjudicatrice au sens de la présente partie:
1° Les entreprises dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice;
2° Les entreprises qui sont susceptibles d'être, directement ou indirectement, soumises à l'influence dominante de l'entité adjudicatrice au sens du deuxième alinéa de l'article L.1212-2;
3° Les entreprises qui sont susceptibles d'exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice au même sens;
4° Les entreprises qui sont soumises à l'influence dominante d'une entreprise exerçant elle-même une telle influence dominante sur l'entité adjudicatrice au même sens.

SECTION 4: CONTRATS DE CONCESSION ATTRIBUÉS PAR UNE ENTITÉ ADJUDICATRICE À UNE COENTREPRISE

ARTICLE L.3211-9

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession conclus par un organisme constitué exclusivement par des entités adjudicatrices pour exercer une ou plusieurs des activités d'opérateur de réseaux avec l'une de ces entités adjudicatrices ainsi que les contrats de concession conclus par une entité adjudicatrice avec un tel organisme lorsque les conditions suivantes sont réunies:
1° L'organisme a été constitué pour exercer son activité pendant une période d'au moins trois ans;

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

Chapitre II : Contrats de concession conclus par une autorité concédante

SECTION 1 : CONTRATS DE CONCESSION CONCLUS EN APPLICATION DE RÈGLES INTERNATIONALES

ARTICLES L. 3212-1 À L.3212-2

Non reproduits.

SECTION 2 : CONTRATS DE CONCESSION LIÉS À LA SÉCURITÉ OU À LA PROTECTION D'INTÉRÊTS ESSENTIELS DE L'ÉTAT

ARTICLE L.3212-3

Non reproduit.

SECTION 3 : AUTRES CONTRATS DE CONCESSION

ARTICLE L.3212-4

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession suivants:
1° Les services d'acquisition ou de location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens;
2° Les services relatifs à la recherche et développement pour lesquels l'acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation;
3° Les services relatifs à l'arbitrage et aux autres modes alternatifs de règlement des litiges;
4° Les services financiers liés à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers définis à l'article L.211-1 du Code monétaire et financier, à des services fournis par des banques centrales ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le Mécanisme européen de stabilité;
5° Les contrats d'emprunt, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers mentionnés au 4°;
6° Lorsqu'ils sont conclus avec une organisation ou une association à but non lucratif:
a) Les contrats de concession de services d'incendie et de secours;
b) Les contrats de concession de services de protection civile;
c) Les contrats de concession de services de sécurité nucléaire;
d) Les contrats de concession de services ambulanciers, à l'exception de ceux ayant pour objet exclusif le transport de patients;
7° Les services juridiques suivants:
a) Les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires;
b) Les services fournis par des administrateurs, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction;
c) Les services liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique;
d) 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;
e) Les services de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation de toute procédure mentionnée au d du présent 7° 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;
8° Les services qui:
a) Soit sont relatifs aux temps de diffusion ou à la fourniture de programmes lorsqu'ils sont attribués à des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou à des organismes de radiodiffusion;
b) Soit ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion et attribués par des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou radiophonique.
Au sens du présent 8°, la notion de programme inclut le matériel pour programme à l'exclusion du matériel technique;
9° Les services d'exploitation de la loterie attribués à un opérateur économique sur la base d'un droit exclusif.
Les dispositions instituant un tel droit exclusif sont publiées au Journal officiel de l'Union européenne;
10° Les services de transport aérien basés sur l'octroi d'une licence d'exploitation au sens de l'article L.6412-2 du Code des transports;
11° Les services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer, mentionnés au chapitre Ier du titre II du livre Ier de la deuxième partie du Code des transports, relevant de l'article 5, paragraphe 3 du règlement (CE) n°1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route modifié.

COMMENTAIRE

Cet article a été modifié par la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 (art. 140), dite loi « Asap », afin d'étendre l'exonération des services juridiques. Les pouvoirs publics, hostiles à une telle possibilité offerte par le droit européen, avaient dans la version initiale du code considéré volontairement que ces prestations de services ne devaient pas bénéficier d'un régime juridique plus souple. Après avoir défendu ce point de vue avec force, cette « surtransposition » a été finalement très rapidement abandonnée.

Chapitre III : Contrats de concession conclus par un pouvoir adjudicateur

ARTICLE L.3213-1

Lorsqu'ils sont conclus par des pouvoirs adjudicateurs, sont soumis aux règles définies au titre II, les contrats de concession de services conclus avec un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, une ou plusieurs entités adjudicatrices mentionnées au 1° de l'article L.1212-1 ou un opérateur économique lorsqu'ils bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

ARTICLE L.3213-2

Lorsqu'ils sont conclus par des pouvoirs adjudicateurs, sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications élec-

troniques ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communications électroniques.

