



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

PROCÉDURES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

MATHIAS AMILHAT

Référence de publication : Amilhat, Mathias (2020) *Procédures de passation des marchés publics*. JurisClasseur Droit administratif (Fasc. 755).

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

PROCÉDURES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

POINTS-CLÉS

- Les procédures de passation ont évolué avec la réforme de 2015 et 2016 puis avec **l'adoption du Code de la commande publique**. Ces procédures peuvent être mises en œuvre par **différentes catégories d'acheteurs** et donner lieu à la conclusion de **différents types de marchés publics** . De plus, elles ne concernent pas tous les contrats publics (*V. n° 1 à 9*).
- **La préparation de la passation** est indispensable pour déterminer quelle sera la procédure applicable. Elle repose principalement sur la **définition préalable des besoins** et sur le **calcul de la valeur estimée de ces derniers** (*V. n° 11 à 33*).
- Ces étapes préparatoires permettent aux acheteurs de **déterminer quelle est la procédure la plus appropriée**. Cette procédure peut s'imposer à eux ou résulter d'un véritable choix de leur part. Ils peuvent également décider de mettre en œuvre une technique particulière d'achat ou de passer un marché public à objet spécifique (*V. n° 42 à 72*).
- Les acheteurs peuvent ensuite **lancer la procédure de passation** après avoir respecté certaines phases préalables. Ils doivent sélectionner les candidatures puis choisir l'offre, avant de mettre un terme à la procédure en respectant des **règles communes à l'ensemble des procédures de passation** (*V. n° 73 à 159*).
- Les acheteurs doivent toutefois être vigilants : en fonction de la procédure choisie ou imposée et des techniques d'achat qu'ils mettent en œuvre, ils sont également tenus de mettre en œuvre **certaines règles de passation spécifiques** (*V. n° 160 à 229*).

INTRODUCTION

§ 1 Réglementation applicable

Les procédures de passation des marchés publics sont désormais régies le Code de la commande publique. Le Code remplace l'ordonnance « marchés publics » du 23 juillet 2015 (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, relative aux marchés publics : JO 24 juill. 2015, p. 12602*) et son décret d'application (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, relatif aux marchés publics : JO 27 mars 2016, texte n° 28*). Ces textes étaient eux-mêmes venus abroger la réglementation antérieure, notamment le Code des marchés publics et l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (*JO 7 juin 2005, p. 10014*). Bien qu'effectuée à droit constant la codification a permis de faire évoluer certaines règles, en les corrigeant ou en les complétant.

§ 2 Catégories de marchés publics et définition du champ d'étude : marchés, marchés de partenariat et marchés de défense ou de sécurité

Le Code de la commande publique identifie trois catégories de marchés publics : les marchés, les marchés de partenariat et les marchés de défense ou de sécurité (*CCP, art. L. 1110-1*). Or, leur régime juridique n'est pas le même.

Les règles de passation et d'exécution applicables aux marchés constituent le droit commun des marchés publics, tandis que les marchés de partenariat et les marchés de défense ou de sécurité obéissent chacun à un régime juridique dérogatoire qui fait appel à la fois au droit commun et à des règles inédites. Ainsi, la deuxième partie du code consacrée aux marchés publics comprend un livre I intitulé “*Dispositions générales*” qui correspond au droit commun des marchés publics, tandis que ses livres II et III sont respectivement consacrés aux dispositions propres aux marchés de partenariat et aux marchés de défense ou de sécurité. Ces dispositions spécifiques ne sont pas

envisagées dans le présent fascicule qui est centré sur le droit commun des marchés publics tout en intégrant les règles applicables à certaines catégories spécifiques de marchés publics .

Les marchés sont définis de manière classique comme des contrats conclus *“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”* (CCP, art. L. 1111-1). Les marchés de partenariat (CCP, art. L. 1112-1) et les marchés de défense ou de sécurité (CCP, art. L. 1113-1) se distinguent des marchés par leurs objets particuliers.

§ 3 Personnes susceptibles d'être à l'initiative des procédures de passation

Les marchés sont définis comme des contrats conclus par des “acheteurs” soumis au Code de la commande publique (CCP, art. L. 1111-1). Pour déterminer quelles sont les personnes susceptibles de conclure de tels contrats, il faut donc se reporter à la notion d'acheteur telle qu'elle est définie par le code (CCP, art. L. 1210-1 à L. 1212-4). L'article L. 1210-1 du code définit les acheteurs et les autorités concédantes en renvoyant aux notions de pouvoirs adjudicateurs et d'entités adjudicatrices, ces notions étant elles-mêmes définies par les articles suivants. Or, s'agissant des procédures de passation des marchés publics , il existe à la fois des règles communes et des règles spécifiques qui diffèrent selon si l'acheteur est un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice.

Les pouvoirs adjudicateurs correspondent à trois catégories de personnes. La première catégorie regroupe l'ensemble des personnes morales de droit public. La deuxième intègre des personnes morales de droit privé, mais uniquement s'il s'agit de personnes “créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir

adjudicateur” (CCP, art. L. 1211-1, 2°). Enfin, la troisième catégorie de pouvoirs adjudicateurs correspond aux organismes de droit privé “constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun” (CCP, art. L. 1211-1, 3°). Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs peuvent aussi bien être des personnes publiques que des personnes privées. Or, le Code de la commande publique précise les contrats qui relèvent de son champ d'application sont des contrats administratifs lorsqu'ils sont conclus par des personnes publiques (CCP, art. L. 6). Les marchés publics peuvent donc aussi bien être des contrats administratifs que des contrats de droit privé et relever soit de la compétence des juridictions administratives, soit de celle des juridictions judiciaires.

Les entités adjudicatrices sont, quant à elles, des entités qui exercent des activités d'opérateur de réseaux (CCP, art. L. 1212-1 à L. 1212-4). Il existe également trois catégories d'entités adjudicatrices. La première catégorie correspond aux pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils exercent de telles activités. La deuxième catégorie intègre parmi les entités adjudicatrices les entreprises publiques qui exercent des activités d'opérateur de réseaux. Enfin, la troisième catégorie intègre les organismes de droit privé qui ne sont ni des pouvoirs adjudicateurs ni des entreprises publiques mais qui exercent des activités d'opérateur de réseaux et “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” (CCP, art. L. 1212-1).

Attention cependant, ces catégories ne sont pas totalement satisfaisantes pour comprendre les règles de passation des marchés publics . Les différences s'agissant des procédures de passation ne reposent pas uniquement sur la distinction entre pouvoirs adjudicateurs d'un côté et entités adjudicatrices de l'autre. En effet, les textes comprennent des dispositions spécifiques applicables aux marchés publics passés par l'État, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux. Ainsi, les établissements publics industriels et commerciaux de l'État obéissent à des règles identiques à celles applicables aux acheteurs qui sont des personnes morales de droit privé. De plus, ces règles sont également applicables à certains acheteurs expressément identifiés tels que la Banque de France, la Caisse des dépôts ou l'Académie française (CCP, art. R. 2100-1).

Par ailleurs, parmi les pouvoirs adjudicateurs, les textes distinguent ceux qui sont qualifiés d'autorités publiques centrales et les autres. Or, les autorités publiques centrales sont soumises à

des règles de publicité et de mise en concurrence plus contraignantes que celles applicables aux autres pouvoirs adjudicateurs.

Enfin, il faut souligner que certaines personnes de droit privé qui ne sont pas des acheteurs vont parfois devoir respecter les procédures de passation des marchés publics . Il est en effet prévu que, sous certaines conditions, “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” doivent être conclus en respectant partiellement les dispositions du code (CCP, art. L. 2100-2). Il faut néanmoins que le montant du contrat dépasse les seuils européens et qu'il porte sur certaines activités de travaux ou de génie civil. Le respect de ces règles se fait sous la responsabilité du pouvoir adjudicateur qui a accordé la subvention.

§ 4 Distinction des marchés publics en fonction de leur objet : marchés de travaux, de fournitures ou de services

Les marchés publics peuvent être qualifiés de marchés publics de travaux, de marchés publics de fournitures ou de marchés publics de services en fonction de leur objet principal. Cette qualification est importante car elle conditionne, notamment, le montant des seuils à partir desquels les obligations de publicité et de mise en concurrence deviennent plus importantes. Dans tous les cas, c'est l'objet principal du marché qui permet de déterminer s'il s'agit d'un marché de travaux, de fournitures ou de services (*CCP, art. L. 1111-5*).

Tout d'abord, pour être considéré comme un marché public de travaux, l'objet principal du marché public doit être soit d'exécuter ou de concevoir et d'exécuter des travaux figurant sur une liste qui figure en annexe du Code de la commande publique (Avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique : *CCP, ann. 1*) ; soit de réaliser ou de concevoir et réaliser “*par quelque moyen que ce soit*” un ouvrage qui réponde aux exigences fixées par l'acheteur et à condition que ce dernier “*exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception*” (*CCP, art. L. 1111-2*). Par ailleurs, pour être considéré comme un marché public de fournitures, son objet principal doit être “*l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la*

location-vente de produits”, ce qui n'interdit pas que ce marché comprenne “à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation” (CCP, art. L. 1111-3). Enfin, pour être considéré comme un marché public de services, il faut que son objet principal soit de réaliser des prestations de services (CCP, art. L. 1111-4).

§ 5 Marchés publics de droit public et marchés publics de droit privé

La nouvelle réglementation ne met pas fin au découpage binaire qui existe en matière de marchés publics . Il est en effet précisé que les contrats passés par des personnes morales de droit public et qui relèvent du champ d'application du Code de la commande publique sont des contrats administratifs (CCP, art. L. 6). Cela concerne aussi bien les marchés publics que les contrats de concessions et cela signifie donc que les marchés publics qui ne sont pas passés par des personnes morales de droit public – c'est-à-dire qui sont passés par des personnes de droit privé – sont en principe des contrats de droit privé relevant de la compétence des juridictions judiciaires. Il n'en ira autrement que si l'acheteur personne privée agit en vertu d'un mandat (administratif ou de droit privé) et si les critères jurisprudentiels d'identification des contrats administratifs sont réunis.

§ 6 Distinction des marchés publics et des contrats de concession

Le Code de la commande publique reprend la distinction binaire entre les marchés publics et les contrats de concession. Toutefois les règles et les procédures applicables ne sont pas les mêmes pour ces deux catégories de contrats.

Les contrats de concession sont définis comme des contrats par lesquels “*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” (CCP, art. L. 1121-1, al. 1er). La définition des contrats de concession est donc proche de celle des marchés publics mais pour autant, la lecture de cette définition permet de considérer que les marchés publics et les contrats de concession se différencient à deux points de vue. Tout d'abord, à la différence des marchés publics , les contrats de concession ne peuvent pas avoir pour objet exclusif des fournitures. Ensuite, et surtout, c'est la prise en charge d'un risque d'exploitation par le concessionnaire qui différencie ces deux catégories de contrats. Ainsi, le risque d'exploitation reçoit une définition conforme aux solutions jurisprudentielles antérieures (CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen* : *JurisData* n° 2005-400011 ; JCP A 2005, 1021 , note D. Szymczak, § 40 ; Rec. CJCE 2005, p. I-8585 ; *Contrats- Marchés publ.* 2005, comm. 306 , obs. G. Eckert. – CE, 7 nov. 2008, n° 291794, *Dpt Vendée* : *JurisData* n° 2008-074470 ; *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2008, comm. 296 , obs. G. Eckert ; AJDA 2008, p. 2454 , L. Richer ; BJCP 62/2009, p. 55 , concl. M. Boulais. – CJUE, 10 sept. 2009, aff. C-206/08, *Eurawasser* , pt 59 et 77 : *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2010, repère 1 , note F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; AJDA 2009, p. 2285 . – CJUE, 10 mars 2011, aff. C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler c/ Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau* : *JurisData* n° 2011-010211 ; *Contrats- Marchés publ.* 2011, comm. 147 , obs. W. Zimmer ; *Dr. adm.* 2011, comm. 45 , obs. R. Noguellou. – CJUE, 21 mai 2015, aff. C-269/14, *Kansaneläkelaitos* , pt 33 : *JurisData* n° 2015-015191 ; BJCP 2015, p. 449 ; *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2015, comm. 180 , note M. Ubaud-Bergeron ; *Europe* 2015, comm. 264 , obs. A. Bouveresse).

Il est désormais précisé que *“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”* (CCP, art. L. 1121-1, al. 2). Il faut donc apprécier cette condition pour déterminer si le contrat passé par l'acheteur doit être qualifié de marché public ou de contrat de concession et, ainsi, déterminer le régime juridique applicable pour la passation dudit contrat.

§ 7 Marchés publics exclus ou soumis à un régime juridique particulier

- Le Code de la commande publique exclut explicitement certains. Ne relèvent pas de son champ d'application les contrats de travail, ainsi que les contrats ou les conventions qui ont pour objet d'opérer “*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*”, ceux qui portent sur des subventions et les contrats ou les conventions qui ont pour objet l'occupation du domaine public ou privé (*CCP, art. L. 1100-1*).
- Par ailleurs, certains contrats relèvent de la catégorie des “*autres marchés publics*”. Il s'agit de contrats qui échappent à la plupart des règles ordinaires de passation et d'exécution des marchés publics, bien que faisant partie de cette catégorie. Ils font ainsi l'objet d'un régime juridique spécifique et allégé : le code ne leur impose des règles qu'en matière de délais de paiement, de sous-traitance, de résiliation et de règlement amiable des différends (*CCP, art. L. 2521-1 à L. 2521-4*). Ils peuvent également être soumis au respect des règles relatives à la maîtrise d'ouvrage publique lorsqu'ils remplissent certaines conditions (*CCP, art. L. 2500-2*).
- La catégorie des « autres marchés » regroupe :
- les marchés publics conclus dans le cadre d'une quasi-régie (*CCP, art. L. 2511-1 à L. 2511-5*) ;
- les marchés publics passés dans le cadre d'une coopération entre pouvoirs adjudicateurs (*CCP, art. L. 2511-6*) ;
- les marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée (*CCP, art. L. 2511-7 et L. 2511-8*) ;
- les marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise (*CCP, art. L. 2511-9*) ;
- les marchés publics exclus en raison de leur soumission à une procédure particulière prévue par un accord international ou par une organisation internationale (*CCP, art. L. 2512-1 et L. 2512-2*) ;

- les marchés publics liés à la sécurité ou à la protection d'intérêts essentiels de l'État lorsqu'il n'est pas possible de garantir cette sécurité ou la protection de ces intérêts par d'autres moyens (*CCP, art. L. 2512-3*) ;
- les marchés publics passés par des acheteurs bénéficiant d'un droit exclusif légalement consenti (*CCP, art. L. 2512-4*) ;
- ainsi que toute une série de marchés publics exclus en raison de leur objet et/ou de la qualité de l'acheteur (*CCP, art. L. 2512-5 à L. 2515-1*).

§ 8 Respect des procédures de passation par les contrats mixtes

Les contrats des personnes publiques sont de plus en plus souvent des contrats à objet complexe, qui portent sur des prestations multiples et différentes les unes des autres. La question est alors de savoir quelles sont les règles à respecter, en particulier s'agissant de la passation de ces contrats. C'est la raison pour laquelle les textes déterminent les règles applicables dans chaque hypothèse. Il peut s'agir de contrats qui répondent à la fois à des besoins relevant de la commande publique et à d'autres besoins, de contrats qui portent à la fois sur des prestations qui relèvent du droit des marchés publics et sur des prestations qui relèvent du droit des concessions, ou de contrats qui portent à la fois sur des prestations qui relèvent de la commande publique et sur des prestations qui relèvent de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (*CCP, art. L. 1300-1 à L. 1330-1*).

§ 9 Respect des principes fondamentaux de la commande publique

En toute hypothèse et quelle que soit la procédure de passation utilisée, les acheteurs doivent respecter les principes fondamentaux de la commande publique tels qu'ils sont rappelés dans le titre préliminaire du Code de la commande publique. Celui-ci précise que les acheteurs doivent respecter *“le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la*

commande publique” et qu'ils doivent mettre en œuvre “*les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures* ” afin “*d’assurer l’efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* ” (*CCP, art. L. 3*). En réalité, une part importante des règles de passation – et même d'exécution – tendent à assurer la mise en œuvre de ces principes en la faisant varier en fonction des situations. Lorsque le code ne prévoit pas que des règles précises doivent s'appliquer, les principes fondamentaux de la commande publique permettent de définir un cadre minimal à respecter.

§ 10 Plan

Tous les marchés publics obéissent à la fois à des règles communes et à des règles qui diffèrent en fonction de la catégorie de marché public concernée, de l'acheteur à l'origine de la procédure de passation , de la procédure ou de la technique d'achat mise en œuvre, ou encore en fonction du montant du marché. Une présentation qui reposerait sur l'ensemble de ces distinctions n'est cependant pas envisageable en raison de son caractère répétitif.

Afin de bien cerner les différentes procédures de passation , il est donc préférable de retenir une présentation chronologique qui correspond au raisonnement retenu par les acheteurs. Lorsqu'ils souhaitent passer un marché public, ces derniers doivent effectuer un travail de préparation en amont qui va les guider dans leur choix parmi les différentes procédures de passation (I). Ce n'est que dans un second temps qu'ils pourront véritablement lancer l'une de ces procédures et mettre en œuvre les règles spécifiques qu'elle impose (II).

I. PRÉPARATION DE LA PASSATION ET CHOIX DE LA PROCÉDURE

§ 11 Présentation

La phase de préparation est essentielle pour déterminer quelles sont les procédures de passation

utilisables et pour choisir, parmi elles, celle qui permettra aux acheteurs de choisir le cocontractant le mieux à même de répondre à leurs besoins de manière efficace. Au cours de cette phase, les acheteurs doivent déterminer s'ils souhaitent agir seuls pour la passation des marchés publics ou s'ils préfèrent mutualiser leurs achats avec d'autres acheteurs (A). Ils doivent ensuite définir avec précision quels sont leurs besoins (B) avant d'estimer leur valeur (C). Ces différentes phases vont leur permettre de déterminer quelle sera la procédure applicable pour chaque projet : celle-ci pourra dépendre d'un choix des acheteurs ou s'imposer à eux en fonction des caractéristiques et du montant de leurs besoins (D).

A. Décision de procéder à des achats mutualisés.

§ 12 Hypothèses envisagées

Les acheteurs peuvent choisir de ne pas passer leurs marchés publics seuls. Ils peuvent ainsi avoir recours à des structures qui vont se charger à leur place de mener à bien la procédure de passation ou une partie de celle-ci. Les textes envisagent trois possibilités : le recours à une centrale d'achat, la constitution d'un groupement de commandes, et la participation à une entité commune transnationale.

§ 13 Recours à une centrale d'achat

Les acheteurs peuvent tout d'abord avoir recours à une centrale d'achat (*CCP, art. L. 2113-2 à L. 2113-5*). Celle-ci peut être située en France ou dans un autre État membre de l'Union “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” (*CCP, art. L. 2113-5*). La centrale d'achat peut acquérir des fournitures et des services destinés aux acheteurs, ou passer des marchés publics de travaux,

de fournitures ou de services destinés aux acheteurs (*CCP, art. L. 2113-2* . – Sur la notion de centrale d'achat, *O. Guézou, Les centrales d'achat dans le nouveau code : AJDA 2004, p. 371* . – *Y. Simonnet, Centrales d'achat, en quête de précisions : Contrats- Marchés publ. 2015, dossier 7*). S'ils ont recours à une centrale d'achat pour ce faire, les acheteurs sont réputés avoir respecté les obligations qui s'imposent à eux en termes de publicité et de mise en concurrence, mais uniquement pour les opérations qui ont été confiées à la centrale (*CCP, art. L. 2113-4*). En réalité, c'est la centrale d'achat qui va respecter ces obligations – en quelque sorte “à leur place” – car elle est considérée comme étant elle-même un acheteur tenu d'appliquer les dispositions du code.

De plus, les acheteurs peuvent avoir recours à une centrale d'achat afin d'obtenir une assistance pour la passation de leurs marchés publics , ce que le code désigne comme le fait de confier “*des activités d'achat auxiliaires*” aux centrales d'achat. Ainsi, les centrales d'achat peuvent mettre à disposition des “*infrastructures techniques permettant aux acheteurs de conclure des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services*” ; les conseiller “*sur le choix, l'organisation et le déroulement des procédures de passation* ” ; ou même préparer et gérer au nom et pour le compte des acheteurs les procédures de passation de leurs marchés (*CCP, art. L. 2113-3*). Les acheteurs n'ont pas à respecter des obligations de publicité et de mise en concurrence lorsqu'ils ont recours à des centrales d'achat pour obtenir une telle assistance. Le recours aux centrales d'achat a pour avantage de permettre « de réduire les coûts de transaction [...] par la réalisation d'économies d'échelle [...] mais aussi par la mutualisation des procédures de passation » (*S. Braconnier, Précis du droit de la commande publique : Le Moniteur, 6e éd., 2019, p. 211*).

§ 14 Constitution d'un groupement de commandes

Toujours dans le but de réaliser des économies, les acheteurs peuvent avoir recours à des groupements de commandes (*CCP, art. L. 2113-6 à L. 2113-8*). La différence principale avec les centrales d'achat est que les groupements de commande ne disposent pas de la personnalité juridique. Ils peuvent être créés entre acheteurs mais également avec des personnes privées qui ne

sont pas des acheteurs si ces dernières acceptent de respecter les règles de passation des marchés publics pour les contrats qu'elles concluent dans le cadre du groupement (*CCP, art. L. 2113-6*). Les groupements de commande peuvent même intégrer des centrales d'achat (*CE, 24 sept. 2003, n° 240604, Camif : JurisData n° 2003-065930 ; JCP A 2003, 1955 , R. Noguellou ; Contrats-Marchés publ. 2003, comm. 226 , note Ph. Delelis*).

Ici encore, la dimension européenne est présente et les textes prévoient que les groupements de commande peuvent réunir des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices de différents États membres de l'Union s'il ne s'agit pas pour eux d'échapper à des règles nationales d'ordre public (*CCP, art. L. 2113-8*). Dans tous les cas, le groupement est créé par une convention constitutive qui en définit les règles de fonctionnement. Cette convention “*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*” (*CCP, art. L. 2113-7*). Le ou les membres ainsi désignés seront considérés comme les coordonnateurs du groupement. Deux possibilités existent lorsqu'un groupement de commandes est constitué : soit celui-ci va passer un seul marché au nom de l'ensemble des membres du groupement, soit le groupement va mener une procédure groupée mais chaque membre passera un marché séparé avec le cocontractant choisi à l'issue de la procédure (*C. Lajoie, Droit des marchés publics : Gualino, 6e éd., 2017, p. 231-232*). Dès lors, la répartition des responsabilités entre les membres du groupement va dépendre de ce qui est prévu par la convention constitutive sur ce point. Le code précise ainsi que “*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*” (*CCP, art. L. 2113-7*). En dehors de telles opérations, les membres du groupement sont responsables de manière individuelle.

Enfin, lorsque le groupement est majoritairement composé de collectivités territoriales ou d'établissements publics locaux autres que médicaux-sociaux, une commission d'appel d'offres doit être instituée et intervenir lors de la procédure de passation (*CGCT, art. L. 1414-3*). De plus, il est possible sous certaines conditions pour les communes membres d'un EPCI de constituer avec ce dernier un groupement de commande afin que l'EPCI prenne en charge la passation et l'exécution de leurs marchés publics (*CGCT, art. L. 5211-4-4 , créé par L. n° 2019-1461, 27 déc. 2019 : JO 28 déc. 2019, texte n° 1 . – Pour un commentaire, G. Clamour, Assouplissement des règles de commande publique du CGCT : Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, comm. 35*).

§ 15 Participation à une entité commune transnationale

Le Code de la commande publique envisage une troisième hypothèse de mutualisation des achats : l'adhésion des acheteurs à une entité commune transnationale (*CCP, art. L. 2113-9*). Cette entité peut être “*constituée notamment sous la forme d'un groupement européen de coopération territoriale*”.

Les entités communes transnationales doivent être bien distinguées des centrales d'achats et des groupements de commandes. En effet, si elles peuvent passer des marchés publics comme eux, les entités communes transnationales ne sont pas instituées dans ce but spécifique. Il est toutefois opportun que le code fixe les règles applicables dans une telle hypothèse. Ainsi, ce sont “*les statuts ou une décision de l'organe compétent de cette entité (qui) déterminent les règles applicables aux marchés publics de cette entité, lesquelles sont : soit la loi de l'État dans lequel se trouve son siège ; soit la loi de l'État dans lequel elle exerce ses activités*”, à condition que ce choix n'ait pas pour objectif d'empêcher l'application de règles nationales d'ordre public. En réalité, ces règles visent principalement l'hypothèse dans laquelle les acheteurs adhèrent à un GECT et n'ont pas pour objet de permettre aux acheteurs de réaliser des économies d'échelle, même si ces dernières ne sont pas à exclure.

B. Définition préalable des besoins : une étape essentielle dans le choix de la procédure

§ 16 Cadre général

La définition des besoins est un préalable obligatoire avant le lancement de la procédure. Il s'agit d'une étape essentielle qui doit permettre d'assurer le respect des principes fondamentaux de la commande publique, tout en intégrant d'autres considérations qui peuvent être davantage politiques, notamment des considérations sociales et environnementales (*E. Muller, Le besoin : une notion aux enjeux multiples : Contrats- [Marchés publ. 2020](#), repère 3*). Les acheteurs doivent

déterminer précisément la nature et l'étendue des besoins qu'ils souhaitent satisfaire “*en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale*” (CCP, art. L. 2111-1).

Pour autant, les acheteurs ne sont pas totalement libres dans la manière de définir la nature et l'étendue de leurs besoins. En effet, la définition des besoins ne doit pas les conduire à fausser la concurrence et le juge administratif sanctionne les manquements à cette obligation (CE, 29 déc. 1997, n° 159693, Ville Paris : JurisData n° 1997-051206 ; Lebon, p. 503 ; Mon. TP 2 mai 1998, TO, p. 395, concl. C. Bergeal ; D. 1998, somm. p. 360, obs. Ph. Terneyre. – CE, 15 déc. 2008, n° 310380, Communauté urbaine Dunkerque et Ville Dunkerque : JurisData n° 2008-074760 ; AJDA 2009, p. 624 ; Mon TP 2 mai 2009, p. 19 . – CE, 12 mars 2012, n° 354355, n° 354356, n° 354357 et n° 354358, Dynacité : JurisData n° 2012-004227 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2012, comm. 145 , note J.-P. Pietri ; RDI 2012, p. 279 , note S. Braconnier. – CAA Douai, 17 janv. 2013, n° 12DA00780, Cne Hazebrouck : JurisData n° 2013-006096 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2013, comm. 67 , note G. Eckert ; JCP A 2013, 2156 , note F. Linditch). De plus, la définition des besoins s'inscrit dans un cadre précis fixé par le code.

§ 17 Adoption d'un schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables

Certains acheteurs sont obligés d'adopter un schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables lorsque le montant total annuel de leurs achats est supérieur à 100 millions d'euros hors taxes (CCP, art. L. 2111-3 et D. 2111-3). Les acheteurs concernés sont les collectivités territoriales et les acheteurs dont le statut est déterminé par la loi, qu'il s'agisse de pouvoirs adjudicateurs ou d'entités adjudicatrices. Ce schéma doit fixer “*les objectifs de politique d'achat comportant des éléments à caractère social visant à concourir à l'intégration sociale et professionnelle de travailleurs handicapés ou défavorisés et des éléments à caractère écologique ainsi que les modalités de mise en œuvre et de suivi annuel de ces objectifs*” et doit également

permettre de promouvoir l'économie circulaire. Pour autant, il ne s'agit que d'une « obligation de moyens » et non de résultat (*E. Muller, article préc. n° 16*).

§ 18 Nécessité d'utiliser des spécifications techniques

Les spécifications techniques constituent le cadre essentiel de la définition des besoins. Les acheteurs doivent obligatoirement faire référence à des spécifications techniques pour définir les prestations qu'ils souhaitent faire réaliser (*CCP, art. L. 2111-2*). Or, la définition de ces spécifications techniques fait l'objet d'un encadrement particulier afin que la définition des besoins ne conduise pas à une remise en cause de la concurrence.

1° Possibilité de procéder à des études et échanges préalables

§ 19 Objectif : préparer au mieux la passation du marché

Afin de définir au mieux leurs besoins et d'utiliser les spécifications techniques adéquates, les acheteurs ont la possibilité de procéder à des études et à des échanges préalables avec des opérateurs économiques (*CCP, art. R. 2111-1*). Ces études et ces échanges – parfois qualifiés de *sourcing* – poursuivent deux objectifs.

Le premier objectif est de permettre aux acheteurs de faire appel à l'expertise, notamment technique, des opérateurs économiques. Il n'est en effet pas certain que les acheteurs disposent des connaissances nécessaires pour définir eux-mêmes et de manière autonome l'ensemble des spécifications techniques auxquelles devra répondre le marché. Ils peuvent ainsi “*effectuer des consultations ou réaliser des études de marché*” ou “*solliciter des avis*”. Toutefois, s'ils ont trop de difficultés pour définir eux-mêmes leurs besoins, les acheteurs devront envisager la possibilité

de passer un marché de conception-réalisation ou d'avoir recours à un partenariat d'innovation (V. n° 56 et 62).

Le second objectif est moins lié à la définition des spécifications techniques. Il s'agit d'anticiper la procédure de passation en informant les opérateurs économiques du projet envisagé et des exigences de celui-ci. Cette possibilité offerte aux acheteurs doit, en principe, permettre de susciter un nombre important de candidatures. Néanmoins, les acheteurs qui décident d'informer les opérateurs économiques de la sorte doivent être d'autant plus attentifs s'agissant du respect du cadre concurrentiel. En effet, « le sourcing doit être information, et non présélection » (S. Dyens, *Définition préalable du besoin et sourcing, la responsabilisation des acheteurs publics dans le nouveau droit des marchés publics* : AJCT 2016, p. 422).

§ 20 Nécessité de respecter le cadre concurrentiel

Alors que l'utilisation du *sourcing* est encouragée par la direction des affaires juridiques (V. not. www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dae/doc/Guide_sourcing.pdf), il est particulièrement important de comprendre que la possibilité de procéder à des études et à des échanges préalables ne doit pas conduire à fausser la concurrence. Ceci explique que sa mise en œuvre soit encadrée par les textes. Les acheteurs doivent donc être particulièrement vigilants (en ce sens, E. Perois et L. Sery, *Le sourcing : démarche vertueuse ou piègeuse pour les acheteurs publics ?* : Contrats- [Marchés publ.](#) 2018, étude 3). Ainsi, ils ne peuvent utiliser les résultats issus de ces études et de ces échanges préalables que s'ils n'ont pas “*pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître*” les principes fondamentaux de la commande publique énoncés à l'article L. 3 du code (*CCP*, art. R. 2111-1, al. 2). De plus, des dispositions particulières s'appliquent lorsque des opérateurs économiques ont participé à la préparation du marché (V. n° 21). Le recours aux études et échanges préalables nécessite donc de prendre des précautions particulières afin d'éviter à la fois une remise en cause de la procédure par le juge administratif et une éventuelle condamnation pénale pour délit de favoritisme.

§ 21 Prise en compte de la participation d'opérateurs économiques à la préparation du marché

Que cela soit dans le cadre des études et des échanges préalables ou en dehors, les acheteurs sont tenus de prendre les mesures nécessaires afin de garantir que la participation préalable d'un opérateur économique à la procédure de passation, qu'elle soit directe ou indirecte, ne fausse pas la concurrence. Cette participation peut en effet conduire l'opérateur économique en question à avoir "*accès à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires*". Pour autant, cette participation ne saurait conduire à une exclusion automatique de cet opérateur économique et les acheteurs doivent rechercher à assurer le respect de la concurrence par d'autres moyens. Ce n'est que lorsqu'il n'existe pas d'autres moyens de préserver la concurrence que les acheteurs seront tenus d'exclure l'opérateur concerné de la procédure de passation (*CCP, art. R. 2111-2 et L. 2141-8, 2°*).

2° Formalisation du besoin par des spécifications techniques

§ 22 Plan

Pour éviter que les acheteurs n'utilisent les spécifications techniques afin de restreindre la concurrence, les textes encadrent leur formulation. La définition des spécifications techniques répond ainsi à la fois à des obligations générales (a) et à des obligations plus spécifiques (b), tandis que les marges de manœuvre offertes aux acheteurs sont elles aussi encadrées (c).

A) Obligations générales pour la formulation des spécifications techniques

§ 23 Formulation des spécifications techniques

Ce sont les spécifications techniques qui “définissent les caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures qui font l'objet du marché” (CCP, art. R. 2111-4). Leur formulation est encadrée pour éviter que les acheteurs ne se servent des spécifications techniques pour opérer des discriminations illégales entre les opérateurs économiques. Les juges apprécient d'ailleurs strictement le caractère discriminatoire des spécifications techniques (CJCE, 22 sept. 1988, aff. C-45/87, Comm . c/ Irlande. – CJCE, 24 janv. 1995, aff. C-359/93, Comm . c/ Pays-Bas : Europe 1994, comm. 94 , obs. F. Gazin et D. Simon ; D. 1996, jurispr. p. 23, obs. M.-C. Bergeres. – CJUE, 10 mai 2012, aff. C-368/10, Comm . c/ Pays-Bas : JurisData n° 2012-013290 ; RTDE 2013, p. 357 , note A.-L. Durviaux et p. 410, note S. Robin-Olivier ; Contrats- Marchés publ. 2012, comm. 209 , note W. Zimmer. – CJUE, 8 juin 2017, aff. C-296/15, Medisanus : JurisData n° 2017-018816 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2017, comm. 228 , note M. Ubaud-Bergeron). C'est ce qui explique qu'elles ne puissent être formulées que de trois manières (CCP, art. R. 2111-8).

§ 24 Définition par référence à des normes ou à des documents équivalents

En premier lieu, les acheteurs peuvent définir les spécifications techniques par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats (*CCP, art. R. 2111-8, 1°*). Le Code de la commande publique fixe une liste décroissante par ordre de préférence des documents qui peuvent être utilisés. Ils doivent, dans tous les cas, être accompagnés de la mention “*ou équivalent*” (*CCP, art. R. 2111-9*). Ainsi, les acheteurs ne peuvent pas rejeter une offre si le soumissionnaire prouve, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose satisfont de

manière équivalente aux exigences définies (CCP, art. R. 2111-11, al. 1er). Les documents qui peuvent être utilisés sont, par ordre de préférence : *“les normes nationales transposant des normes européennes ; les évaluations techniques européennes ; les spécifications techniques communes ; les normes internationales ; les autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation ou, en leur absence, les normes nationales, les agréments techniques nationaux ou les spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et d'utilisation des fournitures”* (CCP, art. R. 2111-9). Une définition de ces documents est fournie par voie réglementaire et figure en annexe du Code de la commande publique (*Avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics , ann. 5*).