Chapitre IV : Contrats de concession conclus par une entité adjudicatrice

ARTICLE L.3214-1
Lorsqu'ils sont conclus par des entités adjudicatrices, sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession de services conclus avec un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, une ou plusieurs entités adjudicatrices mentionnées au 1° de l'article L.1212-1 ou un opérateur économique lorsqu'ils bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les actes juridiques de l'Union établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités d'opérateur de réseau.

ARTICLE L.3214-2
Lorsqu'ils sont conclus par des entités adjudicatrices, sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession conclus par les entités adjudicatrices dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans une aire géographique déterminée d'un Etat membre, lorsque la Commission européenne a reconnu que, dans cet Etat ou dans l'aire géographique concernée, cette activité est exercée sur des marchés concurrentiels dont l'accès n'est pas limité.

Chapitre V : Contrats de concession de défense ou de sécurité

ARTICLE L.3215-1
Non reproduit

TITRE II : RÈGLES APPLICABLES

Chapitre Ier : Règles générales applicables aux autres contrats de concession mentionnés au titre Ier à l'exception de ceux portant sur le service public de transport de voyageurs par chemin de fer

ARTICLE L.3221-1
Les contrats de concessions mentionnés au présent livre ne sont pas soumis aux titres Ier et II du livre Ier de la présente partie.

ARTICLE L.3221-2
L'attribution des contrats de concession mentionnés à l'article L.3214-1 est soumise à la publication d'un avis d'attribution dans les conditions prévues par voie réglementaire.

ARTICLE L.3221-3
Les dispositions des articles L.3132-4 à L.3132-6 s'appliquent lorsqu'il y a lieu.

ARTICLE L.3221-4
Les contrats de concession mentionnés au présent livre sont soumis aux règles relatives aux délais de paiement prévues à la section 2 du chapitre III du titre III du livre Ier.

ARTICLE L.3221-5
L'autorité concédante peut résilier un contrat de concession mentionné au présent livre, dans les conditions fixées au livre Ier.
Elle peut résilier un contrat de droit privé mentionné au présent livre dans les conditions prévues par le Code civil.

ARTICLE L.3221-6
Pour le règlement amiable des différends entre les parties à un contrat de concession mentionné au présent livre, les dispositions du chapitre VII du titre III du livre Ier sont applicables.

ARTICLE L.3221-7
Les contrats de concession mentionnés aux chapitres I à IV du titre Ier du présent livre sont soumis aux règles relatives à la facturation électronique prévues à la section I du chapitre III du titre III du livre Ier de la présente partie.

ARTICLE R.3221-1
Sans préjudice de dispositions réglementaires spéciales, en application de l'article L.3200-1, les contrats de concession mentionnés aux articles L.3211-1 à L.3215-1 sont soumis au régime juridique particulier défini au présent titre.

ARTICLE R.3221-2
Pour l'application de l'article L.3214-1, l'autorité concédante publie un avis d'attribution lorsque les conditions cumulatives suivantes sont remplies:
1° La valeur estimée du contrat de concession est égale ou supérieure au seuil mentionné dans un avis figurant en annexe du présent code;
2° La législation sectorielle de l'Union européenne ne prévoit pas d'obligations de transparence pour l'attribution de ce contrat.

ARTICLE R.3221-3
Les contrats de concession mentionnés aux articles L.3211-1 à L.3215-1 sont soumis aux règles relatives aux délais de paiement prévues à la section 2 du chapitre III du titre III du livre Ier et à l'article R.3114-4.

ARTICLE D.3221-4
Les dispositions des articles D.3133-1 et D.3133-2 sont applicables aux factures émises en exécution des contrats de concession mentionnés par les dispositions législatives des chapitres Ier à IV du titre Ier.

ARTICLE R.3221-5
Les dispositions de l'article R.3133-3 sont applicables aux factures émises en exécution des contrats de concession mentionnés par les dispositions législatives des chapitres Ier à IV du titre Ier.

Chapitre II : Règles propres aux contrats de concession portant sur le service public de transport de voyageurs par chemin de fer

ARTICLE L.3222-1
Par dérogation à l'article L.3200-1, les contrats de concession mentionnés au 11° de l'article L.3212-4 sont régis, pour leur passation et leur exécution, par les dispositions de l'article L.2121-17-1 du Code des transports.

ARTICLE R.3222-1
Les contrats de concession mentionnés au 11° de l'article L.3212-4 sont régis, pour leur passation et leur exécution, par le décret n°2019-1083 du 24 octobre 2019 relatif aux modalités de passation et d'exécution des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs.