§ 25 Définition en termes de performance ou d'exigences fonctionnelles

En deuxième lieu, les acheteurs peuvent définir les spécifications techniques par référence à des exigences en termes de performance ou en utilisant des exigences fonctionnelles (CCP, art. R. 2111-8, 2°). S'ils font ce choix les acheteurs doivent définir les performances ou les exigences de manière précise *“pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et à l'acheteur d'attribuer le marché”* (CCP, art. R. 2111-10). Ces exigences, qu'il s'agisse d'exigences de performance ou d'exigences fonctionnelles, peuvent, notamment, inclure des caractéristiques environnementales ou sociales. Par ailleurs, les exigences formulées ne doivent pas être entendues strictement. En effet, les acheteurs ne peuvent pas rejeter une offre si le ou les soumissionnaires démontrent qu'elle est conforme à une norme ou à un document équivalent qui correspond aux performances ou aux exigences fonctionnelles exigées. Ils peuvent en apporter la preuve *“par tout moyen approprié”* (CCP, art. R. 2111-11, al. 2).

§ 26 Définition par des normes et par des performances ou des exigences fonctionnelles

Enfin, en troisième et dernier lieu, les acheteurs peuvent choisir de définir les spécifications techniques en faisant à la fois référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats et à la fois en les définissant en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles (*CCP, art. R. 2111-8, 3°*).

Les trois possibilités offertes par le code pour la définition des spécifications techniques sont laissées à la libre appréciation des acheteurs. Elles restent cependant encadrées et de nombreuses conditions sont posées par les textes.

B) Obligations spécifiques pour la formulation des spécifications techniques

§ 27 Interdictions à respecter

Le respect de la concurrence justifie un encadrement de la formulation des spécifications techniques. Ainsi, pour éviter que les acheteurs n'organisent des discriminations illégales en utilisant les spécifications techniques, il leur est interdit de mentionner un mode ou un procédé de fabrication particulier, ou une provenance ou une origine déterminée, ainsi que de faire référence à une marque (*CJCE, 17 nov. 1993, aff. C-71/92, Comm. c/ Espagne : Rec. CJCE 1993, p. I-5923 ; RD imm. 1994, p. 47, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; D. 1994, p. 225, obs. Ph. Terneyre*), 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*". Il n'en va autrement que si la mention ou la référence "*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"*" (*CCP, art. R. 2111-7*). Par ailleurs, les acheteurs ne peuvent pas modifier les spécifications techniques de référence

lors du déroulement de la procédure (*CJUE, 16 avr. 2015, aff. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL* : *JurisData n° 2015-011644* ; *Contrats- [Marchés](#) publ. 2015, comm. 139* , note *M. Ubaud-Bergeron* ; *Europe 2015, comm. 232* , note *A. Bouveresse*).

§ 28 Obligations particulières en matière d'achat de véhicule à moteur

Lorsque le marché public a pour objet l'achat d'un véhicule à moteur, les acheteurs doivent prendre en compte les “incidences énergétiques et environnementales de ce véhicule sur toute sa durée de vie” (CCP, art. R. 2172-35 et s.). Cette obligation ne concerne que les achats de véhicules effectués dans le cadre de marchés publics dont la valeur estimée est supérieure aux seuils européens et ceux effectués pour l'exécution d'un service public de transports, sous réserve d'un certain nombre de conditions et d'exceptions.

§ 29 Prise en compte de l'accessibilité et de la fonctionnalité dans la formulation des spécifications techniques

En principe, et sauf cas exceptionnel dûment justifié, les acheteurs doivent “prendre en compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou des critères de fonctionnalité pour tous les utilisateurs” (CCP, art. R. 2111-6).

C) Possibilités offertes aux acheteurs pour la formulation des spécifications techniques

§ 30 Possibilité d'utiliser les processus et les méthodes de production ou le cycle de vie pour déterminer les spécifications techniques

Afin de définir les spécifications techniques, les acheteurs peuvent utiliser les processus ou les méthodes de production ou de fourniture des différentes prestations, et ce *“même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel”*. Ils peuvent même se référer à *“un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie”*. Il faut toutefois que ces spécifications techniques soient liées à l'objet du marché et proportionnées à sa valeur et à ses objectifs (*CCP, art. R. 2111-4, al. 2*).

§ 31 Possibilité de prévoir le transfert des droits de propriété intellectuelle

Les acheteurs ont la possibilité, s'ils le souhaitent, d'utiliser les spécifications techniques pour préciser si les droits de propriété intellectuelle liés aux prestations à réaliser devront être transférés à l'acheteur à la suite de l'exécution du marché (*CCP, art. R. 2111-5*). Cela permet notamment d'« organiser les modalités de répartition des droits de propriété intellectuelle et (de) sceller le sort des connaissances antérieures apportées par le titulaire du marché, en faisant par exemple référence aux dispositions du CCAG-PI » (*C. Farineau et A. Gras, Les marchés publics de services de recherche et développement : Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, étude 2*).

§ 32 Possibilité d'utiliser des labels pour définir les spécifications techniques

Lorsqu'ils souhaitent acquérir des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre, les acheteurs peuvent exiger le respect d'un label particulier qui prouve que les travaux, services ou fournitures proposés correspondent bien aux caractéristiques requises (*CCP, art. R. 2111-13* . – *CAA Marseille, 8 juill. 2010, n° 08MA01775, Sté Siorat : JurisData n° 2010-018842 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2010, comm. 367 , note P. Devillers*). Cette possibilité est ouverte aux acheteurs pour l'ensemble des marchés publics mais sa mise en œuvre est encadrée pour éviter que les labels ne soient utilisés afin de restreindre ou de fausser la concurrence (*CCP, art. R. 2111-12 à R. 2111-17*). La possibilité d'utiliser des labels ne concerne pas seulement les spécifications techniques : les acheteurs peuvent également avoir recours à des labels pour définir les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché public.

L'utilisation de labels est néanmoins encadrée :

- les acheteurs ne peuvent utiliser un label pour déterminer les caractéristiques attendues que lorsque celles-ci sont liées à l'objet du marché au sens de l'article L. 2112-3 du code et à condition que les caractéristiques prouvées par le label permettent de définir les caractéristiques des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché public (*CCP, art. R. 2111-15*) ;
- le label utilisé doit répondre à certaines caractéristiques : il doit être établi au travers d'une procédure ouverte et transparente, reposer sur des critères qui sont vérifiables de manière objective et qui ne sont pas discriminatoires, et les conditions d'obtention du label doivent être accessibles et établies par un tiers sur lequel l'opérateur économique ne peut pas exercer d'influence décisive (*CCP, art. R. 2111-14*) ;
- l'acheteur doit accepter tous les labels “équivalents” à celui utilisé, c'est-à-dire ceux qui confirment que les travaux, fournitures ou services remplissent des exigences équivalentes (*CCP, art. R. 2111-16*) ;

- l'acheteur doit accepter d'autres moyens de preuve lorsqu'un opérateur économique n'avait manifestement pas la possibilité d'obtenir le label particulier spécifié par l'acheteur ou un label équivalent dans les délais fixés pour des raisons qui ne lui sont pas imputables (*CCP, art. R. 2111-17*).

L'utilisation d'un label ne signifie pas que l'acheteur demande que toutes les exigences du label soient remplies. Il lui est en effet possible d'indiquer, parmi les exigences du label, celles qui sont exigées. Par ailleurs, lorsque les exigences d'un label ne sont pas toutes liées à l'objet du marché, l'acheteur ne peut pas exiger l'obtention du label mais peut utiliser le label ou certaines spécifications du label pour définir certaines spécifications techniques du marché public (*CCP, art. R. 2111-15*).

§ 33 Possibilité d'exiger des rapports d'essai, ou des certificats pour définir les spécifications techniques attendues

Afin de prouver que les travaux, fournitures ou services proposés répondent bien aux spécifications techniques définies, les acheteurs peuvent imposer aux opérateurs économiques de fournir un rapport d'essai ou un certificat. Cette exigence devra être prévue dans les documents de la consultation (*CCP, art. R. 2151-14*).

Le rapport doit être établi par un organisme d'évaluation de la conformité qui doit être accrédité, conformément au règlement du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 (*PE et Cons. UE, règl. (CE) n° 765/2008, 9 juill. 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). Il peut également s'agir d'un certificat délivré par un tel organisme.

L'utilisation de rapports d'essai ou de certificats ne doit cependant pas conduire les acheteurs à fausser la concurrence. Ces derniers ont ainsi l'obligation d'accepter les certificats établis par des organismes équivalents. De plus, ils doivent accepter d'autres moyens de preuve lorsque les opérateurs économiques ne peuvent pas obtenir les certificats ou les rapports d'essai

exigés, soit parce qu'ils n'y ont pas accès, soit parce que les délais d'obtention sont trop longs par rapport à la procédure. Enfin, il faut préciser que de tels documents peuvent également être exigés comme moyens de preuve de la conformité aux critères d'attribution ou aux conditions d'exécution du marché public.

C. Calcul de la valeur estimée du besoin : une étape déterminante dans le choix de la procédure

§ 34 Cadre général

Les acheteurs doivent estimer la valeur des besoins qu'ils souhaitent satisfaire par le marché public avant le lancement de la procédure de passation . Ce calcul est essentiel car il conditionne l'application d'un certain nombre de règles et, notamment, le choix de la procédure. La valeur des prestations qui font l'objet du marché public doit impérativement être estimée en amont de la procédure de passation : en principe cette estimation doit avoir lieu *“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”* (*CCP, art. R. 2121-3*), c'est-à-dire au moment où il *“lance la consultation”*. L'objectif pour les acheteurs doit être de mettre en œuvre un mode de calcul suffisamment précis afin d'estimer « correctement » la valeur du marché public. En effet, une mauvaise estimation peut conduire à ne pas appliquer les bonnes règles et à fausser la concurrence lors de la procédure de passation .

§ 35 Règles générales de calcul

Les acheteurs doivent respecter un certain nombre de règles communes à l'ensemble des marchés publics lorsqu'ils déterminent la valeur estimée de leurs besoins (*CCP, art. R. 2121-1 à R. 2121-*

4). Celles-ci visent à faire en sorte que l'estimation soit la plus exacte possible. Le juge effectue d'ailleurs un contrôle normal sur le caractère sincère et raisonnable de cette estimation (*CE, 14 mars 1997, n° 170319 , préfet Pyrénées-Orientales : JurisData n° 1997-050352 ; Lebon T., p. 930*). Les règles de calcul prévues par le code s'imposent aux acheteurs, qu'il s'agisse des règles générales ou des règles spécifiques aux différentes catégories de marchés publics .

Pour effectuer ce calcul, les acheteurs doivent prendre en compte l'ensemble des prestations prévues par le marché public (*CCP, art. R. 2121-1*). Le montant calculé est le montant hors taxes du ou des marchés publics envisagés et il doit intégrer le montant des options et des reconductions si de telles options ou reconductions sont prévues par le marché public. Peu importe ici que les options ne soient finalement pas levées ou que l'acheteur décide ultérieurement de ne pas reconduire le ou les marchés publics . De la même manière, le montant calculé doit évidemment intégrer la valeur de l'ensemble des lots du ou des marchés publics . Enfin, pour calculer la valeur estimée de leurs besoins les acheteurs doivent tenir compte des primes versées aux candidats et en intégrer le montant si de telles primes sont prévues par le marché public.

Il est également nécessaire d'éviter le “*saucissonnage*” des marchés publics , c'est-à-dire un découpage artificiel des marchés publics afin de le soustraire à certaines règles de passation . Il est ainsi interdit aux acheteurs de scinder leurs achats pour contourner les différentes règles de passation (*CCP, art. R. 2121-4*).

Enfin, conformément à la directive 2014/24/UE , la notion d'unité opérationnelle fait son apparition dans la nouvelle réglementation. Il est en effet précisé qu'en principe, “*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*”. L'estimation ne sera effectuée au niveau de chaque unité opérationnelle que si ces dernières sont responsables de leurs marchés publics ou de certaines catégories d'entre eux de manière autonome (*CCP, art. R. 2121-2*).

§ 36 Règles de calcul spécifiques en fonction de l'objet du contrat : marchés publics de travaux

Lorsque les acheteurs passent des marchés publics de travaux, le calcul de la valeur estimée du besoin repose sur la notion d'opération (*CCP, art. R. 2121-5, al. 2*). Celle-ci se définit comme un ensemble de travaux qui présentent une certaine unité, qu'elle soit fonctionnelle, technique ou économique (*CAA Bordeaux, 10 déc. 2002, n° 99BX00120, préfet Réunion : BJCP 2003, p. 323* . – *TA Lyon, 25 sept. 2008, n° 0705726, préfet Ardèche c/ Synd. mixte Chambenier : JCP A 2009, 2136, note S. Plunian*). De plus, pour qu'il y ait opération de travaux, il est nécessaire que ces différents travaux soient entrepris à la suite d'une décision de l'acheteur visant à les faire réaliser sur une certaine période de temps et à l'intérieur d'un périmètre limité. Le nombre d'opérateurs économiques intervenant dans le cadre de l'opération est sans incidence sur l'estimation et tous les marchés publics nécessaires pour cette opération doivent être pris en compte.

Dès lors, lorsque les acheteurs passent des marchés publics de travaux, ils doivent estimer la valeur de leurs besoins en tenant compte de la valeur de tous les travaux qui se rapportent à une même opération, ainsi que de *“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”* (*CCP, art. R. 2121-5, al. 1er*).

§ 37 Règles de calcul spécifiques en fonction de l'objet du contrat : marchés publics de fournitures ou de services

Lorsque les acheteurs passent des marchés publics de fournitures ou de services, la valeur estimée du besoin doit être calculée 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”* (*CCP, art. R. 2121-6*). Comme pour les marchés publics de travaux, le nombre d'opérateurs économiques intervenant dans le cadre de l'opération n'a pas d'incidence sur l'estimation et tous les marchés publics nécessaires pour cette

opération doivent être pris en compte. C'est le caractère homogène des fournitures ou des services qui importe (*CAA Lyon, 15 mai 2014, n° 13LY01309 , préfet Côte-d'Or : JurisData n° 2014-013464 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2014, comm. 187 , note. J.-P. Pietri*).

Par ailleurs, lorsque les acheteurs passent des marchés publics de fournitures ou de services qui répondent à un besoin régulier, le calcul de la valeur estimée du besoin obéit à des règles spécifiques prenant en compte soit les prestations exécutées antérieurement, soit celles qui seront exécutées postérieurement à la conclusion du marché. En effet, la valeur estimée doit être calculée soit sur la base *“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”*, soit sur la base *“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”* (*CCP, art. R. 2121-7*). Il s'agit ici d'éviter que les acheteurs étalent dans le temps leurs marchés publics de fournitures ou de services réguliers afin de minimiser le montant de la valeur estimée de leurs besoins.

§ 38 Règles de calcul spécifiques pour les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamiques

La passation d'accords-cadres ou de systèmes d'acquisition dynamiques ne doit pas être instrumentalisée par les acheteurs afin de minimiser la valeur estimée de leurs besoins. Pour parer à cette difficulté, le Code de la commande publique prévoit donc une estimation maximale. Ainsi, *“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”* (*CCP, art. R. 2121-8, al. 1er*). De plus, le code précise que *“lorsque l'accord-cadre ne fixe pas de maximum, sa valeur estimée est réputée excéder les seuils de procédure formalisée”* (*CCP, art. R. 2121-8, al. 2*). La logique retenue par les textes revient donc à considérer qu'en cas de doute il faut retenir une fourchette haute dans le

cadre de l'évaluation du montant du besoin afin de ne pas risquer d'écarter à tort l'application d'une procédure formalisée de passation .

§ 39 Règles de calcul spécifiques pour les partenariats d'innovation

Lorsque les acheteurs décident de conclure un partenariat d'innovation afin de satisfaire leurs besoins, ils doivent estimer ces derniers 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 fournitures, services ou travaux innovants qui en sont le résultat et dont l'acquisition est envisagée”* (CCP, art. R. 2121-9).

§ 40 Règles de calcul spécifiques pour les marchés de partenariat

Lorsque les acheteurs souhaitent conclure un marché de partenariat, le calcul de la valeur estimée du besoin doit intégrer *“la rémunération du titulaire versée par l'acheteur”*, mais aussi *“le cas échéant, les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine » et les « éventuels concours publics ”*. Comme pour tous les marchés publics qui nécessitent l'envoi d'un appel public à la concurrence, la valeur des marchés de partenariat doit être estimée au moment de l'envoi de cet avis à la publication (CCP, art. R. 2211-2). Ce calcul est essentiel pour déterminer si les acheteurs peuvent ou non avoir recours au marché de partenariat pour satisfaire leurs besoins.

§ 41 Règles de calcul pour les marchés publics allotis

Les acheteurs ne doivent pas chercher à se soustraire artificiellement aux procédures formalisées de passation des marchés publics en sous-estimant la valeur de leurs besoins. C'est ce qui explique que, dans le cadre des marchés publics allotis, les acheteurs doivent prendre en compte la valeur totale estimée de l'ensemble des lots (*CCP, art. R. 2121-1*). Malgré tout, certains lots passés dans le cadre des marchés publics allotis pourront être passés selon une procédure adaptée même lorsque la valeur estimée du marché public dans son ensemble dépasse les seuils d'application des procédures formalisées (*V. n° 46*).

D. Choix de la procédure appropriée

§ 42 Présentation

La définition préalable des besoins et le calcul de sa valeur estimée doivent permettre aux acheteurs de déterminer quelle est la procédure appropriée pour le marché public qu'ils envisagent de passer. En principe, les acheteurs vont donc choisir la procédure de passation qu'ils souhaitent utiliser en fonction du montant de ce marché, c'est-à-dire en fonction de la valeur estimée de ce dernier, et en fonction de son objet, c'est-à-dire par rapport aux besoins qui doivent être réalisés. De manière exceptionnelle, le choix de la procédure peut également dépendre des circonstances dans lesquelles le marché public est conclu (*CCP, art. L. 2120-1*).

1° Montant du marché

§ 43 Un choix fondé sur le calcul de la valeur estimée du besoin

Le calcul de la valeur estimée du besoin est déterminant lorsqu'il s'agit de choisir la procédure de passation . En effet, c'est ce calcul qui va permettre de déterminer si le montant du marché public est supérieur ou non aux seuils européens et qui va, dans la plupart des hypothèses, permettre de déterminer si le marché public doit être passé selon une procédure formalisée ou selon une procédure adaptée (a). Ce calcul est également nécessaire pour déterminer si le montant du marché public est inférieur à 40 000 € et justifie donc que le contrat soit passé sans publicité ni mise en concurrence préalable (b).

A) Choix entre procédure formalisée et procédure adaptée

§ 44 Règles générales

Les acheteurs n'ont pas véritablement la possibilité d'opérer un choix lorsqu'il s'agit de déterminer si le marché public qu'ils souhaitent conclure doit être passé selon une procédure formalisée ou selon une procédure adaptée. En principe, *“lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens”* le marché doit être passé selon une procédure formalisée (*CCP, art. L. 2124-1*). À l'inverse, il sera passé selon une procédure adaptée si cette valeur est inférieure aux seuils (*CCP, art. L. 2123-1, 1°*). Ce n'est que de manière dérogatoire, lorsque son objet le justifie, qu'un marché public peut être passé selon une procédure adaptée alors que la valeur estimée du besoin dépasse les seuils européens (*V. n° 53*).

§ 45 Seuils imposant la mise en œuvre d'une procédure formalisée ou justifiant le recours à la procédure adaptée

La procédure formalisée s'impose en principe aux acheteurs lorsque la valeur estimée des besoins objets du marché est supérieure ou égale aux seuils européens (*CCP, art. L. 2124-1*). Ces seuils sont fixés par la Commission européenne et ils sont repris par un avis qui figure en annexe du Code de la commande publique (*Avis 10 déc. 2019, relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique : CCP, ann. 2*). Il existe différents seuils qui varient en fonction de l'objet du marché public et en fonction des acheteurs concernés. Le montant du marché est donc déterminant pour choisir la procédure applicable mais il ne saurait être envisagé seul.

Tout d'abord, quel que soit l'acheteur, le seuil prévu pour les marchés publics de travaux est de 5 350 000 € HT.

Ensuite, les seuils fixés pour les marchés publics de fournitures et de services varient en fonction des acheteurs concernés :

- le seuil est de 139 000 € HT pour les marchés publics de fournitures et de services des pouvoirs adjudicateurs qui sont des autorités publiques centrales ;
- il est de 214 000 € HT pour les marchés publics de fournitures et de services des autres pouvoirs adjudicateurs (ainsi que pour les marchés de fournitures des autorités publiques centrales dans le domaine de la défense pour des produits autres que ceux figurant à l'annexe 4 de l'appendice I de l'offre de l'Union européenne au titre de l'accord sur les marchés publics) ;
- par ailleurs, ce seuil est de 428 000 € HT pour les marchés publics de fournitures et de services des entités adjudicatrices.

Enfin, le seuil de 428 000 € HT se retrouve s'agissant des marchés publics de défense ou de sécurité portant sur des fournitures ou des services, nonobstant la nature juridique de l'acheteur (les marchés publics de travaux relèvent quant à eux du seuil commun de 5 548 000 € HT).

En réalité, les seuils imposant la mise en œuvre d'une procédure formalisée sont tellement élevés qu'il est possible de considérer que « la procédure adaptée est, dans ce contexte, clairement

placée au centre de l'achat public » (S. Braconnier, *Précis du droit de la commande publique*, préc. n° 13, p. 294).

§ 46 Autre hypothèse justifiant le recours à la procédure adaptée en raison du montant : lots de faible montant

Le recours à la procédure adaptée n'est pas réservé aux marchés dont le montant est inférieur aux seuils européens. Il existe trois autres hypothèses qui justifient le recours à une procédure adaptée sans que la question du dépassement des seuils ne se pose. Les deux premières sont fondées sur l'objet du marché public (V. n° 53), tandis que la troisième dépend du montant de certains lots dans le cadre des marchés publics allotis.

Cette troisième hypothèse concerne la passation de certains lots – généralement qualifiés de lots de « faible montant » – dans le cadre de marchés publics allotis dont le montant est supérieur aux seuils des procédures formalisées de passation . Ainsi, les acheteurs peuvent utiliser une procédure adaptée pour la passation de certains lots lorsque *“la valeur estimée de chaque lot concerné est inférieure à 80 000 euros HT pour des fournitures ou des services ou à 1 million d'euros HT pour des travaux”* et à condition que *“le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée”* de l'ensemble des lots (CCP, art. R. 2123-1). L'idée est ici de permettre aux acheteurs, quels qu'ils soient, d'éviter de recourir à une procédure formalisée s'agissant de lots d'importance moindre afin de rendre la procédure de passation plus souple.

§ 47 Typologie des différentes procédures formalisées

Le Code de la commande publique distingue trois procédures parmi les procédures formalisées de passation : la procédure d'appel d'offres, la procédure avec négociation et la procédure du dialogue compétitif (CCP, art. L. 2124-1 et s.). La procédure concurrentielle avec négociation et la

procédure négociée avec mise en concurrence préalable prévues par l'ordonnance de 2015 ont ainsi été remplacées par une seule procédure rebaptisée "*procédure avec négociation*".

Sauf lorsque l'objet du contrat ou les circonstances de passation le justifient, les acheteurs sont obligés d'utiliser l'une de ces procédures formalisées de passation dès lors que la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française. L'utilisation de l'une ou l'autre de ces procédures varie en fonction de la nature de l'acheteur à l'origine de la procédure de passation et en fonction de l'objet du marché public. Dans un souci de clarté, il est possible de distinguer les conditions d'utilisation des procédures formalisées en fonction de la nature de l'acheteur, c'est-à-dire suivant s'il s'agit d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice.

§ 48 Utilisation des procédures formalisées par les pouvoirs adjudicateurs

Lorsque l'acheteur à l'origine de la procédure de passation agit en tant que pouvoir adjudicateur, les trois procédures formalisées de passation s'offrent à lui : la procédure d'appel d'offres, la procédure avec négociation et la procédure du dialogue compétitif (*CCP, art. L. 2124-1 à L. 2124-4 et R. 2124-1 à R. 2124-6*). Le choix offert entre ces trois procédures ne leur interdit pas de mettre en œuvre une technique particulière d'achat, de conclure un marché public particulier, ou de passer un marché de partenariat si l'objet du contrat le justifie. Surtout, ce choix est encadré : alors que l'appel d'offres peut être librement utilisé, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent avoir recours à la procédure avec négociation ou à la procédure du dialogue compétitif que dans certaines hypothèses.

La procédure d'appel d'offres apparaît ainsi, en quelque sorte, comme la procédure de droit commun parmi les procédures formalisées de passation : l'appel d'offres peut être utilisé par les pouvoirs adjudicateurs sans que le marché ne réponde à des conditions particulières. Cette ouverture large de l'appel d'offres s'explique par les garanties importantes que cette procédure offre du point de vue du respect de la concurrence. Elle permet en effet à l'acheteur de choisir "*l'offre*

économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats” (CCP, art. L. 2124-2). Il peut s'agir d'un appel d'offres ouvert ou d'un appel d'offres restreint. Lorsque l'appel d'offres est ouvert, cela signifie que tous les opérateurs économiques intéressés peuvent soumissionner. En revanche, lorsqu'il est restreint, il n'y aura que les opérateurs économiques sélectionnés par l'acheteur qui pourront présenter une offre. Le choix entre ces deux procédures d'appel d'offres est libre quelle que soit la nature de l'acheteur et quels que soient le montant et l'objet du marché public (CCP, art. R. 2124-2).

À l'inverse, la procédure avec négociation et la procédure du dialogue compétitif constituent des procédures dérogatoires lorsqu'elles sont mises en œuvre par des acheteurs agissant en tant que pouvoirs adjudicateurs. La procédure avec négociation permet au pouvoir adjudicateur de négocier *“les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques” (CCP, art. L. 2124-3)* ; tandis que la procédure du dialogue compétitif permet à l'acheteur d'engager un 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” (CCP, art. L. 2124-4).* Cette possibilité de négocier ou de discuter avec certains candidats constitue une forme d'entrave à la concurrence et justifie que l'utilisation de ces procédures soit encadrée lorsque l'acheteur agit comme pouvoir adjudicateur. Ainsi, ces procédures ne peuvent être utilisées par les pouvoirs adjudicateurs que dans six hypothèses limitativement énumérées par le code dans lesquelles il est nécessaire de faire appel à l'expertise des cocontractants potentiels afin d'obtenir la réalisation des prestations souhaitées (CCP, art. R. 2124-3 et R. 2124-5).

La première hypothèse est celle dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas satisfaire les besoins qui font l'objet du marché public par *“des solutions immédiatement disponibles”*. Dans ce cas, la négociation ou le dialogue avec les opérateurs économiques vont permettre d'adapter les solutions disponibles pour qu'elles répondent effectivement aux besoins du pouvoir adjudicateur (CCP, art. R. 2124-3, 1°).

La deuxième hypothèse qui justifie le recours à la procédure avec négociation ou au dialogue compétitif pour les pouvoirs adjudicateurs est celle dans laquelle *“le besoin consiste en une solution innovante”*. Or, le code précise quelles sont les prestations qui doivent être considérées comme innovantes, ce qui réduit la marge de manœuvre des pouvoirs adjudicateurs. Il peut ainsi s'agir de travaux, de fournitures ou de services *“nouveaux ou sensiblement améliorés”*,

mais le caractère innovant peut également résulter de *“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, (de) l'organisation du lieu de travail ou (des) relations extérieures de l'entreprise”* (CCP, art. R. 2124-3, 2°).

La troisième hypothèse permet aux acheteurs d'utiliser ces procédures *“lorsque le marché comporte des prestations de conception”* (CCP, art. R. 2124-3, 3°).

La quatrième hypothèse permettant de recourir à ces procédures est celle dans laquelle le pouvoir adjudicateur ne peut pas attribuer le marché public sans procéder à des négociations préalables *“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”* (CCP, art. R. 2124-3, 4°).

La cinquième hypothèse justifiant le recours à la procédure avec négociation ou à la procédure du dialogue compétitif est celle dans laquelle *“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”* (CCP, art. R. 2124-3, 5°).

Enfin, la sixième hypothèse permettant d'utiliser ces procédures correspond à la situation dans laquelle le pouvoir adjudicateur a lancé une procédure d'appel d'offres mais n'a reçu que des offres irrégulières ou inacceptables. Ce dernier peut alors mettre en œuvre une procédure avec négociation ou un dialogue compétitif sans publier un avis de marché à condition de ne faire *“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”*. De plus, les soumissionnaires devront justifier au préalable qu'ils ne sont pas *“dans un cas d'interdiction de soumissionner”* et qu'ils satisfont *“aux conditions de participation fixées par l'acheteur”*. Enfin, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer qu'en ayant recours à l'une de ces procédures il ne modifie pas substantiellement les conditions initiales du marché public (CCP, art. R. 2124-3, 6°).

Il apparaît ainsi que le recours à la procédure avec négociation et à la procédure du dialogue compétitif n'est possible que lorsque les conditions imposent au pouvoir adjudicateur d'engager une négociation ou un dialogue. Ainsi, il appartiendra notamment au juge du référé précontractuel de vérifier la légalité du recours à ces procédures (pour le dialogue compétitif, CE, 11 mars 2013, n° 364551, Assemblée chambres françaises de commerce et d'industrie : JurisData n° 2013-

004369 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2013, comm. 130 , note W. Zimmer). Or, ces conditions contraignantes ne s'appliquent pas aux entités adjudicatrices.

§ 49 Utilisation des procédures formalisées par les entités adjudicatrices

Les trois procédures formalisées définies par le Code de la commande publique peuvent également être utilisées lorsque l'acheteur qui passe le marché agit en tant qu'entité adjudicatrice. Il existe cependant une différence de taille, favorable aux entités adjudicatrices : celles-ci peuvent librement choisir d'utiliser l'une ou l'autre des trois procédures à leur disposition (*CCP, art. R. 2124-4 et R. 2124-6*). Elles ne sont donc pas contraintes par une liste limitative d'hypothèses dans lesquelles recourir à la négociation ou au dialogue avec les opérateurs économiques. La rigidité des règles visant à protéger la concurrence au travers des procédures de passation est donc moins importante pour les entités adjudicatrices que pour les pouvoirs adjudicateurs.

B) Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables en raison de leur montant

§ 50 Présentation générale

Les acheteurs ne peuvent passer leurs marchés selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable que lorsque certaines conditions sont remplies (*CCP, art. L. 2122-1*). Cette procédure permet de recourir à une négociation directe avec certains opérateurs économiques, sans devoir mettre en œuvre une procédure de publicité ou de mise en concurrence préalable. Cela ne signifie pas pour autant que les marchés passés ainsi ne respecteraient pas les

principes fondamentaux de la commande publique rappelés à l'article L. 3 du code. Simplement, les caractéristiques de ces marchés justifient que leur passation puisse se dérouler dans un cadre extrêmement souple, que cela soit en raison de leur montant ou de leur objet (*CCP, art. R. 2122-1 à R. 2122-9*) ou en raison de la qualité de l'acheteur (*CCP, art. R. 2122-10 à R. 2122-11*).

C'est donc parce que la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable constitue une procédure fortement dérogatoire que son utilisation n'est possible que dans certaines hypothèses strictement définies par le code (*CCP, art. R. 2122-1 à R. 2122-11*) et soumises à une interprétation stricte (*CJUE, 27 oct. 2011, aff. C-601/10, Comm. CE c/ Rép. Hellénique : JurisData n° 2011-030552 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2012, comm. 12, note G. Eckert*). Or, parmi celles-ci, il faut distinguer l'hypothèse dans laquelle le recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable est justifiée par le faible montant du marché, et les autres hypothèses qui permettent d'avoir recours à cette procédure (*V. n° 54*).

§ 51 Recours à un marché passé sans publicité ni mise en concurrence préalables en raison de son montant

Les marchés publics , dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 € HT, peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence préalable (le seuil de 40 000 € a remplacé l'ancien seuil de 25 000 € depuis le 1er janvier 2020). La seule réserve qui est imposée aux acheteurs est que ces derniers doivent veiller 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”* (*CCP, art. R. 2122-8*). Jusqu'à l'adoption de la réforme de la commande publique, les marchés inférieurs à un tel seuil étaient qualifiés de marchés de faible montant – et étaient passés selon une procédure adaptée. Ils intègrent désormais la catégorie des marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalable. Ils ont même été qualifiés de « marchés du troisième type » par Florian Linditch (*F. Linditch, Les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 € HT. Marchés du troisième type ? : JCP A 2016, 2142*), qui considère par ailleurs que ces contrats font

partie des marchés passés en procédure adaptée (*F. Linditch, À propos de la mise à jour de la fiche DAJ « MAPA et autres marchés publics de faible montant » : Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, alerte 7*). Ce n'est cependant pas le choix opéré par le code qui les intègre parmi les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence.

De tels marchés ne doivent cependant pas être considérés comme échappant aux principes fondamentaux de la commande publique. En réalité, l'application de ces principes se fait seulement de manière beaucoup plus souple et ne pourra conduire qu'à la censure de choix manifestement contraires à ces derniers.

Le Code de la commande publique ajoute une hypothèse supplémentaire permettant de recourir à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable. Celle-ci concerne *“les lots dont le montant est inférieur à 40 000 euros hors taxes et qui remplissent les conditions”* fixées pour la passation des lots de faible montant selon une procédure adaptée (*CCP, art. R. 2122-8*). La réserve imposée aux acheteurs pour la passation des marchés publics inférieurs à 40 000 € HT s'applique également à la passation de ces lots *“de très faible montant”*.

2° Objet du marché

§ 52 Un choix fondé sur la définition préalable des besoins

En principe, la définition préalable des besoins permet aux acheteurs de déterminer l'objet du marché public qu'ils souhaitent conclure. Or, en fonction de cet objet, ils pourront avoir recours à certaines catégories « de marchés spécifiques, qui font l'objet d'un régime juridique particulier » et qui, pour certains, « donnent lieu à des procédures particulières de passation » (*S. Braconnier, Précis du droit de la commande publique, préc. n° 13, p. 275*). L'objet du marché public peut ainsi conduire les acheteurs à utiliser une procédure adaptée ou une procédure sans publicité ni mise en concurrence préalables. Il peut également les amener à passer un marché public global, un marché public à objet spécifique, ou à mettre en œuvre une technique particulière d'achat.

A) Recours à la procédure adaptée en raison de l'objet du marché public

§ 53 Hypothèses de recours

Il existe deux hypothèses qui permettent de recourir à une procédure adaptée quel que soit le montant du marché (CCP, art. R. 2123-1, 3° et 4°).

La première hypothèse concerne les marchés publics ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques (CCP, art. R. 2123-1, 3°). Ces marchés publics peuvent être passés selon une procédure adaptée, “quelle que soit la valeur estimée du besoin”. Il s'agit d'une exception prévue par le droit de l'Union européenne permettant aux États de définir librement l'organisation de la fourniture de ces services “soit en tant que services d'intérêt économique général, soit en tant que services d'intérêt général non économiques, ou une combinaison des deux” (PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014 , cons. 6). Les services sociaux et autres services spécifiques ne sont pas définis par les textes : le droit français se contente de reprendre la liste de ces services telle qu'elle est établie par l' annexe XIV de la directive 2014/24/UE . Cette liste figure dans l' annexe 3 du Code de la commande publique (Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques).

La deuxième hypothèse concerne certains marchés publics de services juridiques (CCP, art. R. 2123-1, 4°). Sont concernés 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” et “services de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation de toute procédure visée au a ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités que la question sur laquelle porte la consultation fera l'objet d'une telle procédure”.

Pour ces deux premières hypothèses, les textes règlent la question des marchés publics à objet mixte. Ainsi, si le marché public a pour objet à la fois des services sociaux et d'autres services à l'exception des services juridiques, il devra être passé conformément aux règles applicables à celle de ces deux catégories de services dont la valeur estimée est la plus élevée. Par ailleurs, si le marché a pour objet à la fois des services sociaux ou d'autres services spécifiques et des services

juridiques de représentation, c'est le régime des marchés de services juridiques de représentation qui s'appliquera si les services juridiques constituent l'objet principal du marché public et si les différentes parties du marché public sont objectivement inséparables. En revanche, “lorsqu'il n'est pas possible de déterminer l'objet principal du marché public, celui-ci est soumis aux règles applicables aux autres services” (CCP, art. R. 2123-2 et R. 2123-3).

Enfin, le code fixe des règles particulières pour chacune de ces deux catégories de services susceptibles de donner lieu à la mise en œuvre d'une procédure adaptée. Ainsi, pour les marchés publics qui ont pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, le code précise que l'attribution du marché doit être réalisée en tenant compte “des spécificités des services en question”, en veillant “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” (CCP, art. R. 2123-7). Par ailleurs, pour les services juridiques de représentation, le code prévoit un régime allégé largement dérogatoire au droit commun de la procédure adaptée : les marchés ayant un tel objet échappent à l'application de la plupart des dispositions du code (CCP, art. R. 2123-8).

B) Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables en raison de leur objet ou de la qualité de l'acheteur

§ 54 Hypothèses de recours aux marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables

Hormis le cas où cette procédure est utilisée en raison du montant du marché (V. n° 51), les hypothèses qui permettent de passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalable dépendent de l'objet du marché et/ou de la personne qui est à son initiative. Ces hypothèses sont au nombre de douze.

La première est celle dans laquelle l'acheteur ne peut passer le marché public en respectant les délais minimaux prévus dans le cadre des procédures formalisées en raison d’“une urgence

impérieuse résultant de circonstances extérieures et qu'il ne pouvait pas prévoir" (CCP, art. R. 2122-1). Pour mettre en œuvre cette hypothèse, c'est la notion d'urgence qui joue un rôle essentiel. En effet, les textes précisent que cette condition est "notamment" remplie pour les "marchés rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux mentionnés aux articles L. 1311-4, L. 1331-24, L. 1331-26-1, L. 1331-28, L. 1331-29 et L. 1334-2 du Code de la santé publique et des articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du Code de la construction et de l'habitation ainsi que des marchés passés pour faire face à des dangers sanitaires définis aux 1° et 2° de l'article L. 201-1 du Code rural et de la pêche maritime ". À la lecture de ces exemples dans lesquels l'urgence impérieuse justifie la passation d'un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables, il semble que les acheteurs ne puissent pas retenir une acception souple de l'urgence. De plus, dans une telle hypothèse, le marché doit être "limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence". Cela signifie donc que l'urgence ne justifie pas de se dédouaner trop largement des obligations concurrentielles.

La deuxième hypothèse correspond à la situation dans laquelle l'acheteur a lancé une procédure de passation sans succès soit parce qu'il n'a pas reçu de candidatures ou d'offres dans les délais prévus, soit parce qu'il n'a reçu que des candidatures irrecevables ou des offres inappropriées (CCP, art. R. 2122-2). Dans une telle hypothèse, l'acheteur va éventuellement pouvoir lancer une nouvelle procédure pour passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables suivant la catégorie d'acheteurs concernée et la procédure de passation utilisée initialement. Il devra alors s'assurer de ne pas modifier substantiellement les conditions initiales du marché. De plus, si l'acheteur a eu recours à une procédure formalisée, il faut distinguer suivant si ce dernier est un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice. S'il s'agit d'un pouvoir adjudicateur, il ne pourra passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalable que s'il avait initialement utilisé la procédure de l'appel d'offres. En revanche, les entités adjudicatrices peuvent utiliser cette procédure quelle que soit la procédure formalisée qu'elles ont mise en œuvre initialement. Dans les deux cas, si la valeur estimée du besoin auquel le marché répond est égale ou supérieure aux seuils européens imposant la procédure formalisée et si la Commission européenne le demande, l'acheteur est tenu de lui communiquer un rapport. Enfin, si l'acheteur avait initialement eu recours à une procédure adaptée pour passer son marché public, il peut décider librement de passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables dès lors que la procédure initiale n'a pas rencontré le succès escompté. Il sera cependant tenu de communiquer un rapport à la Commission

si elle en fait la demande lorsque le marché porte sur des services sociaux et autres services spécifiques et que sa valeur estimée dépasse les seuils spécifiques applicables en la matière (V. n° 104).

La troisième situation permettant de passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalable sans que le montant du marché ne le justifie est celle dans laquelle il n'y a qu'un seul opérateur économique qui a la capacité de fournir les travaux, les fournitures ou les services souhaités par l'acheteur (CCP, art. R. 2122-3). Ce n'est le cas que dans trois hypothèses limitativement énumérées. Tout d'abord, la passation d'un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalable se justifie lorsque le marché public a pour objet de créer ou d'acquérir une œuvre d'art ou “une performance artistique unique”. Par ailleurs, cette possibilité est également offerte aux acheteurs lorsque des raisons techniques rendent nécessaire l'intervention d'un opérateur déterminé. Le code précise que c'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”. Enfin, le recours à un marché passé sans publicité ni mise en concurrence préalable est admis lorsqu'il n'est possible de faire appel qu'à un seul opérateur économique en raison de “l'existence de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle”. Dans les deux dernières hypothèses il est toutefois nécessaire pour les acheteurs de s'assurer qu'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”. De plus, le juge vérifie que les droits d'exclusivité ne soient pas abusivement mis en avant (CAA Paris, 11 déc. 2018, n° 17PA01588, Steam France : JurisData n° 2018-023418 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2019, comm. 38 , note M. Ubaud-Bergeron).

La quatrième hypothèse envisagée concerne les marchés complémentaires de fournitures (CCP, art. R. 2122-4, 1°). Les acheteurs peuvent en effet décider de passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalable lorsque celui-ci porte sur la livraison de fournitures complémentaires et qu'elles doivent être livrées par le fournisseur initial. Cette hypothèse déroge aux règles générales de concurrence et trois conditions sont donc posées. Tout d'abord, ces livraisons complémentaires doivent être “destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes”. Ensuite, les acheteurs doivent être en mesure de démontrer qu'un changement de fournisseur n'est pas

envisageable car il imposerait d'“acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées”. Enfin, une condition temporelle est posée : en principe la durée des marchés de fournitures complémentaires ne peut pas dépasser 3 ans en comptant les périodes de reconduction, “sauf cas dûment justifié”.

La cinquième hypothèse concerne également des marchés publics de fournitures et permet aux acheteurs de passer le marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque celui-ci a pour objet “l'achat de matières premières cotées et achetées en Bourse” (CCP, art. R. 2122-4, 2°). L'idée ici est que de tels achats ne permettent pas une réelle mise en concurrence des opérateurs économiques car le prix des fournitures n'est pas fixé par eux mais par les cours boursiers. Il est donc logique qu'ils puissent procéder à de tels achats sans être soumis au respect d'une procédure contraignante de publicité et de mise en concurrence.

La sixième hypothèse concerne certains marchés publics de fournitures ou de services lorsqu'ils sont “passés dans des conditions particulièrement avantageuses” (CCP, art. R. 2122-5). Les textes considèrent que de telles conditions peuvent se présenter dans trois hypothèses. C'est tout d'abord le cas lorsque le cocontractant envisagé est en cessation définitive d'activité. Ensuite, elles peuvent également se présenter lorsqu'il est soumis à l'une des procédures prévues par les titres II et suivants du livre VI du Code de commerce. Ce sera notamment le cas lorsqu'il est soumis à une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de faillite personnelle. Dans cette hypothèse toutefois, les interdictions de soumissionner continuent de s'appliquer (CCP, art. L. 2141-3). Enfin, de telles conditions peuvent se présenter lorsque le cocontractant envisagé est soumis à “une procédure de même nature prévue par une législation d'un autre État”.

La septième hypothèse concerne les marchés publics de services qui sont attribués par les acheteurs dans un second temps, après l'organisation d'un concours visant à désigner un ou plusieurs lauréats (CCP, art. R. 2122-6). Les contraintes en termes de publicité et de mise en concurrence ayant été respectées lors de l'organisation du concours, les acheteurs peuvent passer de tels marchés publics sans publicité ni mise en concurrence préalable. La seule contrainte concerne les concours qui ont conduit à désigner plusieurs lauréats. Dans ce cas, les acheteurs devront inviter tous les lauréats pour qu'ils participent aux négociations.

La huitième situation qui permet aux acheteurs de passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables concerne les marchés publics de travaux ou de services portant sur des

“prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence” (CCP, art. R. 2122-7). Trois conditions sont posées pour bénéficier de cette possibilité. Tout d'abord, il faut que le premier marché public passé ait “indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires”. Ensuite, il faut que la procédure mise en œuvre lors de ce premier marché ait “pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux travaux ou services”. Enfin, si l'acheteur qui passe le marché portant sur des prestations similaires est “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”. Ces trois conditions ne doivent pas être confondues avec les conditions concernant la conclusion de marchés complémentaires de fournitures. En réalité, cette possibilité n'est ouverte que lorsqu'elle a été entièrement prévue dans le cadre de la procédure initiale.

La neuvième hypothèse permet de passer sans publicité ni mise en concurrence préalables les marchés de fournitures de livres non scolaires (CCP, art. R. 2122-9). Cette possibilité n'est offerte qu'aux “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” lorsque le marché est passé “pour leurs besoins propres ou pour l'enrichissement des collections des bibliothèques accueillant du public” et à condition qu'il réponde “à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 90 000 euros hors taxes”. Comme pour les marchés inférieurs à 40 000 € HT les acheteurs doivent choisir une offre pertinente, faire une bonne utilisation des deniers publics et s'assurer de ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre à leurs besoins. Ils doivent également tenir 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”.

La dixième hypothèse concerne les marchés publics de fournitures des pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils ont “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” (CCP, art. R. 2122-10).

La onzième hypothèse s'inscrit dans une perspective similaire et concerne les marchés publics conclus par les entités adjudicatrices, peu importe que ces derniers portent sur des travaux, des fournitures ou des services, lorsqu'ils sont passés “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” (CCP, art. R. 2122-11, 1°). Pour autant, une condition spécifique est posée : il ne faut pas que la passation d'un marché de ce type porte “préjudice à la mise en concurrence des marchés ultérieurs qui poursuivent ces mêmes objectifs”.

Enfin, la dernière hypothèse concerne également les marchés publics conclus par les entités adjudicatrices mais seulement les marchés publics de fournitures lorsque ceux-ci ont 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” (CCP, art. R. 2122-11, 2°).

C) Passation d'un marché global

§ 55 Marchés globaux : généralités

Parmi les marchés publics répondant à des besoins spécifiques, le code offre une place à part aux marchés globaux. Ces derniers regroupent les marchés de conception-réalisation, les marchés globaux de performance et les marchés globaux sectoriels (*CCP, art. L. 2171-1*). De plus, il est possible de considérer les marchés de partenariat comme une catégorie particulière de marchés globaux faisant l'objet d'un régime juridique encore plus particulier (*CCP, art. L. 2200-1 et s.*). Le recours à chacune de ces catégories de marchés publics est encadré par les Code de la commande publique et ils obéissent à des règles spécifiques du point de vue des procédures de passation .

§ 56 Marchés globaux : marchés publics de conception-réalisation

Les marchés de conception-réalisation sont des marchés de travaux qui peuvent être utilisés

lorsque l'acheteur confie à son cocontractant une mission globale qui porte “à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux” (CCP, art. L. 2171-2). Le recours à ce type de marché est cependant encadré (V. n° 219).

§ 57 Marchés globaux : marchés globaux de performance

Le marché global de performance est un marché public qui permet aux acheteurs de passer un contrat confiant au cocontractant la réalisation ou la conception-réalisation de prestations ainsi que l'exploitation ou la maintenance de ces réalisations “afin de remplir des objectifs chiffrés de performance”. Il est donc nécessaire que le marché comporte “des engagements de performance mesurables”. Les objectifs de performance peuvent “notamment” être définis “en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique” (CCP, art. L. 2171-3). Ils font suite aux anciens marchés publics de performance énergétique (sur la légalité du recours à ce type de contrats, CAA Paris, 30 juin 2017, n° 15PA00443 et 15PA00445, Sté Citelum : JurisData n° 2017-017517 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2017, comm. 234 , obs. H. Hoepffner).

§ 58 Marchés globaux : marchés publics globaux sectoriels

Les marchés publics globaux sectoriels ont, d'une certaine manière, remplacé les partenariats sectoriels qui pouvaient auparavant être conclus dans les secteurs pénitentiaires (L. n° 2002-1138, 9 sept. 2002 , d'orientation et de programmation pour la justice : JO 10 sept. 2002 p. 14934), de la sécurité intérieure (L. n° 2002-1094, 29 août 2002 , d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure : JO 30 août 2002, p. 14398), et de la santé (Ord. n° 2003-850, 4 sept. 2003 , portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à

autorisation : JO 6 sept. 2003, p. 15391). En effet, l'ordonnance du 23 juillet 2015 a abrogé ces dispositifs, ce qui a été confirmé lors de la codification.

Dans les hypothèses où ils avaient auparavant recours à de tels partenariats, les acheteurs ne peuvent plus recourir qu'à des marchés publics globaux sectoriels (*CCP, art. L. 2171-4 et s.*), ou à des marchés de partenariat (*CCP, art. L. 2200-1 et s.*). Néanmoins, si un acheteur souhaite confier une mission globale à un cocontractant tout en lui faisant assurer la maîtrise d'ouvrage et en mettant en place un paiement différé, le marché de partenariat constitue désormais le seul outil à sa disposition dans la mesure où les marchés publics globaux sectoriels sont soumis à l'interdiction de toute clause de paiement différé (*CCP, art. L. 2191-5*).

Les acheteurs peuvent avoir recours à un marché public global sectoriel lorsque les besoins qu'ils ont exprimés nécessitent de confier une mission globale à un opérateur économique. Il s'agit en effet de leur permettre de recourir à l'expertise dont pourraient bénéficier certains acteurs du secteur et d'essayer de réaliser des économies en confiant la réalisation d'un projet dans sa globalité à un seul opérateur économique. Actuellement, sept hypothèses qui diffèrent en fonction de l'objet du contrat permettent d'avoir recours à des marchés globaux sectoriels.

La première hypothèse est celle dans laquelle la mission globale porte sur *“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'État à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles”* (*CCP, art. L. 2171-5, 1°*).

La deuxième hypothèse permet d'utiliser ce type de marché public lorsque cette mission a pour objet *“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”* (*CCP, art. L. 2171-5, 2°*).

La troisième hypothèse correspond – sous réserve des différences de régimes – aux anciens partenariats sectoriels dans le domaine pénitentiaire. Ainsi, les acheteurs peuvent passer un marché public global sectoriel si leurs besoins portent sur *“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”* (*CCP, art. L. 2171-4, 3°*).

La quatrième hypothèse envisagée par les textes est celle dans laquelle les besoins exprimés ont pour objet *“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'État”* (CCP, art. L. 2171-4, 4°).

La cinquième hypothèse correspond, là encore sous réserve des différences de régimes, aux anciens partenariats public-privé sectoriels dans le domaine de la santé. Elle permet aux établissements publics de santé, aux organismes mentionnés à l' article L. 124-4 du Code de la sécurité sociale gérant des établissements de santé et aux structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale de droit public de *“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”* (CCP, art. L. 2171-5).

La sixième hypothèse concerne plus spécifiquement la Société du Grand Paris. Celle-ci *“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 [...] ou des infrastructures de transport public dont la maîtrise d'ouvrage lui est confiée ainsi que sur la maintenance des éléments qui sont remis en gestion à Ile-de-France Mobilités”* (CCP, art. L. 2171-6, I). De plus, les documents de la consultation peuvent prévoir que la Société du Grand Paris puisse décider, en accord avec son cocontractant, de transférer à ce dernier *“les droits et obligations issus de tout ou partie des marchés passés par la Société du Grand Paris et pouvant concourir à l'exécution de sa mission”* (CCP, art. L. 2171-6, II). Dans ce cas, des modalités particulières doivent être respectées.

Enfin, la septième et dernière hypothèse concerne Île-de-France Mobilités. Cet établissement public administratif peut utiliser des marchés globaux pour *“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)”* pour lesquels il est compétent (CCP, art. L. 2171-6-1).

§ 59 Marchés publics globaux : marchés de partenariat

Les marchés de partenariat constituent une catégorie spécifique parmi les marchés publics globaux. Ils permettent aux acheteurs de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale qui comporte certaines missions obligatoires et qui peut comporter certaines missions facultatives. Les acheteurs n'auront donc recours à ce type de marchés que lorsque leurs besoins rendent nécessaire de confier au titulaire de telles missions (sur cette question, V. *JCl. Contrats et Marchés Publics*, fasc. 648, consacré aux marchés de partenariat).

Ainsi, les acheteurs doivent obligatoirement prévoir que le titulaire du marché de partenariat sera chargé de la construction, de la transformation, de la rénovation, du démantèlement ou de la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels qui sont nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général. Ils doivent également prévoir de manière obligatoire que le titulaire devra assumer tout ou partie du financement de ces opérations et qu'il assurera la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser. Par ailleurs, les acheteurs peuvent prévoir – mais il ne s'agit que d'une simple possibilité – que la mission confiée aura également :

pour objet :

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

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

3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée (*CCP, art. L. 1112-1*).

D) Objets spécifiques associés à une procédure de passation particulière

§ 60 Passation d'un marché public de maîtrise d'œuvre

Les marchés publics de maîtrise d'œuvre sont, au même titre que les marchés publics globaux, des marchés publics qui visent à répondre à des besoins spécifiques et qui obéissent à des règles particulières du point de vue de leur passation (V. n° 225). C'est donc leur objet particulier qui justifie qu'ils relèvent d'un régime juridique dérogatoire au droit commun des marchés publics .

De tels marchés peuvent être conclus dans le cadre de *“la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager”* lorsque l'acheteur souhaite confier à un cocontractant l'exécution d'un ou plusieurs éléments de la mission de maîtrise d'œuvre telle qu'elle est définie par le Code de la commande publique (CCP, art. R. 2172-1). Cette mission de maîtrise d'œuvre est définie comme *“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”* (CCP, art. L. 2431-1). En réalité, « la maîtrise d'œuvre est [...] une prestation intellectuelle qui s'articule autour de deux éléments : la conception et la surveillance des travaux » et, « en pratique, les maîtres d'œuvre sont soit des architectes, pour les ouvrages de bâtiment, soit des ingénieurs, pour les ouvrages d'infrastructure » (S. Braconnier, *Précis de la commande publique, préc. n° 13, p. 276*). Le Code de la commande publique reprend les dispositions de la loi MOP du 12 juillet 1985 et précise quelles sont les différentes missions de conception et d'assistance qui peuvent être confiées au maître d'œuvre (CCP, art. L. 2431-1 à L. 2431-3 et R. 2431-1 à R. 2431-3).

§ 61 Passation d'un marché public de décoration de constructions publiques

Le Code de la commande publique comporte des dispositions particulières applicables aux

marchés publics de décoration des constructions publiques, c'est-à-dire ceux passés par les collectivités publiques qui sont soumises à l'obligation de décoration des constructions publiques (CCP, art. R. 2172-7 . – B. Koebel, *Effectivité du 1 % artistique : Contrats- [Marchés](#) publ. 2019, comm. 360*).

Cette obligation concerne les “opérations dont la maîtrise d'ouvrage est assurée par l'État ou par ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial et les établissements publics de santé, ainsi que par leur mandataire et par toute personne agissant pour leur compte”. En revanche, elle ne concerne pas les “opérations immobilières de l'État et de ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial et les établissements publics de santé qui, en raison de leur nature, ne justifient pas la présence d'une réalisation artistique”. Ces acheteurs sont tenus d'acheter ou de commander des réalisations artistiques lorsqu'ils sont à l'origine d'“opérations immobilières ayant pour objet la construction et l'extension de bâtiments publics ou la réalisation de travaux de réhabilitation dans le cas d'un changement d'affectation, d'usage ou de destination de ces bâtiments” (D. n° 2002-677, 29 avr. 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, art. 2 : JO 2 mai 2002, p. 7975).

§ 62 Passation d'un partenariat d'innovation

Le partenariat d'innovation est un marché public à objet spécifique. Les acheteurs peuvent y avoir recours s'ils souhaitent acquérir des produits, des services ou des travaux qui ne sont pas disponibles sur le marché (CCP, art. L. 2172-3). Il s'agit d'une nouveauté qui n'existait pas avant l'adoption des directives de 2014 et leur transposition en droit français (sur ce point, E. Pourcel, *Le partenariat d'innovation, de vraies fausses novations contractuelle et procédurale ? : Contrats- [Marchés](#) publ. 2015, étude 5* . – C. Mialot et T. Poulard, *Le partenariat d'innovation – Retours d'expérience : CDE 2016, dossier 49*).

Le partenariat d'innovation va permettre aux acheteurs de faire réaliser des recherches par un ou plusieurs cocontractants afin qu'ils développent les produits, les services ou les travaux innovants souhaités. Le partenariat d'innovation prévoira également l'acquisition par l'acheteur des produits, services ou travaux développés (*CCP, art. L. 2172-3, al. 1er*). La principale difficulté est que « pour justifier le recours à ce contrat, l'acheteur doit vérifier, par une étude approfondie et précise, que son besoin ne peut être couvert par des solutions déjà existantes sur le marché » (A. Maurel, *Smart city et commande publique : entre obligation et opportunité : Contrats- [Marchés publ.](#) 2020, prat. 6*). Le Code de la commande publique définit ce qu'il faut considérer comme des travaux, des fournitures ou des services innovants. Il s'agit de *“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”* (*CCP, art. L. 2172-3, al. 2*). Le partenariat d'innovation peut donner lieu à la conclusion d'un seul contrat ou de plusieurs : les acheteurs peuvent en effet *“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”* (*CCP, art. R. 2172-20*). Dans tous les cas, la passation des partenariats d'innovation implique le respect de règles spécifiques (*V. n° 228*).

§ 63 Passation d'un marché public réalisé dans le cadre d'un programme expérimental

Les acheteurs ont la possibilité de passer des marchés publics de maîtrise d'œuvre ou de travaux portant sur des ouvrages réalisés dans le cadre de projets retenus par l'État au titre d'un programme public national de recherche, d'essai et d'expérimentation afin d'en vérifier la pertinence (*CCP, art. R. 2172-33*). S'ils passent un marché public en ce sens, les acheteurs doivent respecter certaines règles particulières (*V. n° 228*).

§ 64 Passation de marchés pour l'achat de véhicules à moteur, pour l'achat de pneumatiques et pour l'achat de constructions temporaires

Les acheteurs qui souhaitent acheter un ou plusieurs véhicules à moteur conçus et construits pour le transport de personnes ou pour le transport de marchandises et qui ont au moins quatre roues peuvent avoir à respecter des règles spécifiques de passation afin de tenir compte des incidences énergétiques et environnementales du ou des véhicules sur toute leur durée de vie (*CCP, art. L. 2172-4*). Ces obligations spécifiques s'imposent lorsque la valeur estimée du marché public est supérieure ou égale aux seuils européens, sauf si les véhicules qui doivent être achetés sont des *“véhicules conçus et construits pour être utilisés principalement sur les chantiers de construction, dans les carrières ou les installations portuaires ou aéroportuaires”* ; des *“véhicules conçus et construits pour être utilisés par les forces armées, la protection civile, les services de lutte contre l'incendie et les services responsables du maintien de l'ordre”*, ou s'il s'agit *“de machines mobiles”* (*CCP, art. R. 2172-35*). Ces obligations s'imposent également, lorsque les acheteurs effectuent ces achats pour l'exécution d'un service public de transport de personnes dont ils assurent la gestion et l'exploitation à partir du moment où les produits tirés par l'acheteur de la gestion et l'exploitation du service public sont d'un montant égal ou supérieur au seuil de procédure formalisée qui est applicable à cet acheteur pour ses marchés publics de fournitures. Les produits à prendre en compte sont ceux réalisés pendant toute la durée où l'acheteur est chargé d'assurer la gestion et l'exploitation du service public (*CCP, art. R. 2172-36*).

La loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (*L. n° 2020-105, 10 févr. 2020 : JO 11 févr. 2020*) a inséré deux nouvelles hypothèses de marchés publics qui font l'objet de règles particulières en fonction de leur objet.

La première concerne les achats de constructions temporaires (*CCP, art. L. 2172-5*). Le code précise dans ce cas que *“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”* et qu'ils doivent prendre en compte les *“incidences énergétiques et environnementales de la construction sur toute sa durée de vie”*.

La seconde hypothèse concerne les achats de pneumatiques mais uniquement lorsqu'ils sont réalisés par l'État, les collectivités territoriales et leurs opérateurs (*CCP, art. L. 2172-6*). Le code leur impose d'acheter des pneus rechapés, à moins qu'ils aient lancé une première consultation et que celle-ci se soit révélée infructueuse. Il faut cependant préciser que cette obligation peut être écartée par les acheteurs lorsque les pneus sont destinés à des véhicules d'urgence ou à des véhicules militaires.

E) Passation d'un marché à tranches

§ 65 Définition et conditions d'utilisation des marchés à tranches

Les marchés à tranches font suite aux anciens marchés à tranches conditionnelles. Le décret du 25 mars 2016 classait les marchés publics à tranches parmi les techniques particulières d'achat mais le Code de la commande publique ne les identifie plus comme une technique d'achat. Les marchés à tranches sont désormais envisagés parmi les dispositions consacrées à l'«*organisation de l'achat*», à côté de l'allotissement et des marchés réservés (*CCP, art. R. 2113-4 à R. 2113-6*).

Les marchés à tranches comportent une tranche ferme et une ou plusieurs tranches optionnelles (*CCP, art. R. 2113-4*). Les acheteurs vont avoir recours à cette technique particulière d'achat lorsqu'ils ne sont pas certains de demander à leurs cocontractants de satisfaire l'ensemble des besoins qu'ils ont définis. En effet, la tranche ferme sera nécessairement réalisée, tandis que la réalisation de la ou des tranches optionnelles dépendra d'une décision ultérieure de l'acheteur. Ainsi, cette technique « permet de pallier l'incertitude de la personne publique quant à la réalisation de tout ou partie d'une prestation » (*S. Braconnier, Précis du droit de la commande publique, préc. n° 13, p. 367*). L'utilisation des marchés à tranches reste cependant encadrée (*V. n° 187*).

F) Mise en œuvre d'une technique d'achat

§ 66 Les techniques d'achat poursuivent des objectifs variés.

Tout d'abord, elles peuvent être utilisées par les acheteurs afin de présélectionner les opérateurs économiques susceptibles de répondre à leurs besoins. Elles peuvent également permettre aux acheteurs d'exiger une présentation particulière des offres par les opérateurs économiques. Enfin, ces techniques d'achat peuvent être utilisées pour que la sélection des offres se fasse selon des modalités particulières. Les techniques d'achat consacrées par le Code de la commande publique sont : l'accord-cadre, le concours, le système de qualification, le système d'acquisition dynamique, le catalogue électronique et les enchères électroniques (*CCP, art. L. 2125-1*).

§ 67 Passation d'un accord-cadre

Les accords-cadres sont des marchés publics d'un genre particulier en raison de leur objet. D'un point de vue organique ils sont en effet définis, à l'image de tous les marchés publics, comme des contrats conclus par un ou plusieurs acheteurs avec un ou plusieurs opérateurs économiques. En revanche, du point de vue de leur objet, ils ne visent pas à répondre immédiatement aux besoins des acheteurs en matière de travaux, de fournitures ou de services. Les accords-cadres sont des contrats qui ont pour objet d'établir, pour une période donnée, les règles relatives aux bons de commande qui seront émis ou les termes régissant les marchés subséquents qui seront passés par le ou les acheteurs ayant passé par l'accord-cadre. Le code précise ainsi que l'accord-cadre "*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*" (*CCP, art. L. 2125-1, 1°*). La passation d'un accord-cadre donne lieu à l'application d'un certain nombre de règles spécifiques (*V. n° 18 s.*).

§ 68 Organisation d'un concours

Les acheteurs peuvent décider d'avoir recours au concours comme mode de sélection des candidats

lorsqu'ils souhaitent que la procédure de mise en concurrence repose sur la présentation d'un plan ou d'un projet à un jury qui donnera son avis à l'acheteur à l'origine de la procédure de passation . L'ordonnance de 2015 prévoyait la possibilité de recourir au concours "*notamment*" lorsque les besoins que les acheteurs souhaitent voir réaliser relèvent de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données mais cette précision n'a pas été reprise dans le Code de la commande publique (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 8*). Par ailleurs, il faut préciser que l'organisation d'un concours s'impose préalablement à la passation de certains marchés de maîtrise d'œuvre qui ont pour objet la réalisation d'ouvrages de bâtiment (*CCP, art. L. 2172-1*).

§ 69 Mise en place d'un système de qualification par les entités adjudicatrices

Le système de qualification est une technique d'achat réservée aux seules entités adjudicatrices. Celles-ci ont en effet la possibilité d'établir et de gérer un système de qualification "*destiné à présélectionner tout au long de sa durée de validité des candidats aptes à réaliser des prestations déterminées*" (*CCP, art. L. 2125-1, 3°*). Lorsqu'une entité adjudicatrice décide de recourir à un tel instrument, la mise en concurrence organisée pour établir le système de qualification lui permettra de ne mettre ensuite en concurrence que les candidats présélectionnés pour la passation de ses marchés publics (*V. n° 200 à 205*).

§ 70 Mise en place d'un système d'acquisition dynamique

Le système d'acquisition dynamique est un processus particulier de passation des marchés publics qui doit être ouvert et qui est entièrement électronique. Il permet aux acheteurs de présélectionner certains opérateurs économiques auxquels ils attribueront un ou plusieurs marchés spécifiques

après les avoir mis en concurrence mais il ne peut être utilisé que pour des achats d'usage courant (*CCP, art. L. 2125-1, 4°*). Les systèmes d'acquisition dynamique obéissent eux aussi à des règles particulières (*V. n° 205 à 209*).

§ 71 Organisation d'enchères électroniques

L'enchère électronique se définit comme une procédure particulière de sélection des offres qui met les candidats en concurrence par voie électronique en les invitant à réviser leurs prix à la baisse ou à modifier certains autres éléments quantifiables de leurs offres. Les acheteurs ne peuvent utiliser cette procédure que pour les marchés publics de fournitures dont le montant est égal ou supérieur aux seuils des procédures formalisées (*CCP, art. L. 2125-1, 6°*). Les enchères électroniques doivent être organisées selon des modalités précisées par le code (*V. n° 211 à 213*).

§ 72 Utilisation de catalogues électroniques

Les catalogues électroniques correspondent à un mode de présentation des offres ou de certains éléments de ces offres par voie dématérialisée et sous forme structurée (*CCP, art. L. 2125-1, 5°*). Les catalogues électroniques doivent permettre de faciliter le choix des acheteurs, en particulier lors de l'acquisition de certaines fournitures – même si le recours aux catalogues électroniques n'est pas exclu dans le cadre des marchés publics de travaux ou de services. Le code précise également quelles sont les règles particulières qui doivent être respectées par les acheteurs lorsqu'ils utilisent des catalogues électroniques (*V. n° 214 à 216*).

II. DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE DE PASSATION RÈGLES

COMMUNES AUX DIFFÉRENTES PROCÉDURES

§ 73 Présentation

Les acheteurs doivent respecter certaines phases préalables avant de pouvoir lancer la procédure de passation (A). Ce n'est qu'après qu'ils pourront lancer la procédure de passation (B).

A. Phases précédant le lancement de la procédure

§ 74 Plan

Avant de pouvoir lancer la procédure de passation , les acheteurs doivent en principe procéder à l'allotissement du marché et indiquer s'ils réservent le marché ou certains de ses lots. Ils doivent également déterminer les conditions d'exécution du marché, s'assurer du respect de certaines obligations formelles, et déterminer la durée d'exécution ainsi que le prix du marché.

1° Allotissement du marché

§ 75 Obligation de principe et modalités de l'allotissement

En principe, les acheteurs sont tenus de passer leurs marchés en lots séparés (*CCP, art. L. 2113-10, al. 1er*). Cette obligation a pour principal objectif de favoriser l'accès des PME à la commande publique : il s'agit d'un objectif affiché du Gouvernement (*Rép. min. n° 18889 [Quest. 16 avr. 2019, M. Orphelin]* : *JOAN 2 juill. 2019, p. 6137* ; *Contrats- Marchés publ. 2019, comm. 395* ,

obs. B. Koebel. – Rép. min. n° 24402 [Quest. 12 nov. 2019, F. Lasserre] : JOAN 25 févr. 2020, p. 1483 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, comm. 133, obs. B. Koebel. – Rép. min. n° 13195 [Quest. 21 nov. 2019, C. Giudicelli] : JO Sénat 27 févr. 2020, p. 1025 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, comm. 172, obs. B. Koebel ; www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/publications/documents_ateliers/pme_commande_publicque/guide_de_bonnes_pratiques.pdf) et l'Observatoire économique de la commande publique est chargé de mener des travaux sur ce sujet (D. Conté, *OECP : résultats de l'enquête réalisée auprès des acheteurs concernant certaines de leurs pratiques d'achat* : Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, alerte 27 ; www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/recensement/OECP-Questionnaire-aux-acheteurs.pdf).

Ainsi, afin de favoriser l'accès des PME à la commande publique, les textes permettent aux acheteurs de limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique (*CCP, art. L. 2113-10, al. 3*). Les acheteurs qui décident de mettre en place une telle limitation doivent la respecter sous peine de voir la passation des lots en cause annulée (*CE, 11 juill. 2018, n° 418021, Communauté agglomération du Nord Grande-Terre : JurisData n° 2018-012540 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2018, comm. 218, note S. Hul*). En principe les offres doivent être appréciées lot par lot et les opérateurs économiques ne sont pas autorisés à présenter des offres variables en fonction du nombre de lots susceptibles d'être obtenus (*CCP, art. L. 2151-1*). Cette possibilité leur était offerte par la version initiale de l'ordonnance du 23 juillet 2015 mais la loi Sapin 2 est revenue sur ce dispositif afin qu'il ne préjudicie pas les PME (*L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique : JO 10 déc. 2016, texte n° 2*).

La possibilité de soumissionner pour un seul lot, pour plusieurs lots ou pour tous les lots doit être indiquée dans les documents de la consultation (*CCP, art. R. 2113-1*). De la même manière, s'il fait le choix d'une limitation, l'acheteur doit indiquer le nombre maximal de lots qui peuvent être attribués à un même soumissionnaire. D'ailleurs, Il doit également prévoir quelles seront les règles applicables dans l'hypothèse où la mise en œuvre des critères d'attribution conduirait à attribuer à un même soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal.