LIVRE III : DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

ARTICLES L.3321-1 À L.3381-3
Non reproduits

ARTICLES D.3311-1 À D.3381-5
Non reproduits

LIVRE IV : DISPOSITIONS RELATIVES AUX CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES

TITRE I : RÈGLES APPLICABLES EN CAS DE CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES

COMMENTAIRE

Ce nouveau Livre IV a été créé en totalité par la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 (art. 132), dite loi « Asap », afin de consacrer plus de souplesses pour les acheteurs dans le cadre de circonstances exceptionnelles, dont relève la crise sanitaire. Attention : l'acheteur ne peut pas décider de lui-même qu'il se trouve dans de telles circonstances. Il est impératif qu'un texte normatif (une loi puis le cas échéant des textes réglementaires) intervienne afin de rendre possible l'application de ce régime d'exceptions. La loi peut prévoir une application pour 24 mois au maximum, à charge de repasser devant le Parlement pour une éventuelle prolongation. A défaut de disposition législative, l'acheteur peut recourir à l'article L.3136-3 qui l'autorise à résilier son contrat de concession « pour motif d'intérêt général ».
Voire une présentation plus détaillée du dispositif, au début du présent fascicule, dans les pages consacrées à « une année d'actualités de la commande publique ».

Chapitre unique

ARTICLE L.3411-1
Lorsqu'il est fait usage de prérogatives prévues par la loi tendant à reconnaître l'existence de circonstances exceptionnelles ou à mettre en œuvre des mesures temporaires tendant à faire face à de telles circonstances et que ces circonstances affectent les modalités de passation ou les conditions d'exécution d'un contrat de concession, un décret peut prévoir l'application de l'ensemble ou de certaines des mesures du présent livre aux contrats de concession en cours d'exécution, en cours de passation ou dont la procédure de passation n'est pas encore engagée.
Le décret entre en vigueur sur tout ou partie du territoire de la République où les présentes dispositions sont applicables, pour une période ne pouvant pas excéder vingt-quatre mois et dont la prorogation est, le cas échéant, autorisée par la loi.

ARTICLE L.3411-2
Les autorités concédantes mettent en œuvre les dispositions du présent livre lorsqu'elles sont nécessaires dans la passation ou l'exécution d'un contrat de concession, pour faire face aux difficultés liées à la survenance de circonstances exceptionnelles.

ARTICLE L.3411-3
Lorsque les modalités de la mise en concurrence prévues dans les documents de la consultation des entreprises ne peuvent être respectées par l'autorité concédante, celle-ci peut apporter en cours de procédure les adaptations nécessaires à la poursuite de la procédure, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats.

ARTICLE L.3411-4
Sauf lorsque les prestations qui font l'objet du contrat de concession ne peuvent souffrir aucun retard, l'autorité concédante peut prolonger les délais de réception des candidatures et des offres pour les procédures en cours d'une durée suffisante pour permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou de soumissionner.

ARTICLE L.3411-5
Les contrats de concession dont le terme intervient pendant la période de circonstances exceptionnelles peuvent être prolongés par avenant au-delà de la durée prévue par le contrat lorsque l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre.
Cette prolongation au-delà de la durée prévue à l'article L.3114-8 est dispensée de l'examen préalable par l'autorité compétente de l'État prévu au même article L.3114-8.
La durée de cette prolongation ne peut excéder la durée de la période de circonstances exceptionnelles, augmentée de la durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de l'expiration de cette période.

ARTICLE L.3411-6
Les dispositions de l'article L.3411-7 s'appliquent en cas de difficultés d'exécution du contrat nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception de celles qui se trouveraient être plus favorables au concessionnaire.

ARTICLE L.3411-7
Lorsque le concessionnaire ne peut pas respecter le délai d'exécution d'une ou de plusieurs obligations du contrat ou que cette exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le concessionnaire une charge manifestement excessive, ce délai est prolongé d'une durée équivalente à la période de non-respect du délai d'exécution résultant directement des circonstances exceptionnelles, sur la demande du titulaire présentée avant l'expiration du délai contractuel et avant l'expiration de la période de circonstances exceptionnelles.

TITRE II : DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

ARTICLES L.3425-1 À L.3428-1
Non reproduits.

Annexes non reproduites

● **Annexe n° 1**
Avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique (JORF n°77 du 31 mars 2019).

● **Annexe n° 2**
Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique (JORF n°283 du 7 décembre 2023).

● **Annexe n° 3**
Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques (JORF n°77 du 31 mars 2019).

● **Annexe n° 4**
Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution des contrats de la commande publique (JORF n°77 du 31 mars 2019).

● **Annexe n° 5**
Avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics (JORF n°77 du 31 mars 2019).

● **Annexe n° 6**
Arrêté du 22 mars 2019 fixant les modalités de mise à disposition des documents de la consultation et de la copie de sauvegarde (JORF n°77 du 31 mars 2019).

● **Annexe n° 7**
Arrêté du 22 mars 2019 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs (JORF n°77 du 31 mars 2019).

● **Annexe n° 8**
Arrêté du 22 mars 2019 relatif aux exigences minimales des moyens de communication électronique utilisés dans la commande publique (JORF n°77 du 31 mars 2019).

● **Annexe n° 9**
Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics (JORF n°77 du 31 mars 2019).

● **Annexe n° 10**
Avis relatif à la liste des dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail permettant de rejeter une offre comme anormalement basse en matière de marchés publics (JORF n°77 du 31 mars 2019).

● **Annexe n° 11**
Arrêté du 22 mars 2019 relatif aux modalités de prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans la passation des marchés publics (JORF n°77 du 31 mars 2019).

● **Annexe n° 12**
Arrêté du 22 mars 2019 relatif à la signature électronique des contrats de la commande publique (JORF n°77 du 31 mars 2019).

● **Annexe n° 13**
Arrêté du 22 mars 2019 fixant les modèles de garantie à première demande et de caution personnelle et solidaire (JORF n°77 du 31 mars 2019).

● **Annexe n° 14**
Celle initiale a été supprimée et remplacée par l'arrêté du 28 juillet 2020 fixant le modèle de certificat de cessibilité des créances issues de marchés publics (JORF n°189 du 2 août 2020). L'article 5 de cet arrêté de juillet 2020 prévoit expressément qu'il constitue lui-même, l'annexe 14 du Code de la commande publique. Ce nouveau modèle de certificat est applicable depuis le 1er octobre 2020.

● **Annexe n° 15**
Arrêté du 22 mars 2019 relatif aux données essentielles dans la commande publique (JORF n°77 du 31 mars 2019), remplacé par un arrêté du 22 décembre 2022 relatif aux «données essentielles des marchés publics» (JORF n°1 du 1er janvier 2023) et un autre de la

La newsletter **Culture & Documentation**

Cette nouvelle newsletter dédiée aux métiers de la Culture et de la Documentation vous offre un jeudi sur deux l'**actualité du secteur**, déchiffrée par notre journaliste spécialisée.

lagazette.fr

En tant qu'abonné, vous bénéficiez de l'intégralité de ces contenus.

Pour vous inscrire gratuitement à cette nouvelle newsletter, rendez-vous sur **lagazette.fr**



même date, relatif aux «données essentielles des contrats de concession», applicables depuis le 1er janvier 2024.

● Annexe n° 16
Arrêté du 22 mars 2019 relatif au fonctionnement et à la composition de l'observatoire économique de la commande publique (JORF n°77 du 31 mars 2019).

● Annexe n° 17
Arrêté du 22 mars 2019 relatif au recensement économique de la commande publique (JORF n°77 du 31 mars 2019), remplacé par un arrêté du 22 décembre 2022 relatif aux «données essentielles des marchés publics» (JORF n°1 du 1er janvier 2023) et un autre de la même date, relatif aux «données essentielles des contrats de concession», applicables depuis le 1er janvier 2024.

● Annexe n° 18
Arrêté du 22 mars 2019 relatif aux comités consultatifs locaux de règlement amiable des différends relatifs aux marchés publics (JORF n°77 du 31 mars 2019).

● Annexe n° 19
Arrêté du 22 mars 2019 fixant le modèle d'avis pour la passation des marchés publics et des accords-cadres de défense ou de sécurité (JORF n°77 du 31 mars 2019).

● Annexe n° 20
Arrêté du 22 mars 2019 précisant les modalités techniques d'exécution des éléments de mission de maîtrise d'œuvre confiés par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé (JORF n°77 du 31 mars 2019).

● Annexe n° 21
Arrêté du 22 mars 2019 fixant le modèle d'avis pour la passation des contrats de concession (JORF n°77 du 31 mars 2019).

● Annexe n° 22
Arrêté du 12 février 2020 fixant un modèle d'avis pour la passation des marchés publics répondant à un besoin d'une valeur estimée entre 90000 euros HT et les seuils de procédure formalisée (JORF n°43 du 20 février 2020).

La newsletter
Week-end

Cette newsletter vous offre l'**essentiel de la semaine** écoulée et les **grands rendez-vous** de la semaine future directement dans votre boîte mail pendant le week-end.

lagazette.fr

En tant qu'abonné, vous bénéficiez de l'intégralité de ces contenus.