§ 76 Catégories de marchés publics non concernés par l'obligation d'allotir

L'obligation d'allotir ne concerne pas les marchés publics de défense ou de sécurité : la passation en lots séparés est laissée à la libre appréciation des acheteurs (*CCP, art. L. 2313-5*). Par ailleurs, et de manière logique compte tenu de leur objet, l'obligation d'allotir ne vaut pas non plus pour les marchés publics globaux, c'est-à-dire pour les marchés publics de conception-réalisation, pour les marchés publics globaux de performance, et pour les marchés publics globaux sectoriels (*CCP, art. L. 2171-1* . – *CE, 8 avr. 2019, n° 426096 et 426914, Sté Orange et Région Réunion : JurisData n° 2019-005594 ; Contrats- Marchés publ. 2019, comm. 188 , note H. Hoepffner*). Enfin, l'objet global des marchés de partenariat explique également que cette obligation ne les concerne pas (*CCP, art. L. 2200-1*).

§ 77 Exceptions admises pour les marchés publics soumis à l'obligation d'allotir

L'obligation d'allotir ne s'applique pas lorsque l'objet du marché ne permet pas d'identifier des prestations distinctes (*CCP, art. L. 2113-10, al. 1er*). Par ailleurs, deux autres hypothèses permettent aux acheteurs de ne pas procéder à l'allotissement du marché public qu'ils souhaitent passer. La première c'est lorsque l'acheteur “*n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination*” (*CCP, art. L. 2113-11, 1°*). La seconde, c'est lorsque “*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*” (*CCP, art. L. 2113-11, 2°*). Dans de telles hypothèses, les acheteurs doivent motiver leur décision de ne pas allotir “*en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement*” de leur décision (*CCP, art. L. 2113-11, al. 2*). Cette obligation de motivation s'applique de manière différente en fonction de la valeur estimée du marché public. Si le marché public est un marché passé selon une procédure formalisée, c'est-à-dire si la valeur estimée du marché est

supérieure aux seuils européens, la motivation doit figurer dans les documents de la consultation ou dans le rapport de présentation si l'acheteur agit en tant que pouvoir adjudicateur (*CCP, art. R. 2113-3, 1°*). Elle devra figurer dans les informations conservées en application des articles R. 2184-7 et R. 2184-8 si l'acheteur passe le marché en tant qu'entité adjudicatrice (*CCP, art. R. 2113-3, 2°*). Si le marché public est passé selon une procédure adaptée – en raison de son montant ou en raison de son objet –, la motivation doit figurer dans les documents relatifs à la procédure (*CCP, art. R. 2113-2*). Ces documents doivent être conservés pendant une durée minimale de 5 ans qui s'apprécie à compter de la date de signature du marché public lorsqu'il s'agit de documents relatifs à la procédure de passation (*CCP, art. R. 2184-12*) et pendant une durée minimale qui va de 5 à 10 ans lorsqu'il s'agit de documents faisant partie des pièces constitutives du marché (*CCP, art. R. 2184-3*).

Lorsque les acheteurs décident de ne pas allotir, le juge administratif exerce un contrôle normal sur cette décision (*CE, 11 août 2009, n° 319949, Communauté urbaine Nantes Métropole : JurisData n° 2009-007570 ; JCP A 2009, act. 955 ; AJDA 2009, p. 2181, note J.-D. Dreyfus ; BJCP 2009, p. 451, concl. B. Dacosta. – CE, 27 oct. 2011, n° 350935, Dpt Bouches-du-Rhône : JurisData n° 2011-023218 ; Lebon T., p. 1009 ; JCP A 2011, act. 706 ; Contrats-[Marchés](#) publ. 2009, comm. 348, note F. Olivier ; Contrats-[Marchés](#) publ. 2011, comm. 343, note G. Eckert ; BJCP 2012, p. 9, concl. N. Boulouis. – CE, 11 avr. 2014, n° 375051, Cne Montreuil : JurisData n° 2014-007121 ; Lebon T., p. 738-830 ; JCP A 2014, act. 349 ; Contrats-[Marchés](#) publ. 2014, comm. 170, note P. Devillers ; RJEP 2014, comm. 42, concl. B. Dacosta).*

En revanche, il n'exerce qu'un contrôle restreint sur les modalités de l'allotissement, c'est-à-dire sur le nombre et la consistance des lots (*CE, 25 mai 2018, n° 417428, Office public de l'habitat Hauts-de-Seine Habitat : JurisData n° 2018-008657 ; AJDA 2018, p. 1440, chron. S. Roussel et C. Nicolas ; Contrats-[Marchés](#) publ. 2018, comm. 156, note M. Ubaud-Bergeron. – CAA Paris, 31 janv. 2020, n° 17PA02280, M. A. : JurisData n° 2020-002722 ; Contrats-[Marchés](#) publ. 2020, comm. 109, obs. E. Muller).* Ce choix quant au nombre et à la consistance des lots révèle ainsi la marge d'appréciation laissée aux acheteurs lors de la passation de leurs marchés .

2° Possibilité de réserver certains marchés publics

§ 78 Possibilité de réserver certains marchés publics

Les acheteurs peuvent décider de réserver leurs marchés publics aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés (*CCP, art. L. 2113-12 à L. 2113-14*) ou aux entreprises de l'économie sociale et solidaire (*CCP, art. L. 2113-15 et L. 2113-16*). Dans une telle hypothèse, ils peuvent choisir de réserver le marché public dans sa totalité ou seulement certains de ses lots. En toute hypothèse, lorsqu'ils décident de réserver un marché public sur le fondement de ces dispositions, les acheteurs doivent l'indiquer dans l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation (*CCP, art. R. 2113-7 et R. 2113-8*). Surtout, la possibilité de réserver des marchés publics est soumise à un certain nombre de conditions.

Pour les marchés publics réservés aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés, les textes prévoient qu'il doit s'agir d'entreprises adaptées (conformément à *C. trav., art. L. 5213-13*), d'établissements et services d'aide par le travail (conformément à *CASF, art. L. 344-2*) ou de structures équivalentes. Pour pouvoir bénéficier de marchés réservés, ces établissements, entreprises ou structures doivent employer une proportion minimale de 50 % *“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”* (*CCP, art. L. 2113-12 et R. 2113-7*).

Pour les marchés publics réservés aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs défavorisés, il est précisé que ces opérateurs doivent être des structures d'insertion par l'activité économique (au sens de *C. trav., art. L. 5132-4*) ou des structures équivalentes. Il est, dans les deux cas, nécessaire que ces structures emploient au minimum 50 % de travailleurs défavorisés (*CCP, art. L. 2113-13 et R. 2113-7*).

Il n'est pas possible de combiner les dispositifs permettant de réserver des marchés publics aux travailleurs handicapés et aux travailleurs défavorisés. En effet, les textes précisent que les acheteurs ne peuvent pas réserver leurs marchés publics ou des lots de leurs marchés publics à des opérateurs économiques qui peuvent à la fois être considérés comme des entreprises adaptées, des

établissements et services d'aide par le travail ou comme des structures équivalentes employant plus de 50 % de travailleurs handicapés, et à la fois comme des structures d'insertion par l'activité économique ou des structures équivalentes employant plus de 50 % de travailleurs défavorisés (*CCP, art. L. 2113-14*).

La possibilité de réserver des marchés publics ou des lots de marchés publics aux entreprises de l'économie sociale et solidaire est réservée aux pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entités adjudicatrices. De plus, cette possibilité ne peut concerner que des marchés qui ont pour objet des services sociaux et autres services spécifiques (*V. n° 53*) et ils ne peuvent être réservés qu'au bénéfice des *“entreprises de l'économie sociale et solidaire définies à l'article 1er de la loi du 31 juillet 2014 susvisée et à des structures équivalentes, lorsqu'elles ont pour objectif d'assumer une mission de service public liée à la prestation de services mentionnés sur cette liste”* (*CCP, art. L. 2113-15*). Les textes précisent que cette possibilité n'est pas cumulable dans le temps. En effet, une entreprise qui a bénéficié d'un marché réservé au titre de l'économie sociale et solidaire ne peut pas bénéficier d'un nouveau marché réservé sur ce même fondement pendant un délai de 3 ans. De plus, la durée des marchés publics réservés aux entreprises de l'économie sociale et solidaire ne peut pas être supérieure à 3 ans (*CCP, art. L. 2113-16*).

3° Détermination des conditions d'exécution du marché

§ 79 Définition

Les acheteurs doivent définir, au travers des clauses du marché public, quelles sont les conditions d'exécution du marché. En pratique, cela signifie que ces clauses doivent préciser comment doivent être exécutées les prestations qui font l'objet du marché. La détermination des conditions d'exécution a une importance particulière car les critères de sélection des candidats (*V. n° 126 à 128*) tout comme les critères de sélection des offres (*V. n° 147 à 152*) peuvent découler des conditions d'exécution du marché.

§ 80 Contenu des clauses relatives aux conditions d'exécution du marché

Pour définir le contenu de ces clauses, les acheteurs ont la possibilité de “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” (CCP, art. L. 2112-2, al. 2).

§ 81 Lien avec l'objet du marché

Les acheteurs doivent s'assurer, dans tous les cas, que ces considérations sont bien “*liées à l'objet du marché public*” (CCP, art. L. 2112-2, al. 1er). Ce lien avec l'objet du marché public est une condition essentielle qui, si elle n'est pas respectée, conduira à l'annulation de la procédure de passation .

Pour autant, ce lien est défini de manière assez large. En effet, il est réputé exister lorsque les conditions d'exécution définies par l'acheteur “*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*” (CCP, art. L. 2112-3, al. 1er). Or, la notion de cycle de vie est elle-même entendue de manière suffisamment large pour permettre d'intégrer des éléments variés à l'intérieur des clauses relatives aux conditions d'exécution. En effet, le cycle de vie correspond à “*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*” (CCP, art. L. 2112-3, al. 2).

Cette définition large n'empêchera pas un contrôle de la part du juge pour vérifier si les conditions d'exécution sont bien justifiées au regard de l'objet du marché public passé (*CE, sect., 3 nov. 1995, n° 152484, District agglomération nancéienne : JurisData n° 1995-045624 ; Lebon, p. 391 ; RFDA 1995, p. 1077, concl. C. Chantepy. – CE, 31 mars 2010, n° 333970, Synd . mixte région Auray-Belz-Quiberon : JurisData n° 2010-003955 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2010, comm. 209 , obs. F. Llorens).*

§ 82 Utilisation de labels, de rapports d'essais ou de certificats pour définir les conditions d'exécution du marché public

Les acheteurs ont la possibilité d'utiliser des labels pour définir les conditions d'exécution du marché public (CCP, art. R. 2111-13). Néanmoins, l'utilisation des labels est encadrée de la même manière que lorsqu'ils sont utilisés pour définir les spécifications techniques du marché (V. n° 32).

Par ailleurs, les acheteurs peuvent, à l'intérieur du dossier de consultation, exiger des opérateurs économiques qu'ils fournissent un rapport d'essai établi par un organisme d'évaluation de la conformité accrédité ou un certificat produit par un organisme d'évaluation particulier afin de démontrer qu'ils respectent bien les conditions d'exécution définies par les clauses du marché public (CCP, art. R. 2151-14).

§ 83 Protectionnisme européen

Toute forme de protectionnisme national est exclue et les acheteurs n'ont donc pas la possibilité d'imposer que l'exécution du marché se déroule, en tout ou partie, sur le territoire national. Ils

peuvent toutefois mettre en place une forme de protectionnisme européen au travers des conditions d'exécution du marché.

Les acheteurs ont en effet la possibilité d'imposer parmi les conditions d'exécution du marché *“que les moyens utilisés pour exécuter tout ou partie”* de ce marché ou *“pour maintenir ou pour moderniser les produits acquis soient localisés sur le territoire des États membres de l'Union européenne”*. Cette forme de protectionnisme peut *“notamment”* permettre *“de prendre en compte des considérations environnementales ou sociales ou d'assurer la sécurité des informations et des approvisionnements”* (CCP, art. L. 2112-4). L'emploi du terme *“notamment”* indique toutefois qu'il ne s'agit que d'un exemple parmi d'autres. Ainsi, les acheteurs devraient donc pouvoir établir une forme de protectionnisme européen au travers des conditions d'exécution de leurs marchés publics sans risquer une remise en cause de leurs procédures de passation . Cette possibilité doit cependant être mise en balance avec les engagements internationaux de l'Union européenne et de la France s'agissant de l'ouverture de l'accès aux marchés publics .

§ 84 Obligation spécifique pour les marchés publics globaux et les marchés de partenariat :

identifier une équipe de maîtrise d'œuvre et réserver une part du marché aux PME
Lorsqu'ils décident de passer un marché public global qui comporte des prestations de conception d'ouvrage, les acheteurs doivent imposer à leurs cocontractants d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre au travers des clauses déterminant les conditions d'exécution du marché public global. Cette équipe de maîtrise d'œuvre doit être *“chargée de la conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation”* (CCP, art. L. 2171-7, al. 1er). Si le marché public global a pour objet des ouvrages de bâtiment, la mission de l'équipe de maîtrise d'œuvre doit comprendre les éléments de la mission de maîtrise d'œuvre privée définie à l'article L. 2431-1 du code (CCP, art. L. 2171-7, al. 2). Cet article définit la mission de maîtrise d'œuvre comme *“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”* (CCP, art. L. 2431-1). La partie réglementaire du code précise le contenu de la mission de base qui doit être confiée à l'équipe de

maîtrise d'œuvre lorsque le marché passé est un marché global qui comporte des prestations de conception d'un ouvrage de bâtiment (*CCP, art. D. 2171-4 à D. 2171-14*).

Une obligation similaire s'impose aux acheteurs dans le cadre des marchés de partenariat. Ainsi, *“lorsque l'acheteur confie tout ou partie de la conception des ouvrages au titulaire”*, les clauses déterminant les conditions d'exécution du marché de partenariat doivent *“comprendre l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation”* (*CCP, art. L. 2213-3, al. 1er*). Pour autant, lorsque l'acheteur choisit de ne confier qu'une partie de la conception de l'ouvrage au titulaire du marché de partenariat, il peut décider de faire lui-même *“appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'il assume”* (*CCP, art. L. 2213-3, al. 2*).

Par ailleurs, le code prévoit que les marchés de partenariat doivent préciser quelle est *« 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 »* (*CCP, art. L. 2213-14*). Cette part ne peut pas être inférieure à *« 10 % du montant prévisionnel du marché de partenariat hors coût de financement, sauf lorsque la structure économique du secteur concerné ne le permet pas »* (*CCP, art. R. 2213-5*).

Le code ne comprend pas de disposition similaire pour les marchés globaux mais l'ordonnance du 7 juin 2020 portant diverses mesures en matière de commande publique impose aux acheteurs une obligation identique (*Ord. n° 2020-738, 17 juin 2020 : JO 18 juin 2020, texte n° 14*). Cette règle s'applique à tous les marchés globaux pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 19 juin 2020. Il est prévu qu'elle ne s'applique que jusqu'au 10 juillet 2021.

4° Respect des obligations formelles

§ 85 Caractère écrit du marché

Lorsque les acheteurs envisagent de passer des marchés publics qui répondent à des besoins dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 25 000 € hors taxes, ils doivent obligatoirement conclure ces contrats par écrit (*CCP, art. L. 2112-1 et R. 2112-1*). Il convient de noter que le relèvement à

40 000 € du seuil permettant de conclure des marchés sans publicité ni mise en concurrence préalable (*CCP*, art. R. 2122-8) n'a pas été repris s'agissant du seuil imposant le recours à l'écrit. La direction des affaires juridiques précise toutefois que « la forme de l'écrit est libre : lettre, contrat, devis accompagné de l'accord de l'acheteur, courriel... » (www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/mp-procedure-adaptee-2020.pdf. – F. Linditch, À propos de la mise à jour de la fiche DAJ « MAPA et autres marchés publics de faible montant », préc. n° 51).

§ 86 Possibilité de se référer à des documents généraux

Pour déterminer les clauses de leurs marchés publics , les acheteurs peuvent utiliser des documents généraux. Il peut s'agir des “*cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés*” ou “*cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les stipulations de nature technique applicables à toutes les prestations d'une même nature*” (*CCP*, art. R. 2112-2). Lorsqu'ils décident d'utiliser les cahiers des clauses administratives générales ou les cahiers des clauses techniques générales, les acheteurs ne sont pas obligés de prévoir le respect de l'ensemble des articles de ces documents. Ils peuvent en effet décider de déroger à certains articles contenus dans ces documents généraux, à condition de préciser quels sont les articles qui n'ont pas à être respectés (*CCP*, art. R. 2112-3). Les cahiers des clauses administratives générales et techniques sont approuvés par arrêté du ministre de l'économie et des ministres intéressés (*CCP*, art. R. 2112-2, al. 2). Ils sont disponibles sur le site de la Direction des affaires juridiques de Bercy (www.economie.gouv.fr/daj/cahiers-clauses-administratives-generales-et-techniques).

Contrairement à ce qui était prévu par l'article 13 de l'ancien Code des marchés publics , les nouveaux textes ne précisent pas que les acheteurs peuvent faire référence à des documents particuliers (cahiers des clauses administratives particulières et cahiers des clauses techniques

particulières). Pour autant, l'absence de référence à ces documents n'interdit pas leur utilisation et les acheteurs peuvent donc continuer à les utiliser.

5° Détermination de la durée d'exécution et du prix du marché

§ 87 Durée du marché : règles communes

Les acheteurs doivent préciser, au travers du marché public lui-même, quelle sera sa durée (CCP, art. L. 2212-5). La durée peut être indéterminée (CJCE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich : Contrats- [Marchés](#) publ. 2008, comm. 186 , obs. W. Zimmer ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2008, repère 9 , F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; Dr. adm. 2008, comm. 132 , obs. R. Noguellou) mais elle doit être prévue par le marché public (CAA Nantes, 27 juin 2003, n° 00NT00635, Cne Contres : JurisData n° 2003-236312 ; AJDA 2004, p. 820 , note J.-D. Dreyfus). Cela signifie qu'il n'est pas nécessaire que la durée corresponde à un terme fixe mais la durée du marché doit obligatoirement tenir compte “de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique” (CCP, art. L. 2112-5). Il s'agit ici d'éviter que, par une durée trop longue, le marché public finisse par conférer un avantage économique injustifié au cocontractant.

Dans le même sens, le code autorise les acheteurs à prévoir dans leurs marchés une ou plusieurs reconductions mais uniquement si celles-ci ne modifient pas les caractéristiques du marché et à condition que la mise en concurrence ait tenu compte de durée totale du marché, périodes de reconduction comprises. Lorsque de telles reconductions sont prévues par le marché elles sont en principe tacites et le titulaire du marché ne peut pas s'y opposer (CCP, art. R. 2112-4).

Enfin, la liberté des acheteurs pour fixer la durée du marché est plus encadrée pour certains marchés qui font l'objet de dispositions spécifiques établissant une durée maximale (CCP, art. L. 2112-5, al. 2 . – V. n° 88 à 91).

§ 88 Durée spécifique pour les marchés réservés aux entreprises de l'économie sociale et solidaire

Lorsque les acheteurs passent des marchés publics qu'ils réservent aux entreprises de l'économie sociale et solidaire, la durée de ces contrats ne peut jamais être supérieure à 3 ans (*CCP, art. L. 2113-16*). Cette limitation de la durée s'explique par le fait que ces marchés publics réservés constituent une entorse au principe d'égalité d'accès à la commande publique. Cette limitation de la durée ne concerne que les marchés publics réservés aux entreprises de l'économie sociale et solidaire.

§ 89 Durée spécifique pour certains marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence
Il existe deux catégories de marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence dont la durée est limitée par les textes.

La première catégorie concerne les marchés de fournitures qui ont pour objet *“des livraisons complémentaires exécutées par le fournisseur initial et qui sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'acheteur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées”* (*CCP, art. R. 2122-4*). La passation de ces marchés publics sans publicité ni mise en concurrence déroge au principe d'égalité d'accès à la commande publique. Il est donc prévu que ces marchés de fournitures ne peuvent, en principe, pas excéder une durée de 3 ans. D'ailleurs, le calcul de cette durée doit intégrer les éventuelles périodes de reconduction du marché public. Cette limitation ne concerne cependant que les marchés passés par des pouvoirs adjudicateurs.

La deuxième catégorie concerne les marchés de travaux ou de services qui portent sur des *“prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence”*. De tels marchés ne peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence que si le premier marché a prévu cette possibilité et uniquement si la procédure initiale a pris en compte ces travaux ou ces services dans le calcul du montant total du marché (*CCP, art. R. 2122-7*). Ces marchés ne peuvent pas non plus être conclus pour une durée de plus de 3

ans à compter de la notification du marché public initial lorsqu'ils sont conclus par des pouvoirs adjudicateurs.

§ 90 Durée spécifique pour les accords-cadres

La durée des accords-cadres fait l'objet d'un encadrement spécifique afin que l'utilisation de ces derniers ne porte pas atteinte à la concurrence sur le marché. Il est d'ailleurs expressément précisé que *“les acheteurs ne recourent pas aux accords-cadres de manière abusive ou aux fins d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence”* (CCP, art. R. 2162-1).

Cette durée est limitée à 4 ans lorsque les accords-cadres sont conclus par des pouvoirs adjudicateurs et à 8 ans lorsqu'ils sont passés par des entités adjudicatrices. Elle peut toutefois être prolongée de manière exceptionnelle « notamment » lorsque l'objet ou les modalités d'exécution de l'accord-cadre *“nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure”* (CCP, art. L. 2125-1).

Par ailleurs, la durée des marchés subséquents ou des bons de commande conclus sur le fondement de l'accord-cadre est également encadrée afin de ne pas contourner artificiellement la durée de l'accord-cadre lui-même (CCP, art. R. 2162-5). Ces obligations invitent les acheteurs à ne pas augmenter artificiellement la durée d'exécution des prestations prévues par les bons de commande ou par les marchés subséquents sous peine de se voir reprocher de porter une atteinte excessive à la concurrence.

§ 91 Encadrement de la durée des marchés de partenariat

Parce qu'ils nécessitent des investissements importants et qu'ils font appel aux capacités du secteur privé pour cela, la durée des marchés de partenariat doit être *“déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues”* (CCP,

art. L. 2213-2). Cette durée va donc varier en fonction de chaque projet, selon le montage financier qui aura été retenu par l'acheteur. Son encadrement doit permettre d'éviter de restreindre la concurrence et favoriser une remise en concurrence.

§ 92 Prix du marché public : obligations générales

Les acheteurs ont l'obligation de définir le prix du marché public ou ses modalités de fixation au travers des clauses du contrat. Celles-ci doivent également prévoir, *“le cas échéant, ses modalités d'évolution”* (CCP, art. L. 2212-6). En effet, le prix du marché public n'est pas nécessairement connu à l'avance. Celui-ci va dépendre à la fois du prix et des quantités de prestations susceptibles d'être réalisées, des clauses incitatives éventuellement insérées dans le marché et, éventuellement, des clauses de variation des prix.

§ 93 Forme des prix des prestations : prix unitaires ou forfaitaires

Les prix des prestations du marché public peuvent prendre deux formes : il peut s'agir de prix unitaires ou de prix forfaitaires. Les prix unitaires sont des prix *“appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées”* tandis que les prix forfaitaires sont des prix *“appliqués à tout ou partie du marché public, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées”* (CCP, art. R. 2112-6).

§ 94 Prix du marché public : obligations spécifiques pour les pouvoirs adjudicateurs dotés d'un comptable public

Lorsque l'acheteur qui passe le marché public est un pouvoir adjudicateur doté d'un comptable public, il est tenu d'indiquer dans les clauses de ce marché quelles sont *“les conditions administratives et techniques auxquelles sont subordonnés l'ordonnancement et le paiement”* (CCP, art. R. 2112-5).

§ 95 Possibilité de conclure des marchés à prix définitifs ou des marchés à prix provisoires en fonction des catégories d'acheteurs

Les acheteurs peuvent passer des marchés à prix définitifs (CCP, art. R. 2112-7 et s.) ou des marchés à prix provisoires (CCP, art. R. 2112-15 et s.). Néanmoins cette capacité de choix est plus ou moins restreinte en fonction de la nature de l'acheteur. En effet, les marchés passés par l'État, ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements doivent par principe être conclus à prix définitif (CCP, art. R. 2112-7). Cela signifie donc que les modalités de fixation du prix du marché sont plus contraignantes lorsque l'acheteur à l'origine du marché est une personne publique, à moins qu'il ne s'agisse d'un établissement public industriel et commercial de l'État.

Le prix définitif peut être soit un prix ferme, soit un prix révisable (CCP, art. R. 2112-8).

Attention toutefois, les marchés publics de maîtrise d'œuvre passés pour la réalisation des ouvrages mentionnés à l'article 1er de la loi MOP doivent, quant à eux, être obligatoirement passés à prix provisoires (CCP, art. R. 2112-18).

§ 96 Prix définitifs : prix fermes

Le prix définitif doit être un prix ferme lorsqu'il apparaît que les conditions économiques ne vont pas évoluer au-delà du raisonnable en cours d'exécution du marché. Le prix ferme est un prix qui est invariable. Pour autant, le prix ferme peut être un prix actualisé. Ce *“prix ainsi actualisé reste ferme pendant toute la période d'exécution des prestations et constitue le prix de règlement”* (CCP, art. R. 2112-9). D'ailleurs, dans la quasi-totalité des cas lorsqu'un acheteur conclut un marché à prix ferme il doit préciser dans les clauses du marché quelles sont les modalités d'actualisation de son prix. Il n'y a que les marchés de fournitures ou de services courants pour lesquels l'indication des modalités d'actualisation du prix dans les clauses du marché ne constitue qu'une simple possibilité (CCP, art. R. 2112-10). Le contenu des clauses d'actualisation est encadré par le Code de la commande publique (CCP, art. R. 2112-11). Ce dernier détermine

également des conditions d'actualisation particulière lorsque le marché conclu est un marché à tranches (*CCP, art. R. 2112-12*).

§ 97 Prix définitifs : prix révisibles

Le prix définitif peut également être un prix révisable (*CCP, art. R. 2112-13*). Le prix révisable est défini comme un prix qui peut être modifié pour tenir compte des variations économiques. Le code précise qu'« 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 », ce qui « est notamment le cas des marchés ayant pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires ». La révision sera calculée sur la base du prix initial selon des modalités et une périodicité définies dans les clauses du marché public. Les modalités de calcul de la révision sont néanmoins encadrées : elles sont définies soit en fonction d'une référence, soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation, soit en combinant la prise en compte d'une référence et une telle formule représentative.

Enfin, il faut préciser que l'utilisation d'un prix révisable est imposée pour les marchés publics d'une durée d'exécution de plus de 3 mois et pour la réalisation desquels il est nécessaire de recourir à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux (*CCP, art. R. 2112-14*). Cette obligation d'utiliser un prix révisable ne concerne cependant pas les marchés de fourniture de gaz et d'électricité, qui peuvent donc être conclus à prix ferme.

§ 98 Prix provisoires : modalités de mise en œuvre

La possibilité de conclure des marchés publics à prix provisoires est envisagée différemment selon la nature juridique de l'acheteur à l'origine du marché (*CCP, art. R. 2112-15 et R. 2112-17*).

En effet, la conclusion de tels marchés est strictement encadrée s'agissant des marchés passés par l'État, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements (*CCP, art. R. 2112-17*). Ceci s'explique par le fait qu'il s'agit d'une exception au principe selon lequel les marchés de ces acheteurs doivent être conclus à prix définitif.

Pour les autres acheteurs, de telles conditions ne sont pas imposées : ils peuvent librement avoir recours à des prix provisoires. L'utilisation de prix provisoires est même imposée pour certains marchés de maîtrise d'œuvre (*CCP, art. R. 2112-18*).

Pour autant, et quel que soit l'acheteur, le code impose certaines obligations lorsque le marché est conclu à prix provisoire (*CCP, art. R. 2112-16*). Ceux-ci doivent préciser les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif, dans la limite d'un plafond éventuellement révisé ; l'échéance à laquelle le prix définitif sera fixé ; les règles comptables applicables pour le titulaire ; ainsi que les vérifications sur pièces et sur place que l'acheteur pourra effectuer sur les éléments techniques et comptables du coût de revient.

§ 99 Insertion de clauses incitatives dans le marché

Le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 prévoyait, quel que soit le mode de fixation du prix choisi, la possibilité pour les acheteurs d'insérer des clauses incitatives faisant varier le prix global du marché (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 17, al. 2*). L'objectif de telles clauses est de permettre une rémunération supplémentaire du cocontractant s'il atteint certains objectifs au cours de l'exécution : réduction des délais d'exécution, amélioration de la qualité des prestations, réduction

des coûts de production... Toutefois, cette disposition a été abrogée au moment de la codification, alors que le projet de code l'avait reprise (article 2112-19 du projet).

Cette disparition dans le code ne signifie pas la fin des clauses incitatives : la direction des affaires juridiques considère que cette suppression s'explique par la nature contractuelle des clauses incitatives. Les cocontractants peuvent les utiliser afin d'opérer « une répartition équitable [...] des bénéfices tirés d'une situation meilleure que le minimum prévu par le marché », à condition que « des objectifs de performance aient été préalablement établis et qu'ils soient quantifiables / mesurables sur une période de temps et un champ bien définis, en référence à une situation minimale » (*DAJ, Guide pratique pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique, juin 2019* :

www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/publications/documents_ateliers/pme_commande_publice/guide_de_bonnes_pratiques.pdf).

B. Lancement de la procédure de passation

§ 100 Plan

Une fois les étapes préalables achevées, les acheteurs peuvent lancer la procédure de passation de leur marché public. Cette procédure se déroule en différentes étapes. Ainsi, les acheteurs doivent d'abord organiser une publicité préalable tout en respectant certaines modalités de communication et d'échanges d'informations. Ils doivent ensuite sélectionner les candidatures pour, dans un troisième temps, pouvoir choisir l'offre qu'ils vont retenir. Ils doivent enfin respecter certaines règles concernant l'achèvement de la procédure.

1° Organisation d'une publicité préalable

§ 101 Obligation générale d'organiser une publicité

Les acheteurs doivent organiser une publicité pour amorcer la procédure de passation de leurs marchés publics . Cette publicité préalable a pour objectif “*de susciter la plus large concurrence*” et elle va varier en fonction de l'objet du marché public, de la valeur estimée du besoin et en fonction de l'acheteur concerné (*CCP, art. L. 2131-1*). L'obligation d'organiser une publicité préalable concerne l'ensemble des marchés publics , à l'exception de ceux passés sans publicité ni mise en concurrence préalable (*V. n° 50, 51 et 54*).

En principe, la publicité préalable est effectuée au travers d'un avis de marché ou par une publicité adaptée lorsque le montant et l'objet du marché public le justifient. Il est néanmoins parfois possible de déroger à ce principe en utilisant un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif.

a) Mise en œuvre d'une publicité spéciale : publication d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif

§ 102 Possibilité de publier un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif pour faire connaître son intention de passer un marché public

Lorsqu'ils souhaitent passer un marché public, les acheteurs ont la possibilité de faire connaître leur intention avant la publication éventuelle d'un avis de marché. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité de publier un avis de préinformation tandis que les entités adjudicatrices peuvent publier un avis périodique indicatif (*CCP, art. R. 2131-1*). Les avis publiés doivent être conformes aux modèles fixés par la Commission européenne (*Comm. règl. d'exécution (UE)*)

2015/1986, 11 nov. 2015, établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011).

Les acheteurs ont deux possibilités pour publier ces avis. Ils peuvent les adresser à l'Office des publications officielles de l'Union européenne pour que celui-ci procède à la publication de l'avis ou décider de publier eux-mêmes les avis sur leur profil d'acheteur (*CCP, art. R. 2131-2*). S'ils choisissent cette seconde possibilité, ils doivent auparavant envoyer un avis à l'Office des publications officielles de l'Union européenne et la date de l'envoi doit être indiquée dans l'avis qui sera publié sur le profil d'acheteur.

Des obligations spécifiques s'imposent aux entités adjudicatrices lorsqu'elles publient un avis périodique indicatif. Elles doivent en effet communiquer *“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”* aux candidats qui en font la demande (*CCP, art. R. 2131-3*). En principe les entités adjudicatrices doivent utiliser leurs profils d'acheteurs pour préciser quelles sont ces spécifications techniques mais les textes prévoient qu'elles peuvent utiliser d'autres moyens pour communiquer ces spécifications *“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”* ou lorsqu'elles entendent *“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 ”*.

§ 103 Possibilité d'utiliser un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif pour lancer un appel à la concurrence

Les acheteurs peuvent, sous certaines conditions, utiliser un avis de préinformation – s'il s'agit d'un pouvoir adjudicateur – ou un avis périodique indicatif – s'il s'agit d'une entité adjudicatrice – pour lancer un appel à la concurrence (*CCP, art. R. 2131-4 à R. 2131-11*). Les conditions imposées sont cependant nombreuses et le code distingue les règles applicables aux marchés de services

sociaux et autres services spécifiques (*CCP, art. R. 2131-7 à R. 2131-9*) et celles qui s'appliquent pour les autres marchés (*CCP, art. R. 2131-4 à R. 2131-6*).

En ce qui concerne les marchés qui n'ont pas pour objet de tels services, la possibilité d'utiliser un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif n'est pas ouverte dans le cadre de toutes les procédures . Elle n'est utilisable que si la procédure utilisée est une procédure d'appel d'offres restreint ou une procédure avec négociation. De plus, cette possibilité n'est pas offerte aux acheteurs lorsque ceux-ci entrent dans la catégorie des autorités publiques centrales. En outre, pour pouvoir utiliser un tel avis afin de lancer un appel à la concurrence, celui-ci doit répondre à certains critères. En effet, il doit *“faire référence spécifiquement aux travaux, aux fournitures ou aux services qui feront l'objet du marché à passer”* mais aussi *“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”* tout en invitant *“les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt”*. Il faut également que cet avis ait été *“envoyé pour publication entre trente-cinq jours et douze mois avant la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt”* (*CCP, art. R. 2131-4*). Par ailleurs, cet avis n'a pas à être publié sur le profil des acheteurs. Ces derniers peuvent toutefois – et sous certaines conditions – choisir d'effectuer une publication supplémentaire en utilisant ce vecteur (*CCP, art. R. 2131-5*). Enfin, le code fixe une durée maximale pour la validité de ces avis : elle *“est de douze mois à compter de la date de transmission de l'avis pour publication”* (*CCP, art. R. 2131-6*).

L'utilisation d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif pour lancer un appel à la concurrence est également possible lorsque le marché a pour objet des services sociaux ou d'autres services spécifiques mais les conditions posées sont différentes. En effet, cette possibilité n'est ouverte que lorsque la valeur estimée du besoin atteint les seuils européens applicables à ces marchés mais elle ne dépend pas de la procédure utilisée. Lorsque l'acheteur décide d'utiliser cette faculté, l'avis doit *“faire référence spécifiquement aux types de services qui feront l'objet des marchés à passer”*, *“indiquer que les marchés seront passés sans publication ultérieure et inviter les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt par écrit”* (*CCP, art. R. 2131-7*). Par ailleurs, cet avis doit obligatoirement être publié au Journal officiel de l'Union européenne, bien qu'une publicité supplémentaire reste possible (*CCP, art. R. 2131-8*). De plus, le code affirme explicitement que la durée maximale de 12 mois ne concerne pas les avis publiés dans le cadre de tels marchés (*CCP, art. R. 2131-9*).