Pour vous inscrire gratuitement à cette nouvelle newsletter, rendez-vous sur **lagazette.fr**



Table des articles législatifs du code de la commande publique

Titre Préliminaire : art. L.1 à L.6 ... p. 20

Première partie : Définitions et champ d'application ... p. 24

Livre Ier : Contrats de la commande publique : art. L.1100-1 ... p. 24

Titre Ier : Marchés publics : art. L.1110-1 ... p. 24
- Chap. Ier : Marchés : art. L.1111-1 à L.1111-5 ... p. 24
- Chap. II : Marchés de partenariat : art. L.1112-1 ... p. 25
- Chap. III : Marchés de défense ou de sécurité : art. L.1113-1 (non reproduit) ... p. 25

Titre II : Contrats de concession : art. L.1120-1 ... p. 25
- Chap. Ier : Contrat de concession : art. L.1121-1 à L.1121-4 ... p. 25
- Chap. II : Contrat de concession de défense ou de sécurité : art. L.1122-1 (non reproduit) ... p. 26

Livre II : Acteurs de la commande publique ... p. 26

Titre Ier : Acheteurs et autorités concédantes : art. L.1210-1 ... p. 26
- Chap. Ier : Pouvoirs adjudicateurs : art. L.1211-1 ... p. 26
- Chap. II : Entités adjudicatrices : art. L.1212-1 à L.1212-4 ... p. 27

Titre II : Opérateurs économiques, candidats et soumissionnaires : art. L.1220-1 à L.1220-3 ... p. 28

Livre III : Contrats mixtes : art. L.1300-1 ... p. 28

Titre Ier : Contrats répondant à des besoins relevant de la commande publique et à d'autres besoins ... p. 28
- Chap. Ier : Contrats comportant des prestations dissociables : art. L.1311-1 et L.1311-2 ... p. 28
- Chap. II : Contrats comportant des prestations indissociables : art. L.1312-1 et L.1312-2 ... p. 28

Titre II : Contrats répondant à des besoins d'acheteurs et d'autorités concédantes ... p. 28
- Chap. Ier : Contrats comportant des prestations dissociables : art. L.1321-1 et L.1321-2 ... p. 28
- Chap. II : Contrats comportant des prestations indissociables : art. L.1322-1 et L.1322-2 ... p. 29
- Chap. III : Contrats comportant des prestations relevant des marchés de défense ou de sécurité : art. L.1323-1 (non reproduit) ... p. 29

Titre III : Contrats comportant des prestations répondant aux intérêts essentiels de sécurité : art. L.1330-1 (non reproduit) ... p. 29

Livre IV : Dispositions relatives à l'outre-mer : art. L.1400-1 à L.1481-2 (non reproduits) ... p. 29

Deuxième partie : Marchés publics ... p. 30

Livre Préliminaire : Marchés publics mixtes : art. L.2000-1 à L.2000-5 ... p. 30

Livre Ier : Dispositions générales : art. L.2100-1 et L.2100-2 ... p. 30

Titre Ier : Préparation du marché ... p. 31
- Chap. Ier : Définition du besoin : art. L.2111-1 à L.2111-3 ... p. 31
- Chap. II : Contenu du marché : art. L.2112-1 à L.2112-6 ... p. 33
- Chap. III : Organisation de l'achat : art. L.2113-1 à L.2113-16 ... p. 36

Titre II : Choix de la procédure de passation : art. L.2120-1 ... p. 39
- Chap. Ier : Calcul de la valeur estimée du besoin ... p. 39
- Chap. II : Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables : art. L.2122-1 ... p. 40
- Chap. III : Marchés passés selon une procédure adaptée : art. L.2123-1 ... p. 42
- Chap. IV : Marchés passés selon une procédure formalisée : art. L.2124-1 à L.2124-4 ... p. 43
- Chap. V : Techniques d'achat : art. L.2125-1 ... p. 44

Titre III : Engagement de la procédure de passation ... p. 44
- Chap. Ier : Publicité préalable : art. L.2131-1 ... p. 44
- Chap. II : Communication et échanges d'informations : art. L.2132-1 et L.2132-2 ... p. 47

Titre IV : Phase de candidature ... p. 50
- Chap. Ier : Motifs d'exclusions de la procédure de passation : art. L.2141-1 à L.2141-14 ... p. 50
- Chap. II : Conditions de participation : art. L.2142-1 ... p. 54
- Chap. III : Contenu des candidatures ... p. 57
- Chap. IV : Examen des candidatures ... p. 59

Titre V : Phase d'offre ... p. 60

• Chap. Ier : Présentation et contenu des offres : art. L.2151-1 ... p. 60
• Chap. II : Examen des offres : art. L.2152-1 à L.2152-9 ... p. 61
• Chap. III : Offres présentées par des opérateurs économiques ou comportant des produits d'Etats tiers : art. L.2153-1 et L.2153-2 ... p. 66

Titre VI : Règles applicables aux procédures de passation et aux techniques d'achat ... p. 67
• Chap. Ier : Règles applicables aux procédures formalisées ... p. 67
• Chap. II : Règles applicables aux techniques d'achat ... p. 70

Titre VII : Règles applicables à certains marchés ... p. 76
• Chap. Ier : Règles applicables à certains marchés globaux : art. L.2171-1 à L.2171-8 ... p. 76
• Chap. II : Règles applicables à certains marchés en fonction de leur objet : art. L.2172-1 à L.2172-6 ... p. 81

Titre VIII : Achèvement de la procédure ... p. 85
• Chap. Ier : Information des candidats et des soumissionnaires évincés : art. L.2181-1 ... p. 85
• Chap. II : Signature et notification du marché ... p. 85
• Chap. III : Avis d'attribution : art. L.2183-1 ... p. 86
• Chap. IV : Conservation des informations : art. L.2184-1 ... p. 86
• Chap. V : abandon de la procédure ... p. 87

Titre IX : Exécution du marché ... p. 88
• Chap. Ier : exécution financière : art. L.2191-1 à L.2191-8 ... p. 88
• Chap. II : Modalités de facturation et de paiement : art. L.2192-1 à L.2192-15 ... p. 96
• Chap. III : Sous-traitance : art. L.2193-1 à L.2193-14 ... p. 100
• Chap. IV : Modification du marché : art. L.2194-1 à L.2194-3 ... p. 103
• Chap. V : Résiliation du marché : art. L.2195-1 à L.2195-6 ... p. 105
• Chap. VI : Informations relatives à l'achat : art. L.2196-1 à L.2196-7 ... p. 106
• Chap. VII : Règlement alternatif des différends : art. L.2197-1 à L.2197-7 ... p. 108

Livre II : Dispositions propres aux marchés de partenariat : art. L.2200-1 ... p. 114

Titre Ier : Préparation du marché de partenariat ... p. 115
• Chap. Ier : Conditions de recours au marché de partenariat : art. L.2211-1 à L.2211-6 ... p. 115
• Chap. II : Instruction du projet : art. L.2212-1 à L.2212-4 ... p. 116
• Chap. III : Contenu du marché de partenariat : art. L.2213-1 à L.2213-14 ... p. 117

Titre II : Passation du marché de partenariat ... p. 119
• Chap. Ier : Autorisations préalables à l'engagement de la procédure : art. L.2221-1 à L.2221-3 ... p. 119
• Chap. II : Présentation des documents de la consultation, des offres et critères d'attribution : art. L.2222-1 à L.2222-5 ... p. 119
• Chap. III : Achèvement de la procédure : art. L.2223-1 à L.2223-4 ... p. 120

Titre III : Exécution du marché de partenariat ... p. 120
• Chap. Ier : Acquisition des biens et cession de contrats : art. L.2231-1 ... p. 120
• Chap. II : Exécution financière : art. L.2232-1 à L.2232-7 ... p. 120
• Chap. III : Valorisation domaniale par le titulaire du marché de partenariat : art. L.2233-1 à L.2233-3 ... p. 121
• Chap. IV : Suivi et contrôle de l'exécution du marché de partenariat : art. L.2234-1 à L.2234-3 ... p. 121
• Chap. V : Indemnisation en cas d'annulation ou de résiliation du marché de partenariat : art. L.2235-1 à L.2235-3 ... p. 122
• Chap. VI : Recours à l'arbitrage : art. L.2236-1 ... p. 122

Livre III : Dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité : art. L.2300-1 à L.2397-3 (non reproduits) ... p. 122

Livre IV : Dispositions propres aux marchés publics liés à la maîtrise d'ouvrage publique et à la maîtrise d'œuvre privée ... p. 123

Titre Ier : Champ d'application : art. L.2410-1 ... p. 123
• Chap. Ier : Maîtres d'ouvrage : art. L.2411-1 ... p. 123
• Chap. II : Ouvrages : art. L.2412-1 et L.2412-2 ... p. 123

Titre II : Maîtrise d'ouvrage ... p. 124
• Chap. Ier : Attributions du maître d'ouvrage : art. L.2421-1 à L.2421-5 ... p. 124
• Chap. II : Organisation de la maîtrise d'ouvrage : art. L.2422-1 à L.2422-13 ... p. 124

Titre III : Maîtrise d'œuvre privée : art. L.2430-1 et L.2430-2 ... p. 125
• Chap. Ier : Mission de maîtrise d'œuvre privée : art. L.2431-1 à L.2431-3 ... p. 125
• Chap. II : Marché public de maîtrise d'œuvre privée : art. L.2432-1 et L.2432-2 ... p. 130