Enfin, lorsqu'ils utilisent un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif pour effectuer l'appel à la concurrence et quel que soit l'objet du marché, les acheteurs sont tenus d'inviter par écrit tous les opérateurs économiques ayant manifesté leur intérêt à le confirmer (*CCP, art. R. 2131-10*). Ces invitations doivent être effectuées de manière simultanée pour tous les opérateurs économiques et elles doivent comprendre certains renseignements minimums fixés par les textes concernant le type et la quantité des prestations demandées, la procédure utilisée, les dates de début et de fin d'exécution du marché, l'adresse du profil d'acheteur, l'identification et l'adresse du service responsable de la passation du marché, les renseignements concernant les capacités professionnelles, techniques et financières exigées des candidats, la forme du marché, et les critères d'attribution (*CCP, art. R. 2131-11*).

B) Mise en œuvre d'une publicité classique : la publication d'un avis de marché

§ 104 Une obligation strictement encadrée pour les marchés passés selon une procédure formalisée

Lorsque les acheteurs passent un marché public selon une procédure formalisée, ils sont tenus de publier un avis de marché pour assurer la publicité (à moins qu'ils n'utilisent un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif pour faire connaître leur intention, *V. n° 102 et 103*). Pour autant, les modalités de publication de cet avis de marché varient en fonction de la catégorie à laquelle appartient l'acheteur (*CCP, art. R. 2131-16 et R. 2131-17*).

Ainsi, les acheteurs soumis à un régime juridique fortement empreint de droit public – c'est-à-dire l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements – doivent publier cet avis de marché à la fois dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) (*CCP, art. R. 2131-16, 1°*).

Les autres acheteurs, qu'ils soient des personnes publiques ou privées, ne sont tenus de publier cet avis de marché qu'au Journal officiel de l'Union européenne. Ils ne sont donc pas obligés d'effectuer une publication au BOAMP (*CCP, art. R. 2131-16, 2°*).

Le format de l'avis de marché n'est pas choisi librement par les acheteurs. Ces derniers doivent publier un avis conforme au modèle fixé par la Commission européenne (*CCP, art. R. 2131-17*).

Enfin, les acheteurs ont toujours la possibilité de recourir à une publicité supplémentaire effectuée sur un autre support (*CCP, art. R. 2131-18*). Cette publicité ne doit pas être identique à la publicité réalisée à titre principal. Néanmoins, si elle comporte moins de renseignements que l'avis de marché publié à titre principal, elle doit indiquer les références de cet avis afin que les opérateurs intéressés puissent facilement y avoir accès.

§ 105 Une obligation variable pour les marchés passés selon une procédure adaptée

Les acheteurs ne sont pas nécessairement tenus de publier un avis de marché lorsqu'ils passent un marché public selon une procédure adaptée. Les obligations imposées diffèrent en fonction du type de marché passé selon une procédure adaptée, de son montant, et de la nature de l'acheteur. La distinction première reste cependant celle effectuée par le code entre les marchés passés en procédure adaptée parce qu'ils portent sur des services sociaux et autres services spécifiques et les autres marchés passés selon une procédure adaptée.

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée qui n'ont pas pour objet des services sociaux ou d'autres services spécifiques, il faut distinguer en fonction de la nature de l'acheteur et en fonction du montant du marché public (*CCP, art. R. 2131-12 et R. 2131-13*). L'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements sont tenus de publier un avis de marché au BOAMP ou dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL) si la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure à 90 000 € HT (et si elle reste inférieure aux seuils européens

imposant le recours à une procédure formalisée). En dessous de ce montant, ils ne sont pas tenus de publier un avis de marché mais ils doivent adapter les modalités de la publicité *“en fonction des caractéristiques du marché, notamment de son montant et de la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause”*. Néanmoins, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné ou au Journal officiel de l'Union européenne peut s'imposer aux acheteurs quel que soit le montant du marché passé selon une procédure adaptée en fonction de la nature ou du montant des fournitures, des services ou des travaux qui font l'objet du marché. Cette nécessité d'une publicité supplémentaire est laissée à l'appréciation des acheteurs mais ces derniers doivent s'assurer que les *“opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché public”* auront accès aux informations le concernant (*CCP, art. R. 2131-12*). Les autres acheteurs ne sont quant à eux jamais tenus de publier un avis de marché lorsqu'ils passent un marché selon une procédure adaptée. Il leur revient de déterminer *“les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché public, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause”* (*CCP, art. R. 2131-13*).

Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée parce qu'ils ont pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, la publication d'un avis de marché ne s'impose aux acheteurs que lorsque la valeur estimée du besoin est supérieure ou égale à un seuil européen (*CCP, art. R. 2131-14 et R. 2131-15*). Cette publication doit être effectuée au Journal officiel de l'Union européenne. Actuellement, l'avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques figure en annexe 3 du Code de la commande publique . Le seuil spécifique à ces marchés est fixé à 750 000 € HT lorsque l'acheteur est un pouvoir adjudicateur et à 1 000 000 € HT lorsqu'il s'agit d'une entité adjudicatrice. L'avis de marché peut toujours être remplacé par un avis de préinformation, un avis périodique indicatif ou un avis sur l'existence d'un système de qualification. En revanche, lorsque le montant du marché passé est inférieur à ces seuils européens, l'acheteur n'est tenu de réaliser qu'une publicité adaptée qui va varier en fonction des caractéristiques du contrat et notamment en fonction de son montant et en fonction de la nature des services sociaux ou spécifiques concernés.

L'appréciation portée sur les modalités de la publicité afin de déterminer si celle-ci est adaptée est délicate et relativement subjective. La jurisprudence permet cependant d'offrir quelques clefs de lecture aux acheteurs (*CE, 7 oct. 2005, n° 278732, région Nord-Pas-de-Calais* :

JurisData n° 2005-068985 ; Lebon, p. 423 ; Contrats- [Marchés publ. 2005](#), étude 17, F. Lichère ; AJDA 2005, p. 2128, note J.-D. Dreyfus). Le contrôle de proportionnalité réalisé par le juge permet de considérer qu'il existe trois critères à prendre en considération pour apprécier si une publicité est ou non adaptée : l'objet du marché en cause, son montant, mais également l'état du secteur concurrentiel dans lequel il intervient. Les acheteurs doivent donc effectuer une évaluation au cas par cas. Ils peuvent même, en cas de doute, choisir d'utiliser les modalités de publicité des procédures formalisées afin d'éviter tout contentieux (sur ces questions, V. *JCl. Contrats et [Marchés Publics](#)*, fasc. 60-70 consacré aux marchés passés en procédure adaptée). Il faut néanmoins rappeler que si les acheteurs se réfèrent expressément à une procédure formalisée dans les documents du marché, ils doivent l'appliquer dans son intégralité (*CCP, art. R. 2123-6* . – Par ex : *CAA Nantes, 6 mars 2020, n° 18NT02092* : *JurisData n° 2020-006255* ; *Contrats- [Marchés publ. 2020](#), comm. 174*, note M. Ubaud-Bergeron).

Comme dans le cadre des marchés passés selon une procédure formalisée, les acheteurs ont toujours la possibilité de recourir à une publicité supplémentaire effectuée sur un autre support (*CCP, art. R. 2131-18*). Cette publicité ne doit pas être identique à la publicité réalisée à titre principal. Néanmoins, si elle comporte moins de renseignements que l'avis de marché publié à titre principal, elle doit indiquer les références de cet avis afin que les opérateurs intéressés puissent facilement y avoir accès.

C) Modalités de publication des avis d'appel à la concurrence

§ 106 Obligations concernant les publications au Journal officiel de l'Union européenne

Les acheteurs n'effectuent pas eux-mêmes les publications au Journal officiel de l'Union européenne. Ils doivent transmettre les avis destinés à être publiés au JOUE à l'Office des publications de l'Union européenne. Ils doivent conserver “*la preuve de la date d'envoi de ces avis*” (*CCP, art. R. 2131-19*).

§ 107 Obligations concernant les publications nationales

Il est expressément interdit d'effectuer des publications au niveau national avant la publication au Journal officiel de l'Union européenne, à moins que l'acheteur n'ait *“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”* (CCP, art. R. 2131-20, al. 1er).

Par ailleurs, ces publications ne doivent pas *“fournir plus de renseignements que ceux envoyés à l'Office des publications de l'Union européenne”* et elles doivent mentionner la date d'envoi à l'Office (CCP, art. R. 2131-20, al. 2).

2° Modalités de communication et d'échange d'informations

A) Mise à disposition des documents de la consultation

§ 108 Définition

Les documents de la consultation ont remplacé l'ancien règlement de la consultation (F. Linditch, Le règlement de la consultation est mort, vive les « documents de la consultation ». – Réforme des marchés publics , suite : JCP A 2016, 2296). Ils sont définis comme *“l'ensemble des documents fournis par l'acheteur ou auxquels il se réfère afin de définir ses besoins et de décrire les modalités de la procédure de passation , y compris l'avis d'appel à la concurrence”*. Les acheteurs doivent s'assurer que les informations fournies au travers des documents de la consultation *“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” (CCP, art. R. 2132-1). Les documents de la consultation sont donc au cœur des procédures de passation

§ 109 Modalités générales de mise à disposition

Les acheteurs doivent mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques de manière gratuite en utilisant leurs profils d'acheteurs. L'obligation d'utiliser le profil d'acheteur concerne tous les marchés pour lesquels un avis d'appel à la concurrence est publié et qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 40 000 € HT (CCP, art. R. 2132-2). Cette mise à disposition doit être effectuée dès la publication de l'avis d'appel à la concurrence conformément à l'arrêté du 22 mars 2019 fixant les modalités de mise à disposition des documents de la consultation et de la copie de sauvegarde (CCP, ann. 6). Néanmoins, lorsque les acheteurs ont effectué l'appel à la concurrence en utilisant un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif, ils doivent permettre aux opérateurs économiques d'accéder aux documents de la consultation dès l'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt. Dans le même sens, *“lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, cet accès est offert dès que possible et au plus tard à la date d'envoi de l'invitation à soumissionner”* (CCP, art. R. 2132-4). Les acheteurs doivent indiquer dans l'avis ou dans l'invitation quelle est *“l'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont accessibles”* (CCP, art. R. 2132-2).

§ 110 Modalités de mise à disposition particulières en l'absence de publication sur le profil d'acheteur

Le Code de la commande publique permet aux acheteurs de ne pas utiliser les moyens de communication électronique dans certaines hypothèses, ce qui signifie qu'ils ne seront pas toujours

obligés d'utiliser leurs profils d'acheteurs pour publier les documents de la consultation (CCP, art. R. 2132-13 et R. 2132-14). Dans ce cas, les acheteurs sont tenus d'indiquer dans l'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt quels sont les moyens permettant d'obtenir ces documents. De plus, si l'absence de publication sur le profil d'acheteur se justifie par le fait 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”*. Enfin, les caractéristiques de certains documents de la consultation font qu'ils sont trop volumineux pour qu'ils puissent être téléchargés à partir du profil d'acheteur, il revient aux acheteurs d'indiquer *“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”* (CCP, art. R. 2132-5).

§ 111 Obligations spécifiques pour les marchés passés en procédure formalisée

Dans le cadre des procédures formalisées, les opérateurs économiques ont la possibilité de demander des renseignements complémentaires sur les documents de la consultation. Lorsqu'ils effectuent de telles demandes en temps utile, les acheteurs sont tenus de leur adresser ces renseignements complémentaires sous un certain délai. Il s'agit en principe d'un délai de *“six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres”* (CCP, art. R. 2132-6, al. 1er) sauf lorsque le délai de réception des offres a été réduit pour cause d'urgence (CCP, art. R. 2161-3, 3°, R. 2161-8, 3° et R. 2161-15, 3°). Dans ce cas, le délai est réduit à 4 jours (CCP, art. R. 2132-6, al. 2).

§ 112 Obligations concernant l'accès aux marchés publics d'opérateurs économiques et de produits provenant d'États tiers

Les acheteurs doivent garantir un traitement équivalent à celui des opérateurs économiques de l'Union européenne aux opérateurs économiques ainsi qu'aux travaux, fournitures et services provenant d'“*États parties à l'Accord sur les marchés publics [...] ou à un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie*”. À l'inverse, s'agissant des autres États, les acheteurs ont la possibilité d'“*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*” (*CCP, art. L. 2153-1*). Les modalités de mise en œuvre de ces restrictions sont précisées dans la partie réglementaire du code (*CCP, art. R. 2153-1 et R. 2153-2*).

Par ailleurs, lorsque l'acheteur est une entité adjudicatrice, il est possible de rejeter les offres pour lesquelles “*les produits originaires des pays tiers représentent la part majoritaire de la valeur totale des produits composant cette offre*” ou de lui préférer l'autre offre en cas d'équivalence entre deux offres (*CCP, art. L. 2153-2*). Les modalités de mise en œuvre de ces possibilités sont également précisées par le code dans sa partie réglementaire (*CCP, art. R. 2153-3 à R. 2153-5*).

Ces dispositions permettent donc – en théorie – de développer une certaine forme de protectionnisme à l'égard des États tiers (entendus comme non-membres de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen). Il convient cependant de nuancer cette affirmation car de nombreux États sont membres de l'Accord sur les marchés publics (États-Unis, Chine, Japon, Australie, Canada...).

B) Mise en place de communications et d'échanges d'informations par voie électronique

§ 113 Obligation d'utiliser des moyens de communication électroniques

Les acheteurs sont en principe tenus d'utiliser des moyens de communication électroniques pour les communications et les échanges d'informations qu'ils effectuent dans le cadre des procédures de passation de leurs marchés publics (*CCP, art. L. 2132-3 et R. 2132-7*).

§ 114 Dérogations admises

L'obligation d'utiliser des moyens de communication électronique n'est pas absolue. En effet, les acheteurs peuvent déroger à cette obligation dans sept hypothèses prévues par le code (*CCP, art. R. 2132-12*). Ils sont cependant tenus d'indiquer dans l'avis d'appel à la concurrence – ou dans les documents de la consultation lorsque le marché est passé sans qu'un tel avis ne soit publié – qu'ils mettent en œuvre de l'une de ces dérogations. Les acheteurs doivent donc justifier leur choix et ils doivent indiquer *“les raisons pour lesquelles d'autres moyens de communication que des moyens électroniques sont utilisés”* soit dans le rapport de présentation lorsqu'il s'agit d'un pouvoir adjudicateur, soit dans les documents conservés lorsqu'il s'agit d'une entité adjudicatrice. Dans tous les cas, et *“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”* (*CCP, art. R. 2132-13*).

Les sept hypothèses permettant de ne pas utiliser des moyens de communication électronique sont les suivantes (*CCP, art. R. 2132-12*) :

- lorsque le marché passé sans publicité ni mise en concurrence préalables à condition que sa valeur estimée soit inférieure aux seuils des procédures formalisées ;
- lorsque le marché porte sur des services sociaux ou d'autres services spécifiques ;

- lorsque l'utilisation de tels moyens n'est pas raisonnablement possible car il faudrait utiliser *“des outils, des dispositifs ou des formats de fichiers particuliers qui ne sont pas communément disponibles ou pris en charge par des applications communément disponibles”* ;
- lorsque les applications qui prennent *“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”* ;
- lorsque l'utilisation de tels moyens n'est possible qu'en utilisant *“un équipement de bureau spécialisé dont les acheteurs ne disposent pas communément”* ;
- *“lorsque les documents de la consultation exigent la présentation de maquettes, de modèles réduits, de prototypes ou d'échantillons qui ne peuvent être transmis par voie électronique”* ;
- lorsque l'utilisation d'autres moyens de communication *“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”*.

§ 115 Encadrement des moyens de communication électroniques utilisables

Le Code de la commande publique définit les moyens de communication électroniques mais sans imposer l'utilisation de moyens de communication électroniques spécifiques (*CCP, art. R. 2132-*

7, al. 2). Pour autant, les acheteurs doivent respecter un certain nombre de règles s'agissant des moyens de communication utilisables, ce qui tend à restreindre leur liberté d'action en la matière.

Ils doivent en effet utiliser des dispositifs de communication “*communément disponibles et compatibles avec les technologies de l'information et de la communication généralement utilisées*”, ce qui revient à interdire l'utilisation de dispositifs discriminatoires, présentant des caractéristiques discriminatoires ou restreignant l'accès des opérateurs économiques à la procédure de passation (*CCP, art. R. 2132-8*). De plus, les outils et les dispositifs de communication et d'échanges d'information par voie électronique doivent répondre aux exigences minimales actuellement fixées par l' arrêté du 22 mars 2019 relatif aux exigences minimales des moyens de communication électronique utilisés dans la commande publique (*CCP, ann. 8*).

Par ailleurs, les acheteurs doivent assurer la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire conformément à l' arrêté du 22 mars 2019 , ce qui n'empêche pas que les opérateurs économiques aient à payer les frais d'accès au réseau. Ils doivent également veiller à ce que les communications, les échanges et le stockage d'informations soient “*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*” (*CCP, art. R. 2132-9*).

Les textes permettent aux acheteurs d'utiliser des outils et des dispositifs “*qui ne sont pas communément disponibles, tels que des outils de modélisation électronique des données du bâtiment ou des outils similaires*” si cela s'avère nécessaire mais uniquement s'ils offrent d'autres moyens d'accès aux opérateurs économiques “*jusqu'à ce que ces outils et dispositifs soient devenus communément disponibles*” (*CCP, art. R. 2132-10*). Les textes précisent dans quelles hypothèses un “*acheteur est réputé offrir d'autres moyens d'accès appropriés*”, que cela soit en offrant lui-même un accès à ces moyens de communication, en mettant en place un système de jetons provisoires ou en assurant “*la disponibilité d'une autre voie de présentation électronique des offres*” (*CCP, art. R. 2132-14*).

§ 116 Possibilité d'utiliser une copie de sauvegarde

Afin de minimiser les risques liés à l'utilisation des moyens de communication électroniques, “les candidats et soumissionnaires qui transmettent leurs documents par voie électronique peuvent adresser à l'acheteur, sur support papier ou sur support physique électronique, une copie de sauvegarde de ces documents établie” (CCP, art. R. 2132-11). Les modalités concrètes d'utilisation de la copie de sauvegarde sont prévues par l' arrêté du 22 mars 2019 .

C) Respect de la confidentialité

§ 117 Exigences de confidentialité imposées aux acheteurs et aux opérateurs économiques

Lorsque les acheteurs ont des informations confidentielles en leur possession, ils n'ont pas le droit de les communiquer. Il s'agit notamment des informations “*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*”. Ils peuvent d'ailleurs “*imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'ils communiquent dans le cadre de la procédure de passation de marché public*” (CCP, art. L. 2132-1). Certaines informations confidentielles peuvent toutefois être divulguées lorsque l'acheteur a préalablement demandé leur accord aux opérateurs économiques.

3° Sélection des candidatures Règles communes aux différentes procédures de passation

A) Mise en œuvre des exclusions

§ 118 Personnes susceptibles de candidater

Le principe est la liberté. En effet, les marchés publics sont définis comme des contrats conclus avec un ou plusieurs opérateurs économiques, ce qui signifie que tous les opérateurs économiques sont susceptibles de participer aux différentes procédures de passation. Or, la définition de l'opérateur économique est extrêmement large. Il s'agit de *“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”* (CCP, art. L. 1220-1). Lorsqu'un opérateur économique *“demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un contrat de la commande publique”* il devient un candidat (CCP, art. L. 1220-2) et, lorsqu'il présente une offre, il est qualifié de soumissionnaire (CCP, art. L. 1220-3). Néanmoins, et par exception à ce principe, les textes envisagent différents motifs d'exclusion (exclusions qui étaient qualifiées d'interdictions de soumissionner par l'ordonnance de 2015).

§ 119 Distinction entre les différents motifs d'exclusion

Le Code de la commande publique répartit les exclusions en deux ensembles, en distinguant les exclusions de plein droit (anciennement qualifiées d'interdictions de soumissionner obligatoires et générales, CCP, art. L. 2141-1 à L. 2141-6) et les exclusions à l'appréciation de l'acheteur (anciennement qualifiées d'interdictions de soumissionner facultatives, CCP, art. L. 2141-7 à

L. 2141-11). Seules les premières étaient antérieurement envisagées par le Code des marchés publics . Par ailleurs, il convient de préciser que lorsqu'un opérateur économique qui n'était pas initialement placé dans l'un des cas d'exclusion prévus par le code se trouve placé dans une situation d'exclusion en cours de procédure de passation , il doit informer l'acheteur de son changement de situation et celui-ci devra alors l'exclure de la procédure (*CCP, art. L. 2141-12*).

Les différentes hypothèses d'exclusions découlent des dispositions des directives (V. not. *PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014, art. 57*). Celles-ci établissent plusieurs listes de motifs d'exclusion : les directives prévoient que certains motifs entraînent une exclusion automatique, que certains autres peuvent également justifier une exclusion mais uniquement si les États le décident, et qu'enfin certains motifs peuvent justifier une exclusion laissée à l'appréciation des acheteurs, à moins que les États aient décidé d'en faire des motifs d'exclusion obligatoires. En principe, les listes de motifs fixées par les directives ont un caractère exhaustif (*CJCE, 9 févr. 2006, aff. C-226/04 et C-228/04, La Cascina Soc. Coop. Arl. Zilch Srl et Consorzio G. f. M. : Rec. CJCE 2006, p. I-1347 ; AJDA 2006, p. 702 , note J.-D. Dreyfus ; AJDA 2006, p. 702 et 1160, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert*). La Cour de justice admet néanmoins que les États puissent prévoir des motifs d'exclusion complémentaires s'ils sont destinés à garantir le respect du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence et s'ils respectent le principe de proportionnalité en prévoyant notamment la possibilité pour l'opérateur exclu de démontrer que sa participation à la procédure de passation ne contrevient pas à ces principes (*CJCE, 16 déc. 2008, aff. C-213/07, Michaniki AE : Rec. CJCE 2008, p. I-9999 ; RDI 2009, p. 244 , note R. Noguellou ; JCP A 2009, 2189 , note O. Dubois ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2009, comm. 35 . – CJCE, 19 mai 2009, aff. C-538/07, Assitur Srl : Rec. CJCE 2009, p. I-04219 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2009, comm. 227 , obs. W. Zimmer ; JCP A 2010, 2078 , comm. O. Dubois. – CJUE, 10 juill. 2014, aff. C-358/12, Consorzio Stabile Libor Lavori pubblici : Contrats- [Marchés](#) publ. 2014, comm. 257 , note W. Zimmer. – CJUE, 22 oct. 2015, aff. C-425/14, Impresa Edilux Srl : Contrats- [Marchés](#) publ. 2015, comm. 278 , note W. Zimmer. – CJUE, 8 févr. 2018, aff. C-144/17, Lloyd's of London : Contrats- [Marchés](#) publ. 2018, comm. 80 , note M. Ubaud-Bergeron).*

§ 120 Exclusions de plein droit : les interdictions de soumissionner imposées aux acheteurs

Le Code de la commande publique précise quelles sont les hypothèses qui entraînent une exclusion automatique des candidats de la procédure de passation des marchés publics (*CCP, art. L. 2141-1 à L. 2141-6*). Ces interdictions étaient auparavant prévues par l' article 43 du Code des marchés publics mais elles n'étaient pas listées, le code renvoyant à l' ordonnance n° 2005-645 du 6 juin 2005 (*JO 7 juin 2005, p. 9999*). Le Code des marchés publics ayant une valeur réglementaire, il lui était en effet impossible de prévoir de telles exclusions qui relèvent du domaine de la loi. Cette problématique est aujourd'hui dépassée dans la mesure où le Code de la commande publique comporte à la fois une partie législative et une partie réglementaire.

Le code distingue plusieurs hypothèses dans lesquelles un candidat doit être automatiquement exclu. Sont concernées :

- les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation définitive pour certaines infractions auxquelles le code renvoie, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État membre de l'Union européenne (*CCP, art. L. 2141-1*). Les hypothèses envisagées vont du trafic de stupéfiants à la soustraction au paiement de l'impôt, en passant par la participation à une association de malfaiteurs ;
- celles “*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*” dont la liste figure dans l' annexe 4 du Code de la commande publique . Ces exclusions s'appliquent de plein droit sous réserve d'une régularisation ou d'un accord avant l'examen de la recevabilité de leurs candidatures (*CCP, art. L. 2141-2*) ;
- les personnes qui sont soumises à une procédure de liquidation judiciaire, qui font l'objet d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer, ou qui sont admises à une procédure de redressement judiciaire sans être habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché public (*CCP, art. L. 2141-3*). Le Conseil d'État considère cependant que la conclusion

d'un contrat avec une entreprise placée en redressement judiciaire qui aurait dû être exclue n'est pas un vice justifiant l'annulation du contrat (*CE, 21 oct. 2019, n° 416616, Cne Chaumont : JurisData n° 2019-018759 ; Contrats- [Marchés publ.](#) 2020, comm. 1 , note M. Ubaud-Bergeron*). Il convient par ailleurs de préciser que, jusqu'au 10 juillet 2021, « *Les entreprises 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 ne peuvent être exclues, pour ce motif, de la procédure de passation des marchés et des contrats de concessions lorsqu'elles bénéficient d'un plan de redressement* » (*Ord. n° 2020-738, 17 juin 2020 , portant diverses mesures en matière de commande publique, art. 1er : JO 18 juin 2020, texte n° 14*) ;

- les personnes qui ont été sanctionnées en raison de travail dissimulé, en raison de marchandage illégal, de prêt de main-d'œuvre illicite, ou en raison d'emploi direct ou indirect de travailleurs étrangers non autorisés à travailler ; celles qui ont été condamnées pour discrimination ; celles qui n'ont pas mis correctement en œuvre la négociation annuelle sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise lors de l'année précédant le lancement de la procédure de passation ; et celles qui ont été condamnées à une peine d'exclusion des marchés publics (*CCP, art. L. 2141-4*). Ces exclusions s'appliquent en principe pour une durée de 3 ans à compter la date de la décision ou du jugement ayant constaté la commission de l'infraction. Ces exclusions peuvent cependant être évitées sous certaines conditions précisées par le code ;
- les personnes qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative adoptée après avoir eu connaissance d'un procès-verbal relevant une infraction pour travail dissimulé, marchandage, prêt illicite de main-d'œuvre, emploi d'étranger non autorisé à travailler, cumuls irréguliers d'emplois, fraude ou fausse déclaration (*CCP, art. L. 2141-5*). Ce motif d'exclusion peut lui aussi être régularisé par les candidats sous conditions.

La liste des documents et des moyens de preuve permettant aux opérateurs économiques de justifier qu'ils ne se trouvent pas dans le champ d'application des motifs d'exclusion de plein droit est précisée par le Code de la commande publique, lequel admet parfois une simple

déclaration sur l'honneur (*CCP, art. R. 2143-6 à R. 2143-10*). Le juge a d'ailleurs précisé, à propos des entreprises placées en redressement judiciaire, que l'acheteur ne peut demander les éléments permettant de vérifier qu'il n'y a pas un motif d'exclusion qu'au seul candidat à qui il envisage d'attribuer le marché (*CE, 25 janv. 2019, n° 421844 : JurisData n° 2019-000855 ; Contrats-Marchés publ. 2019, comm. 111 , note J. Diethoeffer*).

§ 121 Possibilité d'admettre des dérogations justifiées aux exclusions de plein droit

En principe, les interdictions obligatoires et générales entraînent une exclusion automatique et s'imposent aux acheteurs. Toutefois les acheteurs peuvent autoriser de manière exceptionnelle un candidat qui tomberait sous le coup de l'un des motifs d'exclusion obligatoire à participer à la procédure de passation (*CCP, art. L. 2141-6*). Cette faculté ne leur est ouverte que s'ils démontrent que la participation de cet opérateur économique est justifiée “*par des raisons impérieuses d'intérêt général, que le marché public en cause ne (peut) être confié qu'à ce seul opérateur économique et qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un État membre de l'Union européenne n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des marchés publics* ”. À ce sujet, le considérant 100 de la directive 2014/24/UE envisage, à titre d'exemple, la nécessité de recourir à un vaccin ou à un matériel de secours “*nécessaire de toute urgence qui ne peut être acheté qu'auprès d'un opérateur économique auquel s'appliquerait autrement un des motifs d'exclusion obligatoires*”. En dehors de cette hypothèse relativement limitée, le code prévoit certaines exceptions pour tel ou tel motif d'exclusion de plein droit (*V. n° 120*). Au-delà et par principe, les exclusions de plein droit s'imposent aux acheteurs.

§ 122 Exclusions à l'appréciation des acheteurs

La réforme de la commande publique a introduit une nouveauté en consacrant la possibilité pour les acheteurs de mettre en œuvre des motifs d'exclusion complémentaires. Ils bénéficient de ce point de vue d'une liberté d'appréciation, même si celle-ci reste encadrée.

Le Code de la commande publique prévoit plusieurs motifs d'exclusion à disposition des acheteurs (*CCP*, art. L. 2141-7 à L. 2141-11). Il leur est ainsi permis d'exclure :

- les personnes qui, lors d'un précédent contrat de concession ou lors d'un précédent marché public, ont été sanctionnées en raison “*d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles*”. Il peut s'agir de dommages et intérêts, de la résiliation du contrat ou de toute sanction comparable. La seule condition est que cette sanction doit avoir été prononcée depuis moins de 3 ans (*CCP*, art. L. 2141-7). Ainsi, la résiliation d'un précédent contrat pour absence de déclaration de sous-traitance peut justifier l'exclusion (*CJUE*, 3 oct. 2019, aff. C-267/18, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA : Contrats- Marchés publ.* 2019, comm. 367, note H. Hoepffner) ;
- les personnes qui ont eu certains comportements répréhensibles au regard de la procédure de passation . Il peut s'agir de personnes qui ont cherché à “*influencer indûment [...] le processus décisionnel de l'acheteur*”, qui ont essayé “*d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu*”, ou qui “*ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution*” (*CCP*, art. L. 2141-8, 1 . – *CE*, 24 juin 2019, n° 428866, *Dpt Bouches-du-Rhône : JurisData n° 2019-011015 ; Contrats- [Marchés](#) publ.* 2019, comm. 299, note H. Hoepffner) ;
- les opérateurs qui ont participé de manière directe ou indirecte à la phase de préparation préalable à la procédure de passation du marché public s'ils ont eu accès à des informations qui sont “*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*” (*CCP*, art. L. 2141-8, 2°) ;

- les personnes pour lesquelles l'acheteur est en mesure de “*déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence*”. Il est nécessaire pour cela qu'il “*dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants*” (CCP, art. L. 2141-9) ;
- les opérateurs économiques “*qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens*” (CCP, art. L. 2141-10).

§ 123 Conditions de mise en œuvre des exclusions facultatives à l'appréciation de l'acheteur

La faculté laissée aux acheteurs n'est pas sans limites. En effet de telles exclusions ne sont possibles que si l'acheteur a laissé la possibilité à l'opérateur économique concerné de démontrer “*dans un délai raisonnable et par tout moyen qu'il a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements précédemment énoncés et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement*” (CCP, art. L. 2141-11).

§ 124 Application des exclusions aux groupements d'opérateurs économiques et dans le cadre de la sous-traitance

Les exclusions ont des conséquences importantes qui vont s'étendre au-delà des opérateurs économiques au sens strict. En effet, lorsqu'une exclusion concerne l'un des membres d'un groupement, l'acheteur doit exiger son remplacement sous un délai de 10 jours, faute de quoi le groupement sera exclu de la procédure (CCP, art. L. 2141-13). De plus, les exclusions s'étendent aux sous-traitants : lorsqu'un sous-traitant présenté lors de la procédure de passation tombe sous le coup d'un motif d'exclusion, l'acheteur doit également exiger son remplacement dans un délai de 10 jours faute sous peine d'exclusion (CCP, art. L. 2141-14).

§ 125 Changement de situation au regard des motifs d'exclusion

Les opérateurs économiques doivent informer les acheteurs lorsque, bien que n'étant placés dans l'un des cas d'exclusion de la procédure de passation au commencement de celle-ci, leur situation évolue et qu'ils se trouvent placés dans l'un de ces cas d'exclusion au cours de la procédure. Dans une telle hypothèse, ce changement de situation justifiera une exclusion de la procédure prononcée par l'acheteur (*CCP, art. L. 2141-12*).

B) Définition des conditions de participation

§ 126 Cadre général imposé aux acheteurs

Les conditions de participation sont définies par les acheteurs afin de déterminer quels seront les candidats admis à soumissionner. Afin d'éviter que la définition des conditions de participation ne porte atteinte à la concurrence, la compétence reconnue aux acheteurs est strictement encadrée. Ainsi, les conditions de participation ont un objet limité : elles ont pour seul objet d'apprécier si les candidats *“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 public”*. Le principe est *“celui du caractère limitatif des critères de sélection établis par les textes”* en application de l'article 58 de la directive 2014/24 (*M. Ubaud-Bergeron, Droit des contrats administratifs : LexisNexis, 2e éd., 2017, p. 263*). De plus, les conditions de participation doivent être *“liées et proportionnées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution”* (*CCP, art. L. 2142-1*).

Les conditions de participation et les moyens de preuve acceptables doivent être précisés par les acheteurs dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, à

défaut, dans les documents de la consultation (*CCP, art. R. 2142-1*). Ces conditions de participation peuvent être exprimées en tant que niveaux minimaux de capacité, à condition qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution (*CCP, art. R. 2142-2*). Par ailleurs, les opérateurs économiques peuvent avoir recours aux capacités d'autres opérateurs pour satisfaire aux conditions de participation (*CCP, art. R. 2142-3*). Il convient toutefois de préciser que lorsque la candidature est présentée par un groupement, ses capacités doivent être appréciées de manière globale (*CCP, art. R. 2142-55*) et qu'une même personne n'a pas la possibilité de représenter plus qu'un candidat pour un même marché (*CCP, art. R. 2142-4*).