Livre V : Autres marchés publics : art. L.2500-1 et L.2500-2 ... p. 132

Titre Ier : Champ d'application ... p. 132
• Chap. Ier : Relations internes au secteur public : art. L.2511-1 à L.2511-9 ... p. 132
• Chap. II : Marchés publics conclus par un acheteur : art. L.2512-1 à L.2512-5 ... p. 134
• Chap. III : Marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur : art. L.2513-1 à L.2513-5 ... p. 134
• Chap. IV : Marchés publics conclus par une entité adjudicatrice : art. L.2514-1 à L.2514-5 ... p. 135
• Chap. V : Marché de défense ou de sécurité : art. L.2515-1 (non reproduit) ... p. 135

Titre II : Règles applicables ... p. 136
• Chap. Ier : Règles générales applicables aux marchés publics mentionnés au titre Ier à l'exception de ceux portant sur le service public de transport de voyageurs par chemin de fer : art. L.2521-1 à L.2521-6 ... p. 136

Livre VI : Dispositions relatives à l'Outre-mer : art. L.2614-1 à L.2691-2 (non reproduits) ... p. 136

Livre VII : Dispositions relatives aux circonstances exceptionnelles ... p. 136

Titre Ier : Règles applicables aux circonstances exceptionnelles ... p. 136
• Chap. unique : art. L.2711-1 à L.2711-8 ... p. 137

Titre II : Dispositions relatives à l'Outre-mer art. L.2725-1 à L 2728-1 (non reproduits) ... p. 137

Troisième partie : Concessions ... p. 138

Livre Préliminaire : Contrats de concession mixtes : art. L.3000-1 à L.3000-4 ... p. 138

Livre Ier : Dispositions générales : art. L.3100-1 ... p. 139

Titre Ier : Préparation du contrat de concession ... p. 139
• Chap. Ier : Définition du besoin : art. L.3111-1 et L.3111-2 ... p. 139
• Chap. II : Mutualisation : art. L.3112-1 à L.3112-4 ... p. 139
• Chap. III : Réservation : art. L.3113-1 à L.3113-3 ... p. 140
• Chap. IV : Contenu du contrat de concession : art. L.3114-1 à L.3114-10 ... p. 140

Titre II : Procédure de passation : art. L.3120-1 ... p. 141
• Chap. Ier : Détermination des règles procédurales applicables : art. L.3121-1 et L.3121-2 ... p. 141
• Chap. II : Engagement de la procédure de passation : art. L.3122-1 à L.3122-5 ... p. 142
• Chap. III : Phase de candidature : art. L.3123-1 à L.3123-21 ... p. 144
• Chap. IV : Phase d'offre : art. L.3124-1 à L.3124-7 ... p. 148
• Chap. V : Achèvement de la procédure : art. L.3125-1 et L.3125-2 ... p. 150
• Chap. VI : Règles particulières à la passation de certains contrats de concession : art. L.3126-1 à L.3126-3 ... p. 150

Titre III : Exécution du contrat de concession ... p. 152
• Chap. Ier : Transparence et rapport d'information de l'autorité concédante : art. L.3131-1 à L.3131-5 ... p. 152
• Chap. II : Occupation domaniale et biens de la concession : art. L.3132-1 à L.3132-6 ... p. 154
• Chap. III : Exécution financière : art. L.3133-1 à L.3133-14 ... p. 154
• Chap. IV : Exécution du contrat de concession par des tiers : art. L.3134-1 à L.3134-3 ... p. 157
• Chap. V : Modification du contrat de concession : art. L.3135-1 et L.3135-2 ... p. 158
• Chap. VI : Fin des relations contractuelles : art. L.3136-1 à L.3136-10 ... p. 159
• Chap. VII : Règlement alternatif des différends : art. L.3137-1 à L.3137-5 ... p. 160

Livre II : Autres contrats de concession : art. L.3200-1 ... p. 161

Titre Ier : Champ d'application ... p. 161
• Chap. Ier : Relations internes au secteur public : art. L.3211-1 à L.3211-9 ... p. 161
• Chap. II : Contrats de concession conclus par une autorité concédante : art. L.3212-1 à L.3212-4 ... p. 163
• Chap. III : Contrats de concession conclus par un pouvoir adjudicateur : art. L.3213-1 et L.3213-2 ... p. 163
• Chap. IV : Contrats de concession conclus par une entité adjudicatrice : art. L.3214-1 et L.3214-2 ... p. 164
• Chap. V : Contrats de concession de défense ou de sécurité : art. L.3215-1 (non reproduit) ... p. 164