§ 127 Modalités de définition des conditions de participation

Les acheteurs ne peuvent utiliser que des critères liés à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, à la capacité économique et financière, ou aux capacités techniques et professionnelles pour déterminer les conditions de participation à la procédure (*CCP, art. L. 2142-1*). Une liste des critères à disposition des acheteurs est fournie par le code pour les différentes catégories de conditions de participation afin de préciser ce qui est possible pour les acheteurs. Ainsi :

- pour vérifier l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, il est seulement possible d'exiger une inscription sur un registre professionnel (*CCP, art. R. 2142-5*) ;
- pour vérifier les capacités économiques et financières, l'acheteur peut utiliser différents critères :
 - il peut tout d'abord exiger la réalisation d'un chiffre d'affaires annuel minimal (*CCP, art. R. 2142-6*). Pour autant, ce chiffre d'affaires ne doit pas être supérieur à deux fois le montant estimé du marché public ou du lot, sauf justifications liées à son objet ou à ses conditions d'exécution. Ces justifications doivent alors figurer dans les documents de la consultation ou, à défaut être indiquées dans le rapport de présentation pour les pouvoirs adjudicateurs ou dans les documents conservés par

les entités adjudicatrices (*CCP, art. R. 2142-7*). De plus, si le marché public est alloti, le plafond concerne chacun des lots même si, par exception, *“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”* (*CCP, art. R. 2142-8*). Il existe également des modalités de calcul particulières qui sont prévues en cas d’accord-cadre ou de système d’acquisition dynamique (*CCP, art. R. 2142-9 et R. 2142-10*). Enfin, et jusqu’au 31 décembre 2023, les acheteurs ne doivent pas tenir compte *“de la baisse du chiffre d’affaires intervenue au titre du ou des exercices sur lesquels s’imputent les conséquences de la crise sanitaire liée à l’épidémie de covid-19”* (*Ord. n° 2020-738, 17 juin 2020, art. 3*),

- il peut également vérifier les capacités économiques et financières en demandant des informations sur les comptes annuels, *“notamment le rapport entre les éléments d’actif et de passif”*. Toutefois, lorsque l’acheteur utilise cette possibilité il doit indiquer quels seront les méthodes et les critères qu’il appliquera pour prendre en compte ces informations dans les documents de la consultation : il doit s’agir de méthodes et de critères objectifs et non discriminatoires (*CCP, art. R. 2142-11*),
- enfin, l’acheteur peut vérifier la capacité économique et financière en exigeant *“un niveau approprié d’assurance des risques professionnels”* (*CCP, art. R. 2142-12*);
- pour vérifier les capacités techniques et professionnelles, l’acheteur peut aussi utiliser différents critères :
 - il peut tout d’abord *“imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l’expérience nécessaires pour exécuter le marché public en assurant un niveau de qualité approprié”* (*CCP, art. R. 2142-13*). L’acheteur peut ainsi, dans le cadre de marchés publics de services ou de travaux ou dans le cadre de marchés publics de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d’installation ou comprenant des prestations de service, imposer aux candidats d’indiquer les noms et les qualifications professionnelles pertinentes des personnes physiques qui seront chargées de l’exécution du marché public en question,

- l'acheteur peut également “exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement”. Cette possibilité ne doit cependant pas permettre d'exclure automatiquement les nouveaux entrants, ce qui fausserait nécessairement la concurrence. Sur ce fondement, le code précise donc que “l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat” (CCP, art. R. 2142-14).

Le juge administratif a eu l'occasion de préciser que les opérateurs économiques créés récemment et qui se trouvent dans l'impossibilité objective de produire les documents et les renseignements exigés au titre des conditions de participation peuvent justifier leurs capacités par tout autre moyen (*CE, 9 mai 2012, n° 356455, Cne Saint-Benoît : JurisData n° 2012-009732 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2012, comm. 211 , note W. Zimmer*).

§ 128 Caractère obligatoire de la détermination des conditions de participation

La fixation de conditions de participation et leur examen constituent des étapes obligatoires lors de la procédure de passation (*CE, 28 mars 2008, n° 303779, Communauté urbaine Lyon : JurisData n° 2008-073322 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2008, comm. 25 , note J.-P. Pietri ; RJEP 2008, comm. 40 , note D. Moreau. – CE, 29 avr. 2011, n° 344617 , garde des Sceaux, min. Justice et des Libertés : JurisData n° 2011-007067 ; RJEP 2011, comm. 50 , note D. Moreau*). Les acheteurs sont donc tenus de fixer au moins une condition concernant l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, la capacité économique et financière, ou les capacités techniques et professionnelles. Cette obligation a pour avantage d'imposer l'existence d'une réelle phase de sélection des candidatures à même d'assurer au mieux « l'efficacité de la commande publique ». Elle a toutefois pour inconvénient d'alourdir la procédure, notamment dans le cadre de la procédure adaptée (en ce sens, V. le commentaire de *D. Moreau ss CE, 29 avr. 2011 , garde des Sceaux et des Libertés, préc.*).

C) Possibilité de réduire le nombre de candidats

§ 129 Réduction du nombre de candidats : une possibilité offerte à tous les acheteurs

Quelle que soit la procédure utilisée, les acheteurs ont la possibilité de ne pas admettre tous les candidats à soumissionner ou à participer au dialogue. Ils peuvent en effet décider de limiter le nombre de candidats, à condition que le nombre de candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue soit suffisant pour permettre la mise en œuvre d'une concurrence effective (*CCP, art. R. 2142-15*). Pour déterminer quels seront les candidats admis, les acheteurs doivent utiliser des critères objectifs et non discriminatoires qui doivent porter sur les capacités professionnelles, techniques et financières et être justifiés et proportionnés au regard du marché public. Afin d'assurer la transparence de la procédure, les acheteurs doivent indiquer dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt quels sont les critères qu'ils vont utiliser ainsi que le nombre minimum et, le cas échéant, le nombre maximum de candidats qui seront invités à soumissionner (*CCP, art. R. 2142-16*).

§ 130 Nombre de candidats admis à soumissionner

En principe, les acheteurs sont libres de fixer le nombre minimum de candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue. Néanmoins, s'agissant des acheteurs qui agissent comme pouvoirs adjudicateurs, le nombre minimal est de cinq pour les marchés publics passés en appel d'offres restreint et de trois pour ceux passés selon la procédure avec négociation ou en dialogue compétitif (*CCP, art. R. 2142-17*).

Lorsque le nombre de candidats qui remplissent les conditions de sélection est inférieur au nombre minimum de candidats qui a été indiqué dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, les acheteurs ont quand même la possibilité de décider de

poursuivre la procédure avec les candidats concernés (*CCP, art. R. 2142-18*). Il ne s'agit toutefois que d'une simple possibilité laissée à l'appréciation discrétionnaire des acheteurs.

D) Modalités des candidatures

§ 131 Éléments à produire par les candidats

Le Code de la commande publique indique quels sont les documents que les candidats doivent obligatoirement fournir et ceux que les acheteurs peuvent exiger de manière optionnelle.

Ainsi, les candidats sont tenus de fournir une déclaration sur l'honneur selon laquelle ils ne sont pas concernés par les interdictions de soumissionner, ainsi que les renseignements exigés par l'acheteur pour vérifier leur aptitude à exercer l'activité professionnelle, leurs capacités économiques et financières et leurs capacités techniques et professionnelles (*CCP, art. R. 2143-3*).

La liste des renseignements et des documents qui peuvent être demandés aux candidats est fixée par un arrêté qui figure en annexe 9 du code (*CCP, art. R. 2143-11*). Actuellement c'est l'arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics (*JO 31 mars 2019, texte n° 18*) qui permet de déterminer quels sont les documents pouvant être demandés.

L'acheteur peut demander que les documents fournis soient accompagnés d'une traduction en français s'ils sont rédigés dans une autre langue (*CCP, art. R. 2143-16*). Par ailleurs, s'agissant des interdictions de soumissionner, le code précise quels documents peuvent être demandés et sous quelles conditions (*CCP, art. R. 2143-6 à R. 2143-11*). Dans tous les cas, l'acheteur ne peut pas imposer que les documents soient fournis sous forme d'original, de copie certifiée conforme ou de traduction certifiée, à moins que cela ne soit justifié par une raison impérieuse d'intérêt général. Enfin, conformément à la jurisprudence française comme européenne, le code précise que les acheteurs sont tenus d'accepter tout document équivalent d'un autre État membre de l'Union européenne (*CCP, art. R. 2143-5*).

§ 132 Possibilité d'utiliser le document unique de marché européen

Les candidats peuvent utiliser le Document unique de marché européen (DUME) pour présenter leur candidature. Les acheteurs sont tenus d'accepter le DUME en lieu et place de la déclaration sur l'honneur pour justifier que le candidat n'est pas concerné par les motifs d'exclusion des articles L. 2141-1 à L. 2141-5 et L. 2141-7 à L. 2141-11. Le DUME remplace également les renseignements demandés par les acheteurs pour vérifier l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, la capacité économique et financière et les capacités techniques et professionnelles du candidat (*CCP, art. R. 2143-4, al. 1er*).

Par ailleurs, les acheteurs ont la possibilité d'indiquer dans les documents de la consultation que, s'agissant des conditions de participation, ils autorisent les candidats à se contenter d'indiquer dans le DUME qu'ils possèdent l'aptitude et les capacités requises sans avoir à fournir davantage d'informations. En revanche, si les acheteurs ne l'autorisent pas, les candidats ne peuvent pas se contenter d'indiquer qu'ils possèdent l'aptitude et les capacités requises : ils doivent fournir des informations complémentaires.

Enfin, le code autorise les opérateurs économiques à réutiliser un DUME qu'ils ont déjà utilisé dans une procédure antérieure si les informations contenues sont toujours valables (*CCP, art. R. 2143-4*).

§ 133 Présentation des candidatures : dispense des documents justificatifs et des moyens de preuve

Les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve dans quatre hypothèses :

- lorsque l'acheteur peut les obtenir “directement par le biais [...] 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” (CCP, art. R. 2143-13, 1°) ;

- lorsque l'acheteur peut les obtenir “directement par le biais [...] 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” (CCP, art. R. 2143-13, 2°) ;
- lorsque les candidats ont déjà fourni ces documents au service acheteur dans le cadre d'une précédente consultation. La seule condition posée est que ces documents soient encore valables : il n'est pas nécessaire que l'acheteur ait prévu cette possibilité, ce qui signifie qu'il ne peut pas s'y opposer (CCP, art. R. 2143-14) ;
- lorsque les candidats sont inscrits sur une liste officielle d'opérateurs agréés d'un État membre de l'Union européenne ou munis d'un certificat délivré par un organisme de certification répondant aux normes européennes en matière de certification. Il s'agit d'une “présomption d'aptitude” s'agissant des motifs d'exclusion et des conditions de participation mais le code pose certaines conditions et précise que dans certains cas un certificat supplémentaire peut être demandé pour vérifier la régularité de la situation fiscale et sociale (CCP, art. R. 2143-15).

§ 134 Possibilité pour les opérateurs économiques de faire appel aux capacités de tiers

Les opérateurs économiques ne sont pas tenus de disposer à eux seuls des capacités exigées par les acheteurs au travers des conditions de participation s'ils démontrent qu'ils répondent à ces conditions de participation en ayant “recours aux capacités d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens” les unissant à ces opérateurs. Les acheteurs peuvent “exiger que les opérateurs économiques concernés soient solidairement responsables” mais uniquement si c'est nécessaire à la bonne exécution du marché public et à condition de le justifier

dans les documents de la consultation (CCP, art. R. 2142-3). Dans ce cas la preuve des capacités d'autres opérateurs peut être effectuée “*par tout moyen approprié*” (CCP, art. R. 2143-12).

§ 135 Interdiction de représenter plusieurs candidats

Afin de ne pas fausser la concurrence, il est interdit à une même personne de “*représenter plus d'un candidat pour un même marché*” (CCP, art. R. 2142-4).

§ 136 Participation des groupements d'opérateurs économiques

Les groupements d'opérateurs économiques ont la possibilité de candidater aux procédures de passation des marchés (CCP, art. R. 2142-19), qu'il s'agisse de groupements conjoints ou solidaires (CCP, art. R. 2142-20). Cette possibilité est cependant encadrée.

En effet, les acheteurs peuvent utiliser les documents de la consultation pour “interdire aux candidats de présenter pour le marché ou certains de ses lots plusieurs candidatures en agissant à la fois” comme candidats individuels et comme membres d'un ou plusieurs groupements, ou comme membres de plusieurs groupements (CCP, art. R. 2142-21).

Par ailleurs, bien que les acheteurs n'aient pas la possibilité d'imposer une forme juridique particulière au groupement d'opérateurs économiques, ils peuvent exiger que ces groupements “adoptent une forme juridique déterminée après l'attribution du marché public dans la mesure où cela est nécessaire à sa bonne exécution” et à condition de le justifier dans les documents de la consultation (CCP, art. R. 2142-22). Enfin, il convient de relever que, dans le cadre des marchés publics de services ou de travaux et des marchés publics de fournitures lorsque ceux-ci nécessitent des travaux de pose ou d'installation ou comprennent des prestations de service, les acheteurs peuvent exiger, au travers des documents de la consultation, que certaines tâches “essentielles soient effectuées par l'un des membres du groupement” (CCP, art. R. 2142-27).

Du point de vue des candidats, il faut que les candidatures et les offres soient “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”, étant précisé qu’“un même opérateur économique ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché” (CCP, art. R. 2142-23). De plus, que le groupement soit conjoint ou solidaire, la candidature et l'offre doivent désigner l'un des membres du groupement comme mandataire afin qu'il “représente l'ensemble des membres vis-à-vis de l'acheteur et coordonne les prestations des membres du groupement”. Cette fonction de mandataire a des conséquences car, si cela est prévu par le marché, le mandataire sera solidaire “de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard de l'acheteur” lors de l'exécution du contrat (CCP, art. R. 2142-24).

Lorsque la candidature est présentée par un groupement, ses capacités doivent être appréciées de manière globale (CCP, art. R. 2142-25). Dès lors, les acheteurs ne peuvent pas exiger que l'un des opérateurs membres du groupement dispose de la totalité des capacités requises pour exécuter le marché. De plus, c'est ce qui explique qu'il soit en principe interdit de modifier la composition du groupement entre le moment où celui-ci remet sa candidature et la signature du marché. Des exceptions sont néanmoins prévues et laissées à la libre appréciation des acheteurs (CCP, art. R. 2142-26).

E) Vérification des candidatures

§ 137 Vérification des délais de réception des candidatures

Les acheteurs doivent “fixer les délais de réception des candidatures en tenant compte de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature” (CCP, art. R. 2143-1, al. 1er). Ils bénéficient donc, en principe, d'une certaine liberté pour fixer ces délais.

Toutefois dans le cadre des procédures formalisées, des délais minimaux sont fixés pour chaque procédure ce qui interdit aux acheteurs de prévoir des délais de réception des candidatures qui seraient inférieurs à ces délais (CCP, art. R. 2143-1, al. 2). La fixation de ces délais et la vérification de leur respect par les acheteurs sont essentielles car ces derniers sont tenus d'éliminer les candidatures qui sont présentées hors délai (CCP, art. R. 2143-2).

Il convient de noter que, pour faire face à la crise sanitaire, l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 a prévu la possibilité pour les acheteurs de prolonger les délais de réception des candidatures et des offres pour les contrats conclus durant la période du 12 mars 2020 jusqu'au 23 juillet 2020 inclus (Ord. n° 2020-319, 25 mars 2020 , portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation , de procédure ou d'exécution des contrats soumis au Code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19, art. 2).

§ 138 Vérification des conditions de participation

L'acheteur doit vérifier les informations fournies par les opérateurs économiques dans leurs candidatures : cette vérification concerne également les opérateurs économiques sur lesquels les candidats s'appuient pour démontrer qu'ils disposent des capacités requises (CCP, art. R. 2144-1). En principe, 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 à condition qu'elle soit effectuée avant l'attribution du marché public (CCP, art. R. 2144-3). Néanmoins, lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, ces vérifications doivent intervenir avant l'envoi de l'invitation à soumissionner ou à participer au dialogue (CCP, art. R. 2144-5). Par ailleurs, s'agissant des interdictions de soumissionner, seul le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché public peut se voir demander de justifier qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'interdiction de soumissionner (CCP, art. R. 2144-4).

§ 139 Candidatures incomplètes

L'acheteur peut demander aux candidats concernés de compléter les candidatures incomplètes : cela concerne les pièces ou les informations absentes ou incomplètes. Le code précise également que cette possibilité de demander des pièces ou des informations absentes ou incomplètes s'applique aux candidatures qui n'ont pas été présentées par voie électronique alors qu'elles auraient dû l'être. Cependant, s'il met en œuvre cette possibilité, il doit l'appliquer à tous les candidats au travers de conditions identiques pour ne pas fausser la concurrence : il doit notamment fixer “*un délai approprié et identique pour tous*” (CCP, art. R. 2144-2). Il ne s'agit que d'une simple possibilité offerte aux acheteurs qui ne sont pas tenus de l'exercer. De la même façon, l'acheteur peut demander aux candidats de compléter ou d'expliquer les documents justificatifs et moyens de preuve (CCP, art. R. 2144-6).

§ 140 Élimination des candidatures irrecevables

Une fois les vérifications effectuées, “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” (CCP, art. R. 2144-7, al. 1er). Cette élimination est automatique, les acheteurs ne disposant pas de marge de manœuvre de ce point de vue. Ainsi, le Conseil d'État considère qu'un pouvoir adjudicateur est tenu de refuser les candidatures qui ne sont pas complètes (CE, 10 févr. 1997, n° 169309, Sté Révillon : JurisData n° 1997-050328 ; Lebon T., p. 927, concl. C. Bergeal).

Dans une telle hypothèse et si la vérification des candidatures est effectuée après la sélection des candidats ou le classement des offres, c'est au candidat ou au soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été classée immédiatement après que seront demandés les documents justificatifs. Le code précise d'ailleurs que “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” (CCP, art. R. 2144-7, al. 2).

§ 141 Invitation des candidats sélectionnés à soumissionner ou à participer au dialogue

Une fois la sélection des candidatures achevée, l'acheteur doit inviter “simultanément et par écrit les candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue” (CCP, art. R. 2144-8).

Lorsque le marché est passé en appel d'offres restreint, selon la procédure avec négociation, ou selon la procédure du dialogue compétitif, l'invitation à soumissionner ou à participer au dialogue doit – a minima – comprendre :

- “La référence de l'avis d'appel à la concurrence publié” (CCP, art. R. 2144-9, 1°) ;
- “La date limite de réception des offres” ainsi que “l'adresse à laquelle ces offres doivent être transmises et la ou les langues autorisées pour leur présentation” (CCP, art. R. 2144-9, 2°). Attention cependant, si la procédure utilisée est le dialogue compétitif, ces renseignements ne doivent pas figurer dans l'invitation à participer au dialogue mais dans l'invitation à formuler une offre finale ;
- la date et le lieu du dialogue lorsque le marché public est passé selon la procédure du dialogue compétitif. Il faut également préciser quelles seront la ou les langues utilisées lors de ce dialogue (CCP, art. R. 2144-9, 3°) ;
- “La liste des documents à fournir” (CCP, art. R. 2144-9, 4°) ;
- “La pondération ou la hiérarchisation des critères d'attribution du marché si ces renseignements ne figurent pas dans les documents de la consultation” (CCP, art. R. 2144-9, 5°) ;
- “L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation ont été mis à disposition des candidats”. Si ces documents n'ont pas été mis à disposition sur le profil d'acheteur pour l'une des raisons prévues par le code “ni par d'autres moyens, ils sont joints à l'invitation” (CCP, art. R. 2144-9, 6°). Les marchés passés

selon une procédure adaptée ne sont pas concernés par ces informations obligatoires, à moins que l'acheteur ne décide d'utiliser une procédure formalisée : à ce moment-là ce sont l'ensemble des règles applicables à cette procédure formalisée qui devront être respectées.

4° Choix de l'offre. Règles communes aux différentes procédures de passation

A) Présentation des offres

§ 142 Règles générales concernant la présentation des offres

La présentation des offres est encadrée. Ainsi, les soumissionnaires doivent transmettre leurs offres en une seule fois et, si un même soumissionnaire transmet successivement plusieurs offres, les acheteurs ne doivent ouvrir que la dernière offre transmise dans les délais (*CCP, art. R. 2151-6*). Les acheteurs doivent vérifier la signature de l'offre et, notamment, la qualité du signataire pour engager l'opérateur économique (*CE, 17 déc. 2008, n° 282178, Office public d'habitations Nice et Alpes-Maritimes : JurisData n° 2008-074660 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2009, comm. 39, note G. Eckert*). Surtout, les acheteurs peuvent imposer un certain nombre d'obligations aux soumissionnaires pour la présentation de leurs offres : ils disposent d'une marge de manœuvre importante en la matière.

Tout d'abord, comme en matière de candidatures, les acheteurs ont la possibilité d'interdire aux candidats de présenter plusieurs offres pour le marché public ou pour certains lots du marché public en agissant à la fois en tant que candidats individuels et en tant que membres d'un ou de plusieurs groupements, ou en agissant en tant que membres de membres de plusieurs groupements. Pour pouvoir être mise en œuvre, cette interdiction doit avoir été prévue dans les documents de la consultation (*CCP, art. R. 2151-7*).

Par ailleurs, les acheteurs ont la possibilité d'exiger de la part des soumissionnaires qui transmettent des documents en langue étrangère au moment de la transmission de leurs offres de

joindre une traduction en français. Ils ne peuvent toutefois pas exiger une traduction certifiée, à moins qu'ils puissent le justifier par une raison impérieuse d'intérêt général (*CCP, art. R. 2151-12*).

De plus, les acheteurs peuvent imposer aux soumissionnaires de préciser dans leurs offres quelle est la part du marché public qu'ils ont l'intention de sous-traiter, en particulier la part de la sous-traitance qui sera réalisée au profit de PME ou d'artisans (*CCP, art. R. 2151-13*).

Les acheteurs ont également la possibilité d'exiger, au travers des documents de la consultation, *“que les soumissionnaires fournissent, au titre de 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 [...] ou un certificat délivré par un tel organisme”*. Afin que ces certificats ne soient pas utilisés pour mettre en œuvre des discriminations illégales, les acheteurs doivent accepter les certificats établis par des organismes équivalents. Ils doivent aussi accepter d'autres moyens de preuve appropriés dans l'hypothèse où *“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”* (*CCP, art. R. 2151-14*).

De la même façon, les acheteurs peuvent imposer aux soumissionnaires d'accompagner leurs offres d'échantillons, de maquettes, de prototypes ou de tout autre document qui leur permettra d'apprécier l'offre en le précisant dans les documents de la consultation (par ex. la production d'un avis juridique en lien avec l'objet du marché, *CAA Versailles, 2 févr. 2012, n° 09VE01405, Bruno Kern avocats Selas : JurisData n° 2012-004638 ; Contrats- Marchés publ. 2012, comm. 115 , obs. M. Ubaud-Bergeron ; JCP A 2012, 2191 , note F. Linditch*). Une prime sera versée lorsque ces échantillons, maquettes ou prototypes nécessitent un investissement significatif. Le montant de cette prime doit alors être précisé dans les documents de la consultation. À ce moment-là, la prime reçue par le soumissionnaire qui sera désigné comme titulaire du marché sera déduite de sa rémunération (*CCP, art. R. 2151-15* . – Sur toutes ces questions, *V. la fiche de la*

DAJ :

www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/FT30Remise-echantillons-maquettes-prototypes-20200518.pdf). Le juge considère toutefois qu'il ne s'agit pas d'un début d'exécution de la prestation (*CE, 9 juill. 2007, n° 297711, Synd. Entreprises générales de France-BTP : JurisData*

n° 2007-011485 ; Lebon, p. 298 ; Contrats- Marchés publ. 2007, comm. 240 , note W. Zimmer ; JCP A 2007, act. 681 ; JCP A 2007, 2213 et 2329 , comm. F. Linditch).

Enfin, dans le cadre des marchés publics de services ou de travaux et des marchés publics de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comportant des prestations de service, les acheteurs ont la possibilité de demander aux soumissionnaires *“qu'ils indiquent les noms et les qualifications professionnelles pertinentes des personnes physiques qui seront chargées de l'exécution du marché public en question”*. Cette possibilité n'est ouverte aux acheteurs que dans l'hypothèse où *“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 l'exécution du marché (*CCP, art. R. 2151-16*)

§ 143 Présentation de variantes

Les acheteurs disposent d'une large marge de manœuvre que cela soit pour autoriser ou pour exiger la présentation de variantes. La variante ou « offre variante est une modification, à l'initiative du candidat, de certaines des spécifications des prestations décrites dans les cahiers des charges, qui peut conduire à des propositions techniques plus performantes ou à des propositions financières plus intéressantes que celles attendues » par les acheteurs (*S. Braconnier, Précis du droit de la commande publique, préc. n° 13, p. 335*). Ainsi, une offre qui propose un procédé d'exécution différent de celui prévu dans le cahier des clauses techniques particulières constitue une variante même si le résultat obtenu correspond aux besoins définis par l'acheteur (*CAA Lyon, 23 mai 2002, n° 96LY01979, Dpt Haute-Savoie c/ préfet Haute-Savoie : JCP A 2003, 1107 , note F. Linditch*).

Qu'ils autorisent ou qu'ils exigent la présentation de variantes, les acheteurs devront préciser dans les documents de la consultation quelles sont les exigences minimales que les variantes doivent respecter (*CJCE, 16 oct. 2003, aff. C-421/01, Traunfellner GmbH : Contrats-Marchés publ. 2003, comm. 228 , note J.-P. Piétri*) et indiquer, si nécessaire, quelles sont les conditions particulières exigées s'agissant de la présentation de ces variantes (*CCP, art. R. 2151-10*).

Ils ont, tout d'abord, la possibilité d'autoriser la présentation de variantes. Les règles applicables diffèrent ici selon le type de procédure utilisée et selon le type d'acheteur à l'origine de cette procédure. En effet, dans le cadre des marchés publics passés selon une procédure formalisée, la logique est inverse selon si l'acheteur est un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice. Dans la première hypothèse, les variantes sont en principe interdites à moins que le pouvoir adjudicateur fasse expressément le choix d'accepter les variantes en l'indiquant dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt. Dans la seconde hypothèse, elles sont en principe autorisées sauf si l'entité adjudicatrice décide expressément de les refuser en l'indiquant dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt. Dans le même sens, s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée, le principe est que les variantes sont autorisées, à moins que l'acheteur décide de les interdire en le précisant expressément au travers des documents de la consultation (*CCP, art. R. 2151-8*). S'agissant plus spécifiquement des marchés passés en procédure adaptée, le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser que, lorsque les variantes sont autorisées, il n'est pas nécessaire qu'elles soient accompagnées d'une offre de base à moins que cela ne soit exigé par l'acheteur. Or, cette exigence peut se déduire des dispositions du règlement de la consultation (*CE, 20 sept. 2019, n° 421317, Sté BGC : JurisData n° 2019-016202 ; Contrats- Marchés publ. 2019, comm. 374 , obs. E. Muller*). Quoi qu'il en soit, et quelle que soit la procédure utilisée, les acheteurs ont donc la possibilité d'autoriser ou d'interdire les variantes.

De la même manière, les acheteurs peuvent imposer aux soumissionnaires la présentation de variantes. Ils doivent toutefois informer les soumissionnaires de cette exigence en l'indiquant *“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”* (*CCP, art. R. 2151-9*).

De plus, il convient de relever une limite au pouvoir d'appréciation des acheteurs s'agissant des variantes proposées dans le cadre des marchés de fournitures ou de services. En effet, dans de tels marchés le fait qu'une variante puisse aboutir à transformer l'objet du marché public – celui-ci devenant un marché de services au lieu d'un marché de fournitures ou un marché de fournitures au lieu d'un marché de services – n'autorise pas à lui seul les acheteurs à rejeter une telle variante (*CCP, art. R. 2151-11*).

Enfin, il convient de rappeler que – conformément aux règles applicables en matière d'allotissement – les opérateurs économiques n'ont pas le droit de présenter des offres variables en fonction du nombre de lots qu'ils sont susceptibles d'obtenir (*CCP, art. L. 2151-1 . – V. n° 74*).

B) Vérification des offres

§ 144 Première étape de vérification : l'examen des délais de réception des offres

Les acheteurs sont compétents pour fixer les délais de réception des offres mais leur pouvoir est encadré dans la mesure où ils doivent déterminer ces délais *“en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur offre”* (CCP, art. R. 2151-1). De plus, dans le cadre des procédures formalisées, des délais minimaux sont fixés pour chacune des procédures (CCP, art. R. 2151-2, al. 1er . – V. n° 161 s.) ce qui contraint davantage encore le choix des acheteurs. Pour autant, le respect de ces délais minimaux n'empêche pas que le juge contrôle si les délais prévus ne sont pas manifestement insuffisants pour permettre aux opérateurs économiques de présenter une offre (CE, 11 juill. 2018, n° 418021, Communauté agglomération Nord Grande-Terre : JurisData n° 2018-012540 ; Contrats- Marchés publ. 2018, comm. 218 , note S. Hul). Par ailleurs, si les acheteurs ne publient pas certains des documents de la consultation pour l'une des raisons mentionnées à l'article R. 2132-5, ils doivent augmenter de 5 jours le délai minimal de réception des offres prévu pour la procédure formalisée qu'ils mettent en œuvre. Cette augmentation du délai minimal de réception des offres s'impose aux acheteurs, *“sauf urgence dûment justifiée”* (CCP, art. R. 2151-2, al. 2). Enfin, s'il s'avère que *“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 acheteurs doivent prévoir des délais de réception suffisants, ce qui implique que les délais retenus permettent *“à tous les opérateurs économiques de prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour l'élaboration de leurs offres”* (CCP, art. R. 2151-3).

Les acheteurs peuvent être tenus de prolonger le délai de réception des offres dans deux hypothèses. En premier lieu, le délai peut être prolongé *“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”* (CCP, art. R. 2151-4, 1°). Le code prévoit un délai de 6 jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres dans le cadre des procédures formalisées, et un délai de 4 jours lorsque l'urgence justifie de réduire le délai de réception des

offres (*CCP, art. R. 2132-6*). Par ailleurs, et en second lieu, ce délai peut être prolongé si les documents de la consultation font l'objet de modifications importantes (*CCP, art. R. 2151-4, 2°*). Dans l'une comme dans l'autre de ces hypothèses, la durée de la prolongation n'est pas laissée à la libre appréciation des acheteurs. Celle-ci doit être “*proportionnée à l'importance des informations demandées ou des modifications apportées*” (*CCP, art. R. 2151-4*).

Surtout, les acheteurs doivent vérifier le respect des délais de réception des offres qu'ils ont fixés car ils sont tenus d'éliminer les offres reçues hors délai (*CCP, art. R. 2151-5*).

§ 145 Deuxième étape de vérification : le sort des offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées

Après avoir éliminé les offres hors délai, les acheteurs doivent vérifier si les offres restantes ne sont pas des offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées (*CCP, art. R. 2152-1 et R. 2152-2*). En principe l'acheteur doit éliminer les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées (*CCP, art. L. 2152-1*). Toutefois, le sort de ces offres n'est pas nécessairement arrêté. Ici encore, la capacité d'appréciation des acheteurs varie en fonction du type de procédure mis en œuvre.

Ainsi, quelle que soit la procédure utilisée, les acheteurs peuvent autoriser la régularisation par les soumissionnaires des offres irrégulières s'il ne s'agit pas d'offres anormalement basses. Dans ce cas, la possibilité de régulariser doit être ouverte à tous les soumissionnaires qui ont présenté des offres irrégulières, à condition que cette régularisation ne modifie pas des caractéristiques substantielles de leurs offres (*CCP, art. R. 2152-2*).

En dehors de cette possibilité, le sort des offres irrégulières ou inacceptables varie en fonction du type de procédure adaptée mise en œuvre :

- s'il s'agit d'une procédure adaptée sans négociation ou d'une procédure d'appel d'offres, ces offres doivent être éliminées (*CCP, art. R. 2152-1, al. 1er*). Il n'en ira autrement que pour les offres irrégulières si l'acheteur a autorisé leur régularisation dans les conditions précitées ;
- s'il s'agit d'une autre procédure, seules les offres inappropriées doivent automatiquement être éliminées. Il en va autrement des offres irrégulières ou

inacceptables, dans la mesure où celles-ci vont pouvoir devenir régulières ou acceptables grâce au jeu de la négociation ou du dialogue, exception faite ici aussi des offres anormalement basses. Pour autant, si ces offres demeurent irrégulières ou inacceptables à la fin du dialogue ou de la négociation, elles doivent être éliminées, à moins que l'acheteur n'autorise la régularisation de toutes les offres irrégulières dans un délai approprié, en dehors des offres anormalement basses (*CCP, art. R. 2152-2*). Sur ce point les textes ne reprennent pas tout à fait la jurisprudence antérieure qui autorisait également la négociation avec les candidats ayant présenté des offres inappropriées (*CE, 30 nov. 2011, n° 353121, min. Défense et Anciens combattants c/ EURL Qualitech : JurisData n° 2011-026704 ; BJCP 2012, p. 86 , concl. N. Boulouis*).

En définitive, seules les offres inacceptables doivent être systématiquement rejetées.

§ 146 Troisième étape de vérification : le sort des offres anormalement basses

Les offres anormalement basses sont traditionnellement envisagées avec méfiance car elles laissent supposer une absence de fiabilité de l'offre ou un non-respect des règles concurrentielles. L'offre anormalement basse est ainsi définie comme “*une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché*” (*CCP, art. L. 2152-5*) et les acheteurs sont tenus de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour déceler de telles offres (*CCP, art. L. 2152-6, al. 1er*). Néanmoins, ces offres ne peuvent par principe être rejetées avant que le soumissionnaire n'ait été mis à même de justifier son offre (*CJUE, 29 mars 2012, aff. C-599/10, SAG ELV Slovensco : JurisData n° 2012-014727 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2012, comm. 179 , note W. Zimmer. – CE, ass., 5 mars 1999, n° 163328, Président AN : JurisData n° 1999-050091 ; Lebon, p. 41 ; AJDA 1999, p. 409 , chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; RD imm. 1999,*

p. 230 , obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux. – CE, 29 oct. 2013, n° 371233, Dpt Gard : JurisData n° 2013-024425 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2013, comm. 5 , note J.-P. Pietri).

La définition donnée par le code permet d'affirmer qu'une offre ne peut être rejetée comme anormalement basse qu'au regard de son prix (TA Rennes, ord., 9 mars 2020, n° 2000630 , Sté Marine Assistance : Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, comm. 179 , obs. E. Muller).

Ainsi, le code précise que “Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre” (CCP, art. L. 2152-6, al. 2). Les acheteurs étant tenus de rejeter les offres anormalement basses (CCP, art. L. 2152-6, al. 3), le code encadre la vérification de telles offres pour qu'ils ne rejettent pas à tort des offres valables et pour qu'ils soient bien obligés de rejeter les offres qui sont réellement anormalement basses.

Ainsi, lorsqu'une offre semble anormalement basse l'acheteur doit demander au soumissionnaire de justifier “le prix ou les coûts proposés dans son offre [...] eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché qu'il envisage de sous-traiter” (CCP, art. R. 2152-3). L'appréciation du caractère anormalement bas doit alors être effectuée en considérant le prix d'une façon globale (CE, 13 mars 2019, n° 425191, Sté Sépur : JurisData n° 2019-003860 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2019, comm. 189 , note M. Ubaud-Bergeron).

Le Code de la commande publique fixe une liste des différents aspects qui peuvent être pris en compte pour justifier le prix ou les coûts proposés. Il s'agit d'une liste non exhaustive dans la mesure où elle précise que peuvent « notamment » être pris en compte :

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'État par le soumissionnaire (CCP, art. R. 2152-3).

Une fois ces justifications transmises, l'acheteur doit se prononcer sur le rejet ou non de l'offre (CCP, art. R. 2152-4 et R. 2152-5). S'il estime que les informations fournies ne sont pas satisfaisantes et ne permettent pas de justifier le niveau bas du prix ou des coûts proposés, il doit rejeter l'offre. De la même manière, si l'examen des justifications fournies lui permet d'établir que le bas niveau du prix ou des coûts résulte du non-respect du droit de l'environnement, ou du droit social et du travail, l'acheteur doit rejeter l'offre (CCP, art. R. 2152-4).