Titre II : Règles applicables ... p. 164
• Chap. Ier : Règles générales applicables aux autres contrats de concession mentionnés au titre Ier à l'exception de ceux portantsur le service public de transport de voyageurs par chemin de fer : art. L.3221-1 à L.3221-7 ... p. 164
• Chap. II : Règles propres aux contrats de concession portant sur le service public de transport de voyageurs par chemin de fer : art. L.3222-1 ... p. 164

Livre III : Dispositions relatives à l'outre-mer : art. L.3321-1 à L.3381-3 (non reproduits) ... p. 165

Livre IV : Dispositions relatives aux circonstances exceptionnelles ... p. 165

Titre Ier : Règles applicables en cas de circonstances exceptionnelles ... p. 165
• Chap. unique : art. L.3411-1 à L.3411-7 ... p. 165

Titre II : Dispositions relatives à L'Outre-mer : articles L.3425-1 à L.3428-1 (non reproduits) ... p. 165

territorial | BOUTIQUE

boutique.territorial.fr

COMMANDE PUBLIQUE

Réussir ses achats publics innovants



NOUVEAUTÉ

Laurent Bidault, avocat, fondateur de Novlaw Avocats et **Juliane Gaury,** avocate au sein de Novlaw Avocats

Parution juillet 2024

196 pages

69 € Réf. **TDE926A**

Version numérique : 55 €

L'innovation est essentielle dans la commande publique pour moderniser les services et relever les défis actuels comme le changement climatique et la souveraineté industrielle, tout en aidant les entreprises innovantes à croître. Les pouvoirs publics offrent divers outils aux acheteurs : appels à projets, AMI, subventions, marchés de R & D, partenariats d'innovation. Cependant, des obstacles existent : complexité de l'innovation, risques juridiques et financiers, rigidité des procédures, gestion des droits de propriété intellectuelle. Cet ouvrage aide à surmonter ces obstacles en expliquant l'innovation, en présentant des initiatives d'achat innovant et en décrivant des outils contractuels, avec des exemples concrets pour une compréhension théorique et pratique.

Formaliser sa politique d'achat public responsable



MEILLEURE VENTE

Charline Le Falher, consultante en achat public et achat responsable et **Mathieu Tripault,** consultant en achat public et achat responsable

Parution février 2024

122 pages

69 € Réf. **TDE921A**

Version numérique : 55 €

Si vous êtes un acheteur public et que vous souhaitez mettre en place une politique d'achat public responsable ou un schéma de promotion des achats socialement et écologiquement responsables (SPASER), cet ouvrage est fait pour vous ! Il vous permettra de maîtriser les concepts autour de l'achat public responsable, y compris la réglementation en vigueur. Vous y trouverez les clés pour rédiger, suivre et animer votre politique d'achat, avec des méthodologies pratiques et des exemples concrets. Ce guide regorge également de retours d'expérience et de benchmarks de plusieurs politiques d'achat performantes mises en place par diverses collectivités.

Le droit des candidats évincés

Modalités de rejet des candidatures et des offres



Arnaud Latrèche, adjoint au directeur finances et commande publique du département de la Côte-d'Or

Parution mars 2024

114 pages

69 € Réf. **TDE923A**

Version numérique : 55 €

Cet ouvrage, à destination tant des acheteurs publics que des opérateurs économiques, dresse un tour d'horizon complet des droits des candidats évincés. Un droit de regard salutaire qui ne peut qu'inciter les acheteurs publics à bien consolider leurs décisions. Cette édition prend en compte les évolutions législatives relatives aux motifs d'exclusions de la commande publique et l'apport des décisions juridictionnelles récentes concernant les recours contentieux ouverts aux candidats évincés.

Aspects financiers et comptables des marchés publics



MEILLEURE VENTE

Corinne Cantat, directrice territoriale, directrice de la commande publique

Parution octobre 2023

270 pages

69 € Réf. **TDE515B**

Version numérique : 55 €

Les ordonnateurs se trouvent très souvent confrontés à de grandes difficultés au moment de procéder à l'exécution administrative et financière des marchés publics, en raison de la technicité et de la complexité des procédures. Cet ouvrage rappelle les textes en vigueur et propose des fiches techniques mettant en exergue les points les plus caractéristiques des thèmes abordés.

Découvrez notre nouveau catalogue de formations 2025



Plus de 250 programmes de formation
dédiés au secteur public

Plus de 100 formateurs-experts
issus du terrain

Des solutions inter et intra-entreprise
avec des formations adaptées à vos besoins

9/10 apprenants
recommandent nos stages

Téléchargez le catalogue

formations.lagazettedescommunes.com • 01 79 06 78 53 • formations@lagazettedescommunes.com