À l'inverse, si le caractère anormalement bas de l'offre résulte de l'obtention d'une aide d'État, il ne peut pas rejeter l'offre sans avoir permis au soumissionnaire de démontrer qu'il s'agit d'une aide compatible avec le marché intérieur et, s'il rejette l'offre il doit en informer la Commission européenne (CCP, art. R. 2152-5).

Le juge administratif exerce un contrôle restreint limité à l'erreur manifeste d'appréciation, ce qui laisse une certaine marge de manœuvre aux acheteurs pour apprécier si les offres sont ou non anormalement basses (V. par ex. CE, 29 oct. 2013, n° 371233, Dpt Gard : JurisData n° 2013-024425 ; Contrats- Marchés publ. 2014, comm. 5). Cela n'empêche pas qu'un contrôle soit exercé (V. par ex. CAA Marseille, 20 mai 2019, n° 18MA01161 et n° 18MA01291, Sté C Propre : JurisData n° 2019-012753 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2019, comm. 266 , obs. E. Muller qui rejette l'utilisation de références purement théoriques pour démontrer le caractère anormalement bas. – Ou CAA Marseille, 27 janv. 2020, n° 18MA02886 : JurisData n° 2020-002878 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, comm. 105 , obs. J. Diethenoeffter où les juges considèrent que le caractère anormalement bas ne peut pas être démontré par l'analyse du prix de la tranche conditionnelle ni par la référence à l'estimation initiale du marché lorsque l'offre retenue est inférieure à celle rejetée).

C) Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

§ 147 Cadre général

Pour les acheteurs, l'objectif des différentes procédures de passation est d'aboutir au choix du

meilleur cocontractant possible en tant qu'attributaire du marché en identifiant l'offre économiquement la plus avantageuse. Pour déterminer parmi les différentes offres laquelle doit être considérée ainsi, les acheteurs doivent juger les offres “sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution” (CCP, art. L. 2152-7).

Quelle que soit la procédure utilisée, les acheteurs doivent classer les offres “par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution” (CCP, art. R. 2152-6). Le classement des différentes offres permettra de désigner l'attributaire du marché.

En principe, les acheteurs bénéficient d'une grande liberté dans la détermination de ces critères (CJCE, 27 oct. 2005, aff. C-234/03, *Contse SA , Vivol Sarl, Oxygen Salud SA : Contrats- [Marchés](#)* publ. 2006, comm. 37 , note Zimmer ; JCP A 2006, 1021, chron. Katz. – CE, 28 avr. 2006, n° 280197, *Cne Toulouse : JurisData n° 2006-070072 ; Contrats- [Marchés](#)* publ. 2006, comm. 165 , note Eckert). Toutefois, il ne s'agit pas d'une liberté totale car ces critères ne doivent pas leur offrir “une liberté de choix illimitée” et doivent garantir “la possibilité d'une véritable concurrence”, ce qui justifie qu'ils soient rendus publics (CCP, art. L. 2152-8). Le juge vérifiera donc que les critères choisis ne créent pas des discriminations (CE, 7 mars 2005, n° 274286, *Communauté urbaine Lyon : JurisData n° 2005-068181 ; AJDA 2005, p. 1128 , note Markus ; BJCP 40/2005, p. 202 concl. Dacosta ; Contrats- [Marchés](#)* publ. 2005, comm. 148 , note Pietri), qu'ils présentent bien un lien avec l'objet du marché public (CE, 25 juill. 2001, n° 229666, *Cne Gravelines : JurisData n° 2001-062795 ; BJCP 19/2001, p. 490 , concl. Piveteau ; Contrats- [Marchés](#)* publ. 2001, comm. 188 , note Soler-Couteaux), qu'ils sont suffisamment précis (CE, 15 déc. 2008, n° 310380, *Communauté urbaine Dunkerque : JurisData n° 2008-074760 ; JCP A 2008, 2040 , note F. Linditch ; Contrats- [Marchés](#)* publ. 2009, comm. 36 , note F. Olivier), mais également si l'acheteur n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation lors du choix des critères (CE, 20 févr. 2013, n° 363244 , *Sté American express voyages : JurisData n° 2013-003239 ; Contrats- [Marchés](#)* publ. 2013, comm. 117 , note J.-P. Pietri. – CE, 26 févr. 2020, n° 436428, *Cne Saint-Julien-en-Genevois : JurisData n° 2020-002489 ; Contrats- [Marchés](#)* publ. 2020, comm. 158 , note G. Eckert).

En réalité, les acheteurs n'ont que deux options : soit l'utilisation d'un critère unique, soit l'utilisation d'une pluralité de critères (CCP, art. R. 2152-7, 1° et 2°). Ils doivent, en toutes

hypothèses, s'assurer *“que les critères d'attribution retenus puissent être appliqués tant aux variantes qu'aux offres de base”* (CCP, art. R. 2152-7).

§ 148 Utilisation d'un critère unique d'attribution

La liberté des acheteurs est étroitement encadrée s'agissant de la possibilité d'utiliser un critère unique d'attribution. Il est en effet expressément indiqué que ce critère ne peut être que le prix du marché public ou son coût.

S'agissant tout d'abord de l'utilisation du critère du prix, la nouveauté par rapport aux dispositions du Code des marchés publics est que les acheteurs ne peuvent utiliser le prix comme critère unique que si le marché public a *“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”* (CCP, art. R. 2152-7, 1^o, a). Cette précision a pour objectif d'éviter que les acheteurs n'utilisent – par facilité – le critère du prix lorsque celui-ci n'apparaît pas comme un critère d'attribution adapté au regard du marché. À ce sujet, le considérant 90 de la directive 2014/24/UE précise que l'objectif est de *“favoriser les passations de marchés publics davantage orientées vers la qualité”*. Le juge administratif a d'ailleurs déjà eu l'occasion de censurer des procédures de passation retenant le prix comme critère unique alors que la complexité de l'objet du marché justifiait au contraire de retenir une pluralité de critères (CE, 6 avr. 2007, n^o 298584, Dpt Isère : *JurisData* n^o 2007-071748 ; *Lebon T.*, p. 745 ; *BJCP* 2007, p. 293 , *concl. Boulouis* ; *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2007, *comm.* 171 , *note J.-P. Pietri*). Cela signifie donc que le critère du prix, comme n'importe quel autre critère, doit être justifié par l'objet du marché ou par ses conditions d'exécution. En tant que critère unique ce ne sera le cas que pour les achats de services ou de fournitures standardisés pour lesquels seul le prix est susceptible de différencier les différentes offres et de faire ressortir celle qui est économiquement la plus avantageuse.

Toutefois, le prix n'est pas la seule option offerte aux acheteurs lorsque ceux-ci souhaitent utiliser un critère d'attribution unique. Ils ont également la possibilité d'utiliser le coût en tant que critère unique d'attribution. Celui-ci doit être *“déterminé selon une approche globale qui peut être*

fondée sur le coût du cycle de vie” (CCP, art. R. 2152-7, 1° , b). Lorsque les acheteurs décident d'utiliser le coût comme critère unique et de déterminer ce coût en se fondant sur le coût du cycle de vie, ils doivent indiquer dans les documents de la consultation quelles sont les données que devront produire les soumissionnaires ainsi que la méthode utilisée pour déterminer quel est le coût du cycle de vie (CCP, art. R. 2152-9 et R. 2152-10). Les coûts à prendre en compte pour évaluer le coût du cycle de vie concernent aussi bien les coûts supportés par les acheteurs ou d'autres utilisateurs que les externalités environnementales produites.

Qu'il s'agisse du simple « coût » ou du « coût » du cycle de vie, le coût apparaît donc comme un critère plus englobant que le seul prix, permettant de prendre en considération toutes les dépenses liées à un produit fourni, à un service réalisé ou à des travaux exécutés. Il n'en demeure pas moins que, dans sa détermination, le critère du coût doit être justifié par l'objet du marché ou par ses conditions d'exécution.

§ 149 Utilisation d'une pluralité de critères

Le code envisage l'utilisation d'un critère unique d'attribution comme une situation exceptionnelle, ce qui signifie que le principe est l'utilisation d'une pluralité de critères par les acheteurs afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Parmi les caractéristiques exigées, les critères utilisés ne doivent pas être discriminatoires, et ils doivent être liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution (CCP, art. R. 2152-7, 2°). Par ailleurs, ces critères doivent nécessairement intégrer soit le prix soit le coût parmi la pluralité de critères. Il s'agit d'une nouveauté imposée en application du droit de l'Union européenne, même si la transposition ne reprend pas les dispositions des directives à la lettre. Il apparaît ainsi clairement qu'une procédure d'attribution qui ne ferait appel ni au prix, ni au coût parmi ses critères d'attribution serait illégale. Néanmoins, cette nouveauté ne signifie pas que la mise en concurrence des soumissionnaires devrait nécessairement passer par le prix ou par le coût du marché public : ces critères peuvent être neutralisés en étant exprimés sous la forme d'un prix ou d'un coût fixe.

De plus, en dehors du critère du prix ou du coût, les acheteurs doivent utiliser d'autres critères intégrant des aspects qualitatifs, des aspects environnementaux ou des aspects sociaux. Le code précise qu'il peut s'agir, par exemple, 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.

Cette liste n'étant donnée qu'à titre d'exemple, les acheteurs ont la possibilité de prendre en compte d'autres critères si ces derniers sont justifiés par l'objet du marché public (*CCP, art. R. 2152-7, 2°* . – V. par ex. *CAA Paris, 31 janv. 2020, n° 17PA20118, n° 17PA20114, n° 17PA20115, n° 17PA20116 et n° 17PA20117* : *JurisData n° 2020-002877* ; *Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 104, note J. Diethoeffer*).

À ce sujet, il convient de relever que les considérations sociales apparaissent parmi les critères d'attribution conformément à la jurisprudence Département de l'Isère (*CE, 25 mars 2013, n° 364950, Dpt Isère* : *JurisData n° 2013-005637* ; *Lebon, p. 56* ; *JCP A 2013, act. 316, obs. L. Erstein* ; *JCP A 2013, 2150, note F. Jourdan* ; *AJCT 2013, p. 294, note S. Hul* ; *AJDA 2013, p. 1398, note J. Martin*) mais que le Conseil d'État exige toujours l'existence d'un lien avec l'objet du marché, ce qui interdit l'utilisation de la responsabilité sociale de l'entreprise comme critère d'attribution (*CE, 25 mai 2018, n° 417580, Nantes Métropole* : *JurisData n° 2018-008660* ; *JCP A 2018, 2231, note J. Martin*). Des évolutions restent possibles, le Conseil d'État ayant admis dans le cadre d'une délégation de service public qu'un critère relatif à la création d'emplois induits par l'activité objet du contrat présente un lien direct avec les conditions d'exécution de ce dernier (*CE,*

20 déc. 2019, n° 428290, Sté Edeis : *JurisData* n° 2019-023109 ; *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2020, *comm.* 91 , *note H. Hoepffner*).

ATTENTION

L'utilisation d'une pluralité de critères s'impose en cas de dialogue compétitif et pour les partenariats d'innovation (CCP, art. R. 2152-8), ce qui signifie a contrario que ces modalités d'achat interdisent le recours au critère unique du prix.

§ 150 Information sur les critères d'attribution

Les critères d'attribution et leurs modalités de mise doivent faire l'objet d'une publicité. Cela signifie donc que les acheteurs doivent indiquer quels sont ces critères dans les documents de la consultation (*CCP, art. R. 2152-11*). En revanche, ils ne doivent normalement pas indiquer quels sont les sous-critères. Il n'en va autrement que si les sous-critères peuvent être assimilés à de véritables critères (*CE, 18 juin 2010, n° 337377, Cne Saint-Pal-de-Mons : JurisData n° 2010-009438 ; Contrats- [Marchés](#) publ.* 2010, *comm.* 271 , *note Ph. Rees.* – *CE, 2 août 2011, n° 348711, Synd. mixte Vallée Orge Aval : JurisData n° 2011-015772 ; Lebon T., p. 1006 ; BJCP 2011, p. 435 , concl. B. Dacosta ; Contrats- [Marchés](#) publ.* 2011, *comm.* 286 , *note W. Zimmer ; RJEP 2012, comm.* 8 , *note F. Brenet.* – *CAA Nantes, 7 déc. 2018, n° 17NT03800, Sté La Maison Bleue et CAS Saint-Malo : JurisData n° 2018-024597 ; Contrats- [Marchés](#) publ.* 2019, *comm.* 37 , *note M. Ubaud-Bergeron*). Les éléments d'appréciation des sous-critères n'ont, quant à eux, pas à être indiqués aux candidats (*CE, 6 avr. 2016, n° 388123, Cne Bohalle : JurisData n° 2016-006909 ; Contrats- [Marchés](#) publ.* 2016, *comm.* 147 , *note M. Ubaud-Bergeron*). Enfin, il faut préciser que les critères comme les sous-critères doivent permettre de différencier les offres, à défaut de quoi ils seront jugés illégaux (*CAA Versailles, 29 mai 2019, n° 18VE03767 : JurisData n° 2019-010255 ; Contrats- [Marchés](#) publ.* 2019, *comm.* 260 , *note J. Diethoeffer*).

§ 151 Information sur le recours à la pondération ou à la hiérarchisation

Les obligations des acheteurs ne sont pas les mêmes s'agissant du recours à la pondération ou à la hiérarchisation selon si le marché est passé selon une procédure formalisée ou selon une procédure adaptée.

Dans le cadre des marchés passés selon une procédure formalisée, les acheteurs doivent en principe avoir recours à la pondération des critères, cette pondération pouvant *“être exprimée sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié”*. Ce n'est que si cette pondération *“n'est pas possible pour des raisons objectives”* qu'ils peuvent avoir recours à la hiérarchisation, c'est-à-dire indiquer les critères par ordre décroissant d'importance (*CCP, art. R. 2152-12*).

En revanche, le code n'impose pas le recours de principe à la pondération et, par exception, à la hiérarchisation des différents critères utilisés dans le cadre des marchés passés en procédure adaptée. Pour autant, « s'il est loisible au pouvoir adjudicateur, lorsqu'il passe un marché selon une procédure adaptée [...] de pondérer ou de hiérarchiser les critères de sélection qu'il retient, y compris en leur attribuant une égale importance, il est tenu d'informer les candidats de son choix de mise en œuvre des critères de sélection » (*CE, 26 sept. 2012, n° 359389, GIE « Groupement des poursuites extérieures » : JurisData n° 2012-021551 ; RJEP 2013, comm. 7 , concl. G. Pelissier*). En réalité, les acheteurs doivent préciser s'ils retiennent une hiérarchisation et/ou une pondération des différents critères, ou alors s'ils donnent la même valeur à tous les critères d'attribution utilisés. Ainsi, même si la liberté des acheteurs est plus grande que dans le cadre des procédures formalisées, elle reste circonscrite afin d'assurer le respect des principes généraux de la commande publique.

§ 152 Liberté encadrée pour déterminer la méthode de notation retenue

Les acheteurs n'ont pas à communiquer la méthode de notation des offres (*CE, 31 mars 2010, n° 334279 , Collectivité territoriale de Corse : JurisData n° 2010-003023 ; Lebon T., p. 848 ;*

BJCP 2010, p. 241 , concl. N. Boulouis ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2010, comm. 240 , note P. Devillers) mais le juge va vérifier que la mise en œuvre de la méthode retenue n'a pas faussé la concurrence entre les différents soumissionnaires (CAA Lyon, 28 nov. 2019, n° 17LY03188, Cne Beaufort : JurisData n° 2019-024112 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, comm. 46 , obs. E. Muller). Il censurera ainsi la procédure s'il apparaît que la méthode retenue entraîne une discrimination illégale, notamment parce qu'elle affecte l'importance respective de chacun des critères (CE, 18 déc. 2012, n° 362532, Dpt Guadeloupe : JurisData n° 2012-029899 ; Lebon T., p. 844 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2013, comm. 28 , note W. Zimmer ; CP-ACCP 2013, p. 73 , note Jacob et Pictet. – CE, 29 oct. 2013, n° 370789 , Val-d'Oise Habitat : JurisData n° 2013-024424 ; Lebon T., p. 703 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2014, comm. 4 , note P. Devillers. – CE, 15 févr. 2013, n° 363854 à n° 363855, Sté SFR : JurisData n° 2013-002216 ; Lebon T., p. 691 ; BJCP 2013, p. 295 , concl. G. Pellissier ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2013, comm. 105 , note J.-P. Pietri. – CE, 3 nov. 2014, n° 373362, Cne Belleville-sur-Loire : JurisData n° 2014-026334 ; BJCP 2014, p. 112 , concl. G. Pellissier ; AJDA 2015, p. 532 , H. Hoepffner. – CE, 1er juill. 2015, n° 381095, SNEGSO : JurisData n° 2015-016628 ; BJCP 2015, p. 436 , concl. B. Dacosta. – CE, 7 mars 2018, n° 415675, CH Péronne : JurisData n° 2018-003120 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2018, comm. 102 , note M. Ubaud-Bergeron). Le Conseil d'État a même eu l'occasion de préciser que les acheteurs ne peuvent pas demander aux soumissionnaires de s'autoévaluer sur un critère ou un sous-critère (CE, 22 nov. 2019, n° 418460, Dpt Isère : JurisData n° 2019-020724 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, comm. 40 , note M. Ubaud-Bergeron).

Il s'agit ici de s'assurer que la mise en œuvre des critères d'attribution permet véritablement aux acheteurs de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

5° Achèvement de la procédure Règles communes aux différentes procédures de passation

§ 153 Mise au point du marché public

Une fois le classement opéré et le choix de l'attributaire effectué, et avant que le marché public ne

soit signé, les acheteurs peuvent “*procéder à une mise au point des composantes du marché*”. Cette phase de mise au point doit cependant être utilisée avec prudence pour ne pas remettre en cause la procédure de passation : le code précise qu'elle ne doit pas conduire à une modification “*des caractéristiques substantielles de l'offre ou du marché*” (*CCP, art. R. 2152-13*). En effet, elle ne doit pas pouvoir être assimilée à une négociation de l'offre conduisant à en modifier certains éléments substantiels (*CAA Bordeaux, 14 nov. 2017, n° 15BX03734, Sté Hélicoptère : JurisData n° 2017-025309 ; Contrats- Marchés publ. 2018, comm. 2*).

§ 154 Informations des candidats et des soumissionnaires évincés

Le Code de la commande publique impose aux acheteurs d'informer de leur choix les candidats et les soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue à l'issue de la procédure de passation (*CCP, art. L. 2181-1*). Cette notification doit intervenir sans délai (*CCP, art. R. 2181-1*) et elle concerne toutes les procédures , y compris les marchés passés selon une procédure adaptée. Il s'agit d'une innovation qui rompt avec la jurisprudence antérieure qui refusait d'étendre cette obligation aux marchés passés selon une procédure adaptée (*CE, 19 janv. 2011, n° 343435 : JurisData n° 2011-000392 ; Lebon, p. 11 ; JCP A 2011, 2095 , note F. Linditch ; RJEP 2011, comm. 22 , obs. D. Moreau ; Contrats- Marchés publ. 2011, comm. 92 , note G. Eckert*).

Lorsque le marché a été passé selon une procédure adaptée, le code précise que les acheteurs doivent communiquer aux candidats ou aux soumissionnaires qui en font la demande les motifs du rejet de leur candidature ou de leur offre sous un délai de 15 jours à compter de la réception de cette demande. De plus, lorsque l'offre qui a été rejetée n'était ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, les acheteurs doivent indiquer parmi les motifs justifiant le rejet quels sont “*les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché*” (*CCP, art. R. 2181-2*).

Lorsque le marché a été passé selon une procédure formalisée, l'acheteur doit également notifier ses décisions de rejet des candidatures ou des offres immédiatement à chaque candidat ou à chaque soumissionnaire concerné. Toutefois, à la différence des marchés passés en procédure

adaptée, il doit aussi communiquer les motifs du rejet des candidatures ou des offres (*CCP, art. R. 2181-3, al. 1er*). Par ailleurs, si l'acheteur notifie le rejet après l'attribution du marché, il doit communiquer aux candidats ou aux soumissionnaires concernés le nom de l'attributaire du marché, les raisons qui l'ont poussé à choisir son offre, ainsi que la date à partir de laquelle il pourra signer le marché tout en respectant le délai de *standstill* (*CCP, art. R. 2182-3, al. 2*). Enfin, les soumissionnaires qui ont fait une offre qui a été rejetée alors qu'elle n'était ni irrégulière, ni inacceptable, ni inappropriée, peuvent demander la communication de certaines informations à l'acheteur qui doit les effectuer dans les meilleurs délais et au plus tard 15 jours à compter de la réception de cette demande. Il s'agit des informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations ou du dialogue lorsque des négociations ou un dialogue sont mis en œuvre sans être achevés. En revanche, lorsque le marché a déjà été attribué, ces informations concernent les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue (*CCP, art. R. 2181-4*).

§ 155 Respect du délai de *standstill*

Dans le cadre des marchés publics passés selon une procédure formalisée, les acheteurs doivent respecter un délai minimal entre la date d'envoi des notifications de rejet des offres et la signature du marché public (sur cette question, *F. Dieu, Le respect du délai de standstill. Une obligation essentielle pour les pouvoirs adjudicateurs, une information primordiale pour les entreprises évincées : JCP A 2012, 2103*). Ce délai est qualifié de délai de *standstill* et est en principe de 11 jours. Il est toutefois porté à 16 jours si les notifications de rejet ne sont pas transmises par voie électronique (*CCP, art. R. 2182-1*). Le respect de ce délai de *standstill* constitue une obligation (*CE, 1er juin 2011, n° 346405, Sté Koné : JurisData n° 2011-010539 ; Dr. adm. 2011, comm. 85, note F. Brenet ; Contrats- [Marchés publ.](#) 2011, comm. 219, note J.-P. Pietri ; JCP A 2011, 2258, note F. Linditch*). Toutefois, cette obligation n'a pas à être respectée par les acheteurs s'ils attribuent le marché public au seul opérateur économique qui a participé à la consultation, ni lorsqu'ils attribuent des marchés subséquents fondés sur un accord-cadre, ou des marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique (*CCP, art. R. 2182-2*).

Le respect du délai de *standstill* ne concerne que les marchés passés selon une procédure formalisée. En effet, certaines juridictions du fond avaient considéré qu'un délai de *standstill* « adapté » devait être mis en place dans le cadre de la procédure adaptée (*CAA Bordeaux*, 7 juin 2011, n° 09BX02775, *Assoc . Collectif des citoyens de Breuil-Coiffault* : *JurisData* n° 2011-014463 ; *Mon. TP* 29 juill. 2011, *suppl. TO*, p. 22 ; *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2011, *comm.* 257 , *obs. F. Llorens*. – *CAA Versailles*, 15 juill. 2011, n° 10VE01838, *Cne Aubervilliers* : *CP-ACCP* 2011, p. 15 , n° 115 ; *BJCP* 2011, n° 79, p. 475 . – *CAA Marseille*, 19 déc. 2011, n° 09MA02011, *Sté Hexagone 2000* : *JurisData* n° 2011-032409 ; *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2012, *comm.* 88 ; *CP-ACCP* 2012, n° 121, p. 93 , *note A. Ruellan*. – *TA Cergy-Pontoise*, 27 avr. 2012, *Gachi c/ Cne Villeneuve-la-Garenne* : *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2012, *comm.* 217 ; *AJDA* 2012, p. 1607 . – *CAA Nantes*, 28 mars 2013, n° 11NT03159, *SAS Guèble* : *CP-ACCP* 2013, p. 13 , n° 131, *obs. C. Ribot*) mais le Conseil d'État a rejeté cette solution (*CE*, 11 déc. 2013, n° 372214, *Sté antillaise de sécurité* : *JurisData* n° 2013-028688 ; *JCP A* 2013, *act.* 979 ; *JCP A* 2014, 2144 , *note F. Linditch*). Il a également précisé que le non-respect d'un délai de *standstill* facultatif par l'acheteur n'est pas susceptible d'entraîner l'annulation du marché dans le cadre d'un référé contractuel (*CE*, 17 déc. 2014, n° 385033, *Communauté cnes canton de Varilhes* : *JurisData* n° 2014-033091 ; *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2015, *comm.* 41, 53 et 54 , *obs. M. Ubaud-Bergeron* ; *JCP A* 2015, 2118 , *obs. F. Linditch*).

§ 156 Notification du marché public

À l'issue de la procédure de passation , les acheteurs doivent notifier le marché public au titulaire, c'est-à-dire au candidat dont l'offre a finalement été retenue. Le marché prendra effet à compter la date de cette notification (*CCP*, *art. R. 2182-4*), exception faite des marchés publics des collectivités territoriales soumis à une obligation de transmission au contrôle de légalité (*CCP*, *art. R. 2182-5* . – *V. not. CGCT*, *art. L. 2131-2*, *L. 3131-2 et L. 4141-2*). La notification du marché constitue donc le point de départ de son délai d'exécution (*CAA Nancy*, 3 mars 2015, n° 14NC00670, *Sté Nord Est TP Canalisations* : *JurisData* n° 2015-008675 ; *Contrats- [Marchés](#) publ.* 2015, *comm.* 124 , *obs. H. Hoepffner*).

§ 157 Signature du marché public

La signature formalise la conclusion du marché public et l'engagement des cocontractants. Elle passe par la signature de l'acte d'engagement, même si les textes ne mentionnent plus cet acte contrairement à l'ancien Code des marchés publics . Quelle que soit la procédure utilisée, il est possible de signer le marché public électroniquement (*CCP, art. R. 2182-3*). Les conditions à respecter pour signer électroniquement le marché sont actuellement fixées par un arrêté du 22 mars 2019 qui est annexé au Code de la commande publique (*CCP, ann. 12*).

§ 158 Publication d'un avis d'attribution

Les acheteurs doivent assurer la publicité de leur choix à l'issue de la procédure en publiant un avis d'attribution (*CCP, art. L. 2183-1*). Toutefois, cette obligation ne concerne que les marchés qui répondent à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens. La publication doit intervenir sous un délai de 30 jours au plus à compter de la signature du marché public et ses modalités varient en fonction de la nature de l'acheteur à l'origine de la procédure de passation et en fonction du type de marché passé. Ainsi, l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements doivent publier cet avis dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne. Les autres acheteurs ne sont tenus de le publier qu'au JOUE. De la même manière, et quel que soit l'acheteur, une publication au JOUE suffit pour les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques (*CCP, art. R. 2183-1*). Le contenu de l'avis d'attribution doit être établi conformément au modèle proposé par la Commission européenne (*CCP, art. R. 2183-2*). De plus, si un avis de préinformation ou un avis d'attribution a été utilisé pour effectuer l'appel à la concurrence et que les acheteurs décident de ne pas attribuer

de nouveaux marchés lors de la période couverte par l'avis, ils doivent le faire apparaître expressément dans l'avis d'attribution (CCP, art. R. 2183-6).

Toutefois, certaines informations peuvent ne pas figurer dans l'avis d'attribution “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” (CCP, art. R. 2183-5). Dans le même sens, les informations concernant la nature et la quantité des services peuvent être limitées si le marché a été passé par une entité adjudicatrice et qu'il porte sur des services de recherche et développement (CCP, art. R. 2183-7).

Enfin, des règles particulières s'appliquent lorsque sont passés des marchés subséquents fondés sur un accord-cadre, des marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique ou des marchés ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques. En effet, les acheteurs ne sont pas tenus de publier un avis d'attribution lorsqu'ils passent des marchés subséquents fondés sur un accord-cadre (CCP, art. R. 2183-3). Par ailleurs, les acheteurs peuvent regrouper les avis d'attribution sur une base trimestrielle dans le cadre des marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique et pour les marchés de services sociaux et autres services spécifiques. Ils doivent alors envoyer “ces avis groupés pour publication au plus tard trente jours après la fin de chaque trimestre” (CCP, art. R. 2183-4).

§ 159 Possibilité d'abandonner la procédure

Les acheteurs conservent la possibilité d'abandonner les procédures de passation de leurs marchés à tout moment : ils ne sont jamais tenus de mener une procédure à son terme. Ils peuvent ainsi décider de déclarer une procédure sans suite à n'importe quel moment (CCP, art. R. 2185-1). Leur seule obligation est alors d'informer les opérateurs économiques qui ont participé à la procédure en leur communiquant les raisons qui les ont conduits à décider de ne pas attribuer le marché ou à recommencer la procédure (CCP, art. R. 2185-2).

III. RÈGLES SPÉCIFIQUES AUX DIFFÉRENTES PROCÉDURES ET AUX TECHNIQUES PARTICULIÈRES D'ACHAT

§ 160 Présentation

Dans un premier temps, il est nécessaire de distinguer les règles spécifiques applicables aux procédures formalisées (A) et celles applicables aux marchés passés selon une procédure adaptée (B). Une fois ces règles connues, il convient d'envisager les règles particulières applicables lorsque les acheteurs passent un marché à tranches (C), lorsqu'ils mettent en œuvre une technique particulière d'achat (D) ou lorsqu'ils passent certains marchés publics spécifiques (E).

A. Règles applicables aux procédures formalisées

§ 161 Plan

Les procédures formalisées s'imposent en principe aux marchés publics dont la valeur estimée est particulièrement importante. La soumission aux procédures formalisées ne s'oppose pas à l'utilisation des techniques particulières d'achat (V. n° 66 s.), ni à l'application de règles spécifiques en fonction de l'objet du marché (V. n° 60 s.). Pour autant, la soumission aux procédures formalisées suppose le respect de règles plus contraignantes que celles applicables dans le cadre des autres procédures . Celles-ci varient suivant la procédure formalisée qui est mise en œuvre.

1° Règles spécifiques à l'appel d'offres ouvert

§ 162 Délais de réception des candidatures et des offres

Dans le cadre de la procédure d'appel d'offres ouvert, les acheteurs doivent fixer un délai minimal de 35 jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché pour la réception des candidatures et des offres (*CCP, art. R. 2161-2*). Ce délai peut toutefois être réduit dans trois hypothèses (*CCP, art. R. 2161-3*). Il peut tout d'abord être ramené à *“quinze jours, si l'acheteur a publié un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence”* à condition que cet avis ait *“été envoyé pour publication trente-cinq jours au moins à douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché”* et qu'il contienne *“les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication”*. Le délai peut également être ramené à 15 jours *“lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend le délai minimal impossible à respecter”*. Il ne faut toutefois pas que l'urgence soit le résultat des agissements de l'acheteur (*CE, 4 avr. 1997, n° 145388, Dpt Ille-et-Vilaine : JurisData n° 1997-050405*). Enfin, il peut être ramené *“à trente jours si les candidatures et les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique”* (*CCP, art. R. 2161-3*).

ATTENTION

Il faut rappeler ici que, pour faire face à la crise sanitaire, l'ordonnance du 25 mars 2020 a prévu la possibilité pour les acheteurs de prolonger les délais de réception des candidatures et des offres pour les contrats conclus durant la période du 12 mars 2020 jusqu'au 23 juillet 2020 inclus (*Ord. n° 2020-319, 25 mars 2020*).

§ 163 Interdiction de négocier

Les acheteurs ne peuvent pas engager de négociation avec les soumissionnaires dans le cadre de la procédure d'appel d'offres ouvert. Ils doivent apprécier les offres telles qu'elles sont présentées par les soumissionnaires et ne disposent que de la possibilité *“de leur demander de préciser la teneur de leur offre”* (CCP, art. R. 2161-5).

§ 164 Possibilité d'inverser l'examen des candidatures et des offres

Les acheteurs ont la possibilité de procéder à l'examen des offres avant d'examiner les candidatures. Il s'agit d'une faculté laissée à la libre appréciation des acheteurs mais lorsqu'ils font ce choix, ils doivent examiner *“les candidatures de manière impartiale et transparente”* en s'assurant que leur *“connaissance des offres n'influe en rien sur l'appréciation des motifs d'exclusion ou des critères de sélection”* (CCP, art. R. 2161-4).

2° Règles spécifiques à l'appel d'offres restreint

§ 165 Délais de réception des candidatures

Les délais de réception des candidatures en appel d'offres restreint varient en fonction de la nature de l'acheteur à l'origine de la procédure de passation .

Ainsi, lorsque l'acheteur est un pouvoir adjudicateur, le délai minimal est de 30 jours. Il se calcule *“à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt”*. Ce délai peut être réduit si une situation d'urgence empêche de le respecter (à

condition que l'urgence ne soit pas le résultat d'agissements de l'acheteur, *CE, 4 avr. 1997, Dpt Ille-et-Vilaine, préc. n° 162*), sans pouvoir aller en deçà d'un délai de 15 jours.

La souplesse est plus importante lorsque l'acheteur est une entité adjudicatrice. En effet, dans ce cas le délai minimal est de 15 jours quelle que soit la situation (*CCP, art. R. 2161-6*).

§ 166 Délais de réception des offres

Les délais de réception des offres varient également en fonction de la nature de l'acheteur à l'origine de la procédure de passation. La liberté offerte aux acheteurs est plus ou moins importante selon si ces derniers sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices et, s'ils sont des pouvoirs adjudicateurs, selon s'ils sont ou non des autorités publiques centrales.

En effet, pour les pouvoirs adjudicateurs le délai minimal de réception des offres est *“de trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner”* (*CCP, art. R. 2161-7*). Toutefois, ce délai peut être réduit dans trois hypothèses, comme dans le cadre de l'appel d'offres restreint. Premièrement, il peut être ramené *“à dix jours si le pouvoir adjudicateur a publié un avis de préinformation qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence”* si cet avis *“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”* et s'*“il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication”*. Deuxièmement, il peut également être ramené à 10 jours si *“une situation d'urgence, dûment justifiée, rend le délai minimal impossible à respecter”*. Enfin, et troisièmement, ce délai peut être ramené à 25 jours par le pouvoir adjudicateur lorsque les offres sont transmises par voie électronique (*CCP, art. R. 2161-8*).

Cet encadrement des délais de réception des offres est un peu moins strict lorsque le pouvoir adjudicateur à l'origine de la procédure n'est pas une autorité publique centrale. En effet, dans ce cas la date limite de réception des offres peut être fixée d'un commun accord avec les candidats sélectionnés. Il suffit que la date retenue soit la même pour tous. Toutefois, à défaut d'accord avec les candidats sélectionnés, c'est le pouvoir adjudicateur qui doit fixer le délai sans

que ce dernier ne puisse être inférieur à 10 jours à partir de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner (*CCP, art. R. 2161-9*).

Enfin, les mêmes règles s'appliquent lorsque l'acheteur à l'origine de la procédure est une entité adjudicatrice (*CCP, art. R. 2161-10*).

§ 167 Interdiction de négocier

Quelle que soit la nature de l'acheteur à l'initiative de la procédure, la mise en œuvre d'une procédure d'appel d'offres restreint interdit toute négociation avec les soumissionnaires. Les acheteurs ont simplement la possibilité de leur demander de préciser la teneur de l'offre qu'ils ont présentée (*CCP, art. R. 2161-11*).

3° Règles spécifiques à la procédure avec négociation pour les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs

§ 168 Délais de réception des candidatures

Lorsqu'il s'agit de pouvoirs adjudicateurs, les acheteurs doivent en principe fixer un délai minimal de 30 jours. Ce délai se calcule à compter de la date d'envoi de l'avis de marché pour la réception des candidatures à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt si l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation. Ce délai peut toutefois être réduit et ramené à 15 jours au minimum en cas d'urgence dûment justifiée (*CCP, art. R. 2161-12*), à condition que l'urgence ne soit pas le résultat d'agissements de l'acheteur (*CE, 4 avr. 1997, Dpt Ille-et-Vilaine, préc. n° 162*).

§ 169 Exigences minimales des offres

Les pouvoirs adjudicateurs doivent indiquer dans les documents de la consultation quelles sont les exigences minimales que les offres doivent respecter (*CCP, art. R. 2161-13*).

§ 170 Délais de réception des offres initiales

Pour la réception des offres initiales, les pouvoirs adjudicateurs doivent fixer un délai qui doit, au minimum, être de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner (*CCP, art. R. 2161-14*).

Ce délai minimal peut être ramené “à dix jours si le pouvoir adjudicateur a publié un avis de préinformation qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence” à condition que cet avis ait été “envoyé pour publication trente-cinq jours au moins à douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché” et qu'il contienne “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”. Il peut également être ramené à 10 jours si une situation d'urgence “dûment justifiée, rend le délai minimal impossible à respecter”. Enfin, ce délai peut être ramené à “vingt-cinq jours si les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique” (*CCP, art. R. 2161-15*).

Par ailleurs, lorsque le pouvoir adjudicateur à l'origine de la procédure de passation n'est pas une autorité publique centrale, la date limite de réception des offres peut être fixée d'un commun accord avec les candidats sélectionnés. Il suffit que la date retenue soit la même pour tous. Toutefois, à défaut d'accord avec les candidats sélectionnés, c'est le pouvoir adjudicateur qui doit fixer le délai sans que ce dernier ne puisse être inférieur à 10 jours à partir de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner (*CCP, art. R. 2161-16*).

§ 171 Déroulement de la négociation

Les pouvoirs adjudicateurs doivent s'assurer que la négociation soit bien conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement, c'est-à-dire en traitant de la même manière l'ensemble des soumissionnaires.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider d'attribuer le marché sans négociation en se fondant sur les offres initiales. Il faut toutefois qu'ils aient indiqué dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt qu'ils se réservaient la possibilité de le faire. À défaut de cela, ils doivent négocier avec les soumissionnaires toutes les offres présentées, qu'il s'agisse des offres initiales ou des offres ultérieures. En revanche ils ne peuvent pas négocier les offres finales. Surtout, les négociations engagées ne peuvent pas porter sur les exigences minimales que les offres doivent respecter, ni sur les critères d'attribution (*CCP, art. R. 2161-17*).

Dans le cadre de la procédure avec négociation, les pouvoirs adjudicateurs peuvent choisir que la procédure se déroulera en phases successives afin de réduire le nombre d'offres à négocier. Cette réduction du nombre d'offres doit se faire en utilisant les critères d'attribution tels qu'ils ont été définis dans les documents de la consultation et elle n'est possible que lorsque les pouvoirs adjudicateurs ont précisé en amont, dans les documents de la consultation, qu'ils comptaient faire usage de cette possibilité. De plus, la réduction du nombre d'offres à négocier ne doit pas conduire à restreindre de manière trop drastique la concurrence. Dès lors, le nombre d'offres à négocier doit rester suffisamment important *“pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant d'offres remplissant les conditions requises”* (*CCP, art. R. 2161-18*).

À la suite de cette phase d'élimination, tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées doivent être en mesure de présenter une offre définitive correspondant aux attentes définies du pouvoir adjudicateur. Celui-ci doit donc informer les soumissionnaires *“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”*. Il doit ensuite laisser un délai *“suffisant et identique”* aux soumissionnaires pour qu'ils puissent modifier leurs offres. Ils seront ainsi en mesure de présenter des offres modifiées (*CCP, art. R. 2161-19*).

Enfin, lorsque le pouvoir adjudicateur décide qu'il est temps d'arrêter les négociations afin que lui soient présentées les offres finales et qu'il puisse effectuer son choix, il doit en informer

tous les soumissionnaires qui restent en lice et leur indiquer quelle est la date limite commune pour qu'ils présentent d'éventuelles offres renouvelées ou révisées (*CCP, art. R. 2161-20*).

4° Règles spécifiques à la procédure avec négociation pour les marchés passés par les entités adjudicatrices

§ 172 Présentation

Les entités adjudicatrices disposent davantage de liberté que les pouvoirs adjudicateurs dans la mise en œuvre de la procédure avec négociation. Les règles applicables restent cependant relativement proches, ce qui justifie que la procédure avec négociation ait remplacé la distinction établie par l'ordonnance de 2015 entre la procédure concurrentielle avec négociation (pouvoirs adjudicateurs) et la procédure négociée avec mise en concurrence préalable (entités adjudicatrices). En réalité, la liberté des entités adjudicatrices s'exprime davantage au moment du choix de la procédure : elles peuvent librement utiliser la procédure avec négociation alors que les acheteurs ne peuvent y avoir recours que sous certaines conditions (*V. n° 48 et 49*).

§ 173 Délais de réception des candidatures

Les entités adjudicatrices doivent fixer un délai minimal de réception des candidatures qui doit être “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” (*CCP, art. R. 2161-21*).

§ 174 Délais de réception des offres

Les entités adjudicatrices ont la possibilité de fixer d'un commun accord avec les candidats sélectionnés quelle sera la date limite de réception des offres. La seule condition est que la date retenue soit identique pour tous les candidats, afin d'assurer une égalité de traitement entre eux. En l'absence d'un tel accord, les entités adjudicatrices sont compétentes pour fixer elles-mêmes le délai à condition que celui-ci ne soit pas inférieur à 10 jours à compter de l'envoi de l'invitation à soumissionner (*CCP, art. R. 2161-22*).

§ 175 Attribution du marché public

L'intérêt de la procédure est – comme son nom l'indique – de mettre en œuvre une négociation avant l'attribution du marché, sur la base des offres initiales. Pour autant, les entités adjudicatrices ont la possibilité d'attribuer leurs marchés sur la base des offres initiales sans négociation. Cette possibilité n'est cependant ouverte que lorsque les candidats en ont été informés : les entités adjudicatrices doivent donc préciser dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt si elles se réservent la possibilité d'attribuer le marché sur la base des offres initiales (*CCP, art. R. 2161-23*). La mise en œuvre de cette possibilité pourra éviter d'engager une négociation lorsque le nombre d'offres présenté est faible ou lorsque les offres initiales semblent correspondre, en l'état, aux besoins des entités adjudicatrices.

5° Règles spécifiques au dialogue compétitif

§ 176 Présentation

En principe, lorsque les acheteurs ont recours à la procédure du dialogue compétitif c'est qu'ils sont obligés de recourir à une procédure formalisée mais qu'ils ne sont pas en mesure de définir ou de développer seuls les solutions à même de répondre à leurs besoins. Ils vont donc avoir recours à l'expertise des candidats pour les aider dans ce travail de définition ou de développement et ces mêmes candidats seront ensuite invités à présenter des offres répondant aux solutions définies ou développées (*CCP, art. L. 2124-4*).

§ 177 Une définition particulière des besoins

Même si les acheteurs ont recours au dialogue compétitif quand ils ne sont pas à même de définir seuls les moyens nécessaires pour satisfaire leurs besoins ou lorsqu'ils ne sont pas à même de définir ces besoins, ils sont tenus de définir leurs besoins et leurs "*exigences dans l'avis de marché et, le cas échéant, dans un programme fonctionnel ou un projet partiellement défini*" (*CCP, art. R. 2161-24*). Cette définition des besoins et des exigences ne sera pas définitivement arrêtée : elle a pour objectif de permettre d'engager le dialogue sur une base suffisamment précise.

§ 178 Information des candidats

Les acheteurs doivent préciser dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation quelles seront les modalités du dialogue engagé avec les candidats, quels sont les critères

d'attribution retenus, mais également quel est le calendrier – indicatif – qu'ils pensent mettre en œuvre (*CCP, art. R. 2161-24*). Ces informations sont obligatoires et imposent aux acheteurs de garder la main sur la procédure de passation sans se reposer entièrement sur les candidats.

§ 179 Délais de réception des candidatures

Les acheteurs doivent fixer un délai de réception des candidatures qui ne peut pas être inférieur à 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché (*CCP, art. R. 2161-25*).

§ 180 Déroulement de la procédure du dialogue compétitif

Les acheteurs doivent définir les conditions de participation et examiner les candidatures selon les règles communes aux différentes procédures , avec la possibilité de réduire le nombre de candidats admis à soumissionner, sans que ce nombre ne puisse être inférieur à trois (*V. n° 128*).

Une fois la sélection des candidatures réalisées, les acheteurs doivent ouvrir un dialogue avec les participants qui ont été sélectionnés pour y participer. Ce dialogue a pour objet d'identifier et de définir quels sont les moyens qui permettront de satisfaire les besoins des acheteurs. Il peut porter sur tous les aspects du marché (*CCP, art. R. 2161-26*).

Les acheteurs ont la possibilité d'organiser le dialogue en phases successives afin de réduire le nombre de solutions discutées avec les opérateurs économiques, à condition d'avoir précisé dans les documents de la consultation qu'ils allaient faire usage de cette possibilité. Cette réduction doit être effectuée *“en appliquant les critères d'attribution définis dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation”*. Les acheteurs doivent cependant être vigilants car, *“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”* (*CCP, art. R. 2161-27*). D'ailleurs, les acheteurs doivent nécessairement

utiliser une pluralité de critères d'attribution dans le cadre du dialogue compétitif (CCP, art. R. 2152-8).

Les acheteurs doivent poursuivre le dialogue jusqu'à ce qu'ils puissent identifier quelle est la solution ou quelles sont les solutions susceptibles de répondre à leurs besoins (CCP, art. R. 2161-27). Lorsque c'est le cas et que les acheteurs estiment donc que le dialogue est terminé, ils doivent en informer les participants qui sont encore en lice et les inviter “à présenter leur offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue”. La détermination de ce délai de réception des offres est effectuée selon les règles communes à l'ensemble des procédures . Une fois ce délai écoulé, les acheteurs doivent vérifier “que les offres finales comprennent tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet” (CCP, art. R. 2161-28). Ils ont ensuite la possibilité de demander aux participants des précisions, des clarifications, des perfectionnements ou des compléments sur leur offre finale à condition que ces demandes n'aient pas “pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre finale, notamment les besoins et exigences indiqués dans les documents de la consultation” (CCP, art. R. 2161-29). Les acheteurs peuvent ensuite procéder à l'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse selon les règles communes aux différentes procédures .

Une fois qu'ils ont désigné l'attributaire du marché, les acheteurs ont la possibilité de lui demander de “clarifier des aspects de son offre” ou de “confirmer les engagements figurant dans celle-ci” à condition que ces demandes n'aient pas “pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché” (CCP, art. R. 2161-30).

§ 181 Possibilité de prévoir des primes

Les acheteurs ont la possibilité de prévoir des primes au profit des participants au dialogue. Cette possibilité s'explique par l'investissement important qui leur est demandé alors même qu'ils ne seront pas nécessairement choisis comme attributaires du marché. Il ne s'agit toutefois que d'une simple option qui leur est ouverte et qu'ils ne sont pas tenus d'activer. S'ils font néanmoins le choix de prévoir le versement de primes, les acheteurs doivent l'indiquer dans les documents de la consultation en précisant leur montant. Dans ce cas, la rémunération du titulaire du marché devra

prendre en compte le montant de la prime qui lui aura éventuellement été versée en raison de sa participation à la procédure (*CCP, art. R. 2161-31*).

B. Règles applicables aux marchés passés en procédure adaptée

§ 182 Présentation

Les acheteurs bénéficient d'une liberté relative pour fixer les différentes modalités de la procédure de passation lorsqu'ils passent un marché en procédure adaptée (*CCP, art. R. 2123-4*). En réalité cependant, cette liberté est encadrée aux différentes étapes de la procédure de passation , de manière plus ou moins stricte en fonction de l'acheteur concerné et du marché passé. En effet, les principes fondamentaux de la commande publique s'imposent également en procédure adaptée et les acheteurs doivent donc fixer les modalités de la procédure de passation “*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*” (*CCP, art. R. 2123-4*). Ainsi, la procédure adaptée peut être considérée comme une procédure « semi-formalisée » (*M. Amilhat , La nouvelle procédure adaptée : le maintien d'une singularité en trompe l'œil : Contrats- [Marchés](#) publ. 2017, étude 5*). Dès lors, les spécificités des Mapa (marchés passés en procédure adaptée) s'expriment tout au long de la procédure de passation (sur toutes ces questions, *V. JCl. Contrats et [Marchés Publics](#), fasc. 60-70* consacré aux Mapa).

§ 183 Possibilité d'utiliser des procédures spécifiques de passation ou des techniques particulières d'achat

Les acheteurs ont toujours la possibilité de s'inspirer ou même de mettre en œuvre une procédure formalisée de passation . Lorsqu'un acheteur décide de s'inspirer d'une procédure formalisée, il

doit clairement indiquer ce choix et préciser quelles sont les règles de la procédure formalisée qu'il entend ou non respecter. De plus, lorsqu'un acheteur décide d'utiliser pleinement une procédure formalisée – et non seulement de s'en inspirer – il renonce à mettre en œuvre une procédure adaptée et doit respecter l'ensemble des règles prévues dans le cadre de la procédure formalisée de passation retenue (*CCP, art. R. 2123-6 . – CAA Nantes, 6 mars 2020, n° 18NT02092 : JurisData n° 2020-006255 ; Contrats- [Marchés publ. 2020, comm. 174 , note M. Ubaud-Bergeron](#)*). Par ailleurs, le fait que les acheteurs passent un marché public selon une procédure adaptée ne les empêche pas d'utiliser des techniques particulières d'achat (*V. n° 65 s.*). Enfin, le recours à la procédure adaptée n'empêche pas la passation de marchés publics spécifiques en respectant les règles propres à ces catégories de marchés (*V. n° 60 s.*).

§ 184 Possibilité de recourir à la négociation

Les acheteurs ont la possibilité de recourir à la négociation lorsqu'ils passent des marchés en procédure adaptée. Attention toutefois, s'ils prévoient de négocier, les acheteurs ne peuvent attribuer leurs marchés publics sans négociation et en se fondant sur les offres initiales que s'ils ont indiqué cette possibilité dans les documents de la consultation (*CCP, art. R. 2123-5*).

§ 185 Différences de régime en fonction du motif du recours à la procédure adaptée

Parmi les Mapa, la distinction entre ceux qui sont passés en procédure adaptée en raison de leur montant et ceux qui sont passés en procédure adaptée en raison de leur objet justifie parfois l'application de règles différenciées. C'est notamment le cas du point de vue des obligations de publicité qui s'imposent en procédure adaptée (*V. n° 105*).

De plus, lorsqu'ils passent des marchés ayant pour objet des services sociaux ou d'autres services spécifiques, les acheteurs doivent tenir compte des spécificités des services en question et, notamment, de veiller « à la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et l'exhaustivité des services, les besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris des catégories défavorisées et vulnérables, la participation et l'implication des utilisateurs, ainsi que l'innovation » (CCP, art. R. 2123-7).

§ 186 Règles de passation allégées ou adaptées dans le cadre des Mapa

Certaines règles de passation sont allégées dans le cadre des marchés passés en procédure adaptée par rapport aux règles applicables aux marchés passés en procédure formalisée. Il existe néanmoins une forme de convergence des règles applicables qui invite à relativiser le caractère « adapté » de la procédure. Ainsi, les règles de publicité applicables aux Mapa sont, généralement, moins contraignantes que celles applicables aux marchés passés en procédure formalisée et sont « adaptées » en fonction du marché (V. n° 105). Néanmoins, la valeur de certains marchés passés en procédure adaptée conduit à retenir les modalités de publicité imposées dans le cadre des procédures formalisées. De la même manière, s'agissant des délais de réception des candidatures et des offres, les acheteurs doivent retenir des délais « adaptés » (V. n° 144). De plus, contrairement aux marchés passés selon une procédure formalisée, les acheteurs ne sont pas tenus de recourir à la pondération et, par exception, à la hiérarchisation des critères de sélection des offres lorsqu'ils utilisent la procédure adaptée. Par ailleurs, s'agissant de la fin de la procédure, l'obligation de respecter un délai de *standstill*, ne concerne pas les Mapa (V. n° 155). Enfin, les acheteurs n'ont normalement pas à publier un avis d'attribution lorsqu'ils ont passé un Mapa. En effet, cette obligation ne concerne que les marchés qui répondent à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens (V. n° 158). Il convient toutefois d'être vigilant en ce qui concerne les marchés de services passés en procédure adaptée en raison de leur objet : ces derniers peuvent dépasser les seuils et être, *de facto*, soumis au respect de telles règles. D'ailleurs, lorsqu'ils passent des marchés de services sociaux et autres services spécifiques qui dépassent les seuils, les

acheteurs peuvent regrouper les avis d'attribution sur une base trimestrielle. Ils doivent alors envoyer “*ces avis groupés pour publication au plus tard trente jours après la fin de chaque trimestre*” (CCP, art. R. 2183-4).

C. Règles applicables aux marchés à tranches

§ 187 Modalités de mise en œuvre

Les acheteurs peuvent décider de passer des marchés comportant une tranche ferme et une ou plusieurs tranches optionnelles. Lorsqu'un marché est passé de cette manière, il doit définir “*la consistance, le prix ou ses modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche*” (CCP, art. R. 2113-4). D'ailleurs, certaines règles particulières s'appliquent en matière de prix lorsqu'un marché à tranches est passé (V. n° 96).

Les acheteurs qui décident de passer un marché comprenant des tranches optionnelles doivent s'assurer que les prestations de la tranche ferme constituent un ensemble cohérent et que les prestations de chaque tranche optionnelle sont elles aussi cohérentes compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures (CCP, art. R. 2113-5).

Enfin, ce sont les acheteurs qui sont seuls compétents pour décider de la réalisation des tranches optionnelles. En effet, l'exécution de la tranche optionnelle – s'il n'y en a qu'une – ou de chacune des tranches optionnelles – s'il y en a plusieurs de prévues par le marché – reste subordonnée à une décision de la part de l'acheteur. Pour être valable, cette décision doit être notifiée au titulaire du marché selon les conditions préalablement définies par le marché lui-même. De plus, “*lorsqu'une tranche optionnelle est affermée avec retard ou n'est pas affermée, le titulaire peut bénéficier, si le marché le prévoit et dans les conditions qu'il définit, d'une indemnité d'attente ou de dédit*” (CCP, art. R. 2113-6).

D. Règles applicables aux techniques particulières d'achat

§ 188 Plan

Lorsque les conditions sont réunies, les acheteurs peuvent mettre en œuvre des techniques particulières d'achat. Celles-ci obéissent à des règles particulières qui diffèrent en fonction de la technique mise en œuvre. Parmi ces techniques, ils peuvent décider de passer des accords-cadres, d'organiser un concours ou de mettre en place un système d'acquisition dynamique. Ils peuvent aussi choisir de mettre en place un système de qualification s'ils agissent en tant qu'entités adjudicatrices. Enfin, les acheteurs peuvent parfois décider d'organiser des enchères électroniques ou d'utiliser des catalogues électroniques.

1° Passation d'accords-cadres

§ 189 Cadre général

Les acheteurs peuvent conclure des accords-cadres avec un ou plusieurs opérateurs économiques mais ils ne peuvent pas utiliser ce procédé *“de manière abusive ou aux fins d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence”* (CCP, art. R. 2162-1). Il convient également de rappeler que le calcul de la valeur estimée du besoin obéit à des règles particulières en cas de recours à un accord-cadre (V. n° 38).

§ 190 Distinction des accords-cadres donnant lieu à des bons de commande et des accords-cadres entraînant la passation de marchés subséquents

Les accords-cadres peuvent aussi bien donner lieu à la passation de marchés subséquents ou à l'émission de bons de commande. Tout va dépendre de la précision des stipulations de l'accord-cadre tel qu'il a été passé par le ou les acheteurs.

Ainsi, lorsque l'accord-cadre n'est pas suffisamment précis, c'est-à-dire lorsqu'il ne fixe pas toutes les stipulations contractuelles, il entraînera la passation de marchés subséquents entre le ou les acheteurs et le ou les opérateurs économiques. En revanche, lorsque l'accord-cadre est suffisamment précis, c'est-à-dire lorsqu'il détermine toutes les stipulations contractuelles, il donnera simplement lieu à l'émission de bons de commande émis au fur et à mesure par le ou les acheteurs pour permettre son exécution (*CCP, art. R. 2162-2*).

Il est par ailleurs possible qu'un même accord-cadre soit *“exécuté en partie par la conclusion de marchés subséquents et en partie par l'émission de bons de commande”*. Il est cependant nécessaire pour cela que l'acheteur ait identifié au préalable quelles sont les prestations qui relèvent des différentes parties de l'accord-cadre (*CCP, art. R. 2162-3*).

§ 191 Modalités de conclusion de l'accord-cadre : détermination de la valeur de la quantité des prestations pouvant être réalisées dans le cadre de l'accord-cadre

Les acheteurs peuvent conclure des accords-cadres qui comportent *“un minimum et un maximum en valeur ou en quantité”*, des accords-cadres qui comportent *“seulement un minimum ou un maximum”*, mais également des accords-cadres *“sans minimum ni maximum”* (*CCP, art. R. 2162-4*). Ils disposent donc, de ce point de vue, d'une importante marge de manœuvre à condition de respecter ce qui aura été défini par l'accord-cadre.

§ 192 Modalités de conclusion de l'accord-cadre : durée de l'accord-cadre

Les acheteurs ne peuvent pas déterminer librement la durée des accords-cadres (V. n° 90). Or, la durée de l'accord-cadre a des conséquences sur la conclusion des marchés subséquents ou des bons de commande. En effet, ces derniers “ne peuvent être conclus ou émis que durant la période de validité de l'accord-cadre”. Dès lors, la durée d'exécution des marchés subséquents ou des bons de commande doit être “fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre”. Néanmoins, les acheteurs ne peuvent pas prévoir que ces marchés subséquents ou ces bons de commande auront une durée telle que leur exécution “se prolonge au-delà de la date limite de validité de l'accord-cadre dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique” (CCP, art. R. 2162-5).

§ 193 Modalités de conclusion de l'accord-cadre : acheteurs et opérateurs économiques concernés par la conclusion des marchés subséquents ou des bons de commande

De manière logique, le code que “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” (CCP, art. R. 2162-6).

§ 194 Modalités de conclusion de marchés subséquents

Les acheteurs passent des marchés subséquents lorsque les accords-cadres conclus ne sont pas suffisamment précis. Ce sont donc les marchés subséquents qui vont préciser quelles sont les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées. Pour autant, ces marchés subséquents ne peuvent pas “entraîner des modifications substantielles des termes de l'accord-cadre” (CCP, art. R. 2162-7).

Les modalités de conclusion des marchés subséquents varient selon si les acheteurs sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices, ces dernières bénéficiant une fois de plus davantage de liberté.

Pour les pouvoirs adjudicateurs, la passation des marchés subséquents diffère en effet suivant si l'accord-cadre a été passé avec un ou avec plusieurs opérateurs économiques.

Lorsque cet accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique, les pouvoirs adjudicateurs doivent attribuer les marchés subséquents selon les conditions fixées par l'accord-cadre avec la possibilité de demander par écrit au titulaire de compléter son offre préalablement à la conclusion de ces marchés (CCP, art. R. 2162-9).

Lorsque l'accord-cadre a été conclu avec plusieurs opérateurs économiques, les pouvoirs adjudicateurs doivent organiser 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.

En principe cette procédure doit être mise en œuvre pour la passation de chaque marché subséquent mais les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir en amont, dans l'accord-cadre, que l'attribution de certains marchés subséquents pourra être effectuée sans réaliser une remise en concurrence si des raisons techniques imposent de confier ces marchés à un opérateur économique déterminé. Le code envisage ainsi l'hypothèse dans laquelle *“aucun produit, matériel ou service ne peut être substitué au produit, matériel ou service à acquérir”* et dans laquelle *“un seul des titulaires est en mesure de le fournir”* (CCP, art. R. 2162-10).

Pour les entités adjudicatrices, la passation des marchés subséquents est moins encadrée. En effet il leur est simplement imposé de passer ces marchés *“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”* (CCP, art. R. 2162-11). Par ailleurs, la remise en concurrence à la suite d'un marché subséquent est également encadrée. Dans cette hypothèse, les entités adjudicatrices doivent fixer un délai qui apparaît suffisant pour permettre la présentation des offres et le marché subséquent devra être *“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”* (CCP, art. R. 2162-12).

Les acheteurs ne sont pas tenus de respecter le délai de *standstill* lorsqu'ils attribuent des marchés subséquents fondés sur un accord-cadre (CCP, art. R. 2182-2). De plus, ils ne sont non plus tenus de publier un avis d'attribution lorsqu'ils passent de tels marchés subséquents (CCP, art. R. 2183-3).

§ 195 Possibilité de passer les marchés subséquents sous la forme d'un accord-cadre entraînant l'émission de bons de commande

Les acheteurs passent des marchés subséquents lorsqu'il est nécessaire de préciser le contenu d'un

accord-cadre qui manque de précision. Les marchés subséquents viennent donc fournir cette précision lorsque les acheteurs n'ont pas su établir au moment de la définition de leurs besoins pour l'accord-cadre. Il est possible de pallier ce manque de précision par la passation de plusieurs marchés subséquents ou de passer un seul marché subséquent qui peut prendre *“la forme d'un accord-cadre fixant toutes les conditions d'exécution des prestations et exécuté au moyen de bons de commande”* (CCP, art. R. 2162-8).

§ 196 Modalités d'émission des bons de commande

Les acheteurs vont pouvoir émettre des bons de commande lorsque leurs besoins et leurs modalités de réalisation sont définis de manière suffisamment précise par l'accord-cadre. En effet, les bons de commande sont définis comme *“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”* (CCP, art. R. 2162-13). Les bons de commande sont, comme leur nom l'indique, des commandes adressées directement aux titulaires de l'accord-cadre. Leur émission ne nécessite pas de négociation ni de remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre car celui-ci doit avoir précisé en amont selon quelles modalités les bons de commande seront émis (CCP, art. R. 2162-14). Le respect des règles de publicité et de mise en concurrence est donc considéré comme ayant été suffisant au moment de la passation de l'accord-cadre pour ne pas avoir à être prolongé par une procédure complémentaire de publicité et de mise en concurrence au moment de l'émission des bons de commande.

2° Organisation d'un concours

§ 197 Compétence des acheteurs pour organiser le concours

Les acheteurs ont, en principe, librement recours au concours lorsqu'ils souhaitent choisir l'attributaire du marché public après que les soumissionnaires ont présenté un plan ou un projet à un jury formulant un avis à destination des acheteurs (*V. n° 68*).

Ce sont les acheteurs qui sont compétents pour déterminer les modalités précises du concours. Ils doivent néanmoins organiser le concours en respectant les principes fondamentaux de la commande publique (*CCP, art. R. 2162-15 et s.*).

§ 198 Déroulement de la procédure

Les acheteurs doivent publier l'avis de concours pour informer les opérateurs économiques intéressés. Les modalités de publication sont celles prévues dans le cadre des marchés publics « classiques », le code renvoyant aux modalités de publication prévues pour les marchés passés selon une procédure adaptée en raison de leur montant ou aux procédures prévues pour les marchés passés selon une procédure formalisée (*CCP, art. R. 2162-15*).

La seule particularité concerne l'hypothèse dans laquelle le marché public qui doit être attribué au lauréat ou à l'un des lauréats du concours est un marché public de services attribué sans publicité ni mise en concurrence préalable (*V. n° 54*). Dans ce cas, les acheteurs doivent préciser dans l'avis de concours que l'attribution se fera de la sorte (*CCP, art. R. 2162-15*).

Les acheteurs peuvent choisir d'organiser un concours ouvert ou un concours restreint. Dans cette seconde hypothèse, l'acheteur qui organise le concours doit fixer des critères de sélection clairs et non discriminatoires pour déterminer quels seront les candidats admis à devenir des participants au concours. Il doit également s'assurer que *“le nombre de candidats invités à participer au concours est suffisant pour garantir une concurrence réelle”*. Une fois qu'il a

appliqué les critères de sélection, l'acheteur doit fixer la liste des participants au concours et informer les candidats qui n'ont pas été retenus (*CCP, art. R. 2162-16*).

Les acheteurs vont ensuite devoir départager les participants au concours et déterminer celui ou ceux parmi eux qui seront désignés comme lauréats de ce concours. La particularité de la procédure du concours est qu'elle fait intervenir un jury pour assister l'acheteur dans sa prise de décision (*CCP, art. R. 2162-17*).

La composition du jury obéit à des règles spécifiques qui visent à s'assurer que l'organisation du concours ne vise pas à contourner les principes fondamentaux de la commande publique. Ainsi, il doit être *“composé exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours”* et *“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”* (*CCP, art. R. 2162-22*). La désignation des membres du jury est réglementée lorsque le concours est organisé par certains acheteurs personnes publiques. Ainsi, lorsque le concours est organisé par l'État il faut distinguer en fonction du niveau auquel ce concours est organisé. S'il est organisé par une administration centrale de l'État, par un service à compétence nationale ou par un service déconcentré qui n'est pas placé sous l'autorité du préfet, c'est le ministre dont ces services dépendent qui désigne les membres du jury. Au contraire, c'est le préfet qui est compétent si le concours est organisé par un service déconcentré placé sous son autorité (*CCP, art. R. 2162-23*). Par ailleurs, lorsque le concours est organisé par une collectivité territoriale, l'un de ses établissements publics ou un groupement d'établissements publics , à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux et des offices publics de l'habitat, il est indiqué que *“les membres élus de la commission d'appel d'offres font partie du jury”* (*CCP, art. R. 2162-24*). De la même manière, les membres de la commission d'appel d'offres intègrent également le jury dans le cadre des groupements de commande mentionnés au I de l'article L. 1414-3 du Code général des collectivités territoriales . En revanche, *“pour les autres groupements de commande, la composition du jury est fixée par la convention de groupement”* (*CCP, art. R. 2162-26*). Enfin, s'agissant des autres acheteurs, les membres du jury sont désignés selon les règles fixées par chaque établissement (*CCP, art. R. 2162-26*).

Le jury n'a qu'un rôle consultatif dans le cadre de la procédure du concours (*CE, 27 nov. 2002, n° 204619, Dangas et a. : JurisData n° 2002-064676 ; Lebon T., p. 811 ; Contrats-Marchés publ. 2003, comm. 27 , note J.-P. Pietri*) mais les avis qu'il formule ont une importance

telle que son intervention fait l'objet d'un encadrement important. Ainsi, le jury doit dans un premier temps analyser les candidatures et formuler un avis à ce sujet. Ensuite, une fois que les opérateurs admis à participer au concours ont été sélectionnés par l'acheteur, le jury doit examiner les plans et les projets présentés de manière anonyme. Pour se prononcer, le jury doit se fonder sur les critères d'évaluation définis par l'acheteur. Le jury doit ensuite consigner « 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 ». Le jury doit motiver le classement des offres (*CE*, 23 oct. 1992, n° 107107, *M. Bourdiel* : *JurisData* n° 1992-047100 ; *AJDA* 1993, p. 69 , *obs. L. Richer*). Ce n'est qu'à ce moment-là que l'anonymat peut être levé. Si des questions ont été consignées dans le procès-verbal, le jury peut alors inviter les candidats à y répondre. Dans ce cas, il est tenu d'établir un procès-verbal complet du dialogue engagé avec les candidats (*CCP*, art. R. 2162-18). À la fin de ce dialogue, le jury va émettre un avis sur les différents projets.

Ce sont ensuite les acheteurs qui reprennent la main sur la procédure. En effet, l'acheteur à l'origine de la procédure doit alors choisir “*le ou les lauréats du concours au vu des procès-verbaux et de l'avis du jury*”. Il doit tenir compte de ces éléments mais n'est donc pas tenu de suivre l'avis émis par le jury. Une fois son choix effectué, l'acheteur devra le faire connaître en le publiant dans un avis de résultats de concours (*CCP*, art. R. 2162-19). Cet avis est publié selon des modalités identiques à celles utilisées pour la publication des avis d'attribution dans le cadre de la procédure classique de passation des marchés publics . Ces modalités vont donc varier en fonction de la procédure utilisée, suivant s'il s'agit d'une procédure adaptée ou d'une procédure formalisée (*CCP*, art. R. 2183-1 à R. 2183-7).

§ 199 Indemnisation des candidats

Pour compenser l'investissement qui est demandé aux participants au concours, ceux-ci bénéficient d'une prime. Ce sont les acheteurs qui définissent librement le montant de la prime, exception faite des marchés de maîtrise d'œuvre passés après concours (*V. n° 225*). Ils sont cependant tenus

d'indiquer le montant de cette prime dans les documents de la consultation (*CCP, art. R. 2162-20*).

De plus, lorsque le concours est organisé pour l'attribution d'un marché public de services, la rémunération du ou des lauréats du concours devra tenir compte de la prime reçue par ceux-ci du fait de leur participation au concours (*CCP, art. R. 2162-21*).

3° Mise en place d'un système de qualification par les entités adjudicatrices

§ 200 Mise en place d'un système de qualification ou utilisation d'un système existant

Seules les entités adjudicatrices ont la possibilité de mettre en place un système de qualification pour passer leurs marchés publics . Ce n'est donc pas une possibilité ouverte à tous les acheteurs. En principe, c'est l'entité adjudicatrice qui souhaite mettre en place un tel système qui va l'organiser afin de “*présélectionner tout au long de sa durée de validité des candidats aptes à réaliser des prestations déterminées*” (*CCP, art. L. 2125-1, 3°*). Pour autant, les entités adjudicatrices ont également la possibilité d'utiliser “*un système de qualification établi par un tiers*”. Il leur suffit alors d'en informer les opérateurs économiques concernés (*CCP, art. R. 2162-27*).

§ 201 Organisation d'un système de qualification

Les entités adjudicatrices qui souhaitent mettre en place un système de qualification doivent le faire savoir aux opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés afin de susciter la concurrence la plus large possible. Dans ce cas, elles doivent donc publier un avis sur l'existence d'un système de qualification qui doit préciser quel est l'objet du système de qualification, quelle

est sa durée, ainsi que les modalités d'accès aux règles de fonctionnement de ce système de qualification. Les modalités de publication d'un tel avis sont les mêmes que celles imposées pour la publication des avis d'appel public à la concurrence conformément au modèle fixé par la Commission européenne (*CCP, art. R. 2162-28*).

§ 202 Changement de durée au cours de l'exécution du système

Les systèmes de qualification sont mis en place pour une certaine durée. Il est néanmoins possible pour les entités adjudicatrices de modifier la durée du système de qualification. Elles doivent alors le notifier à l'office des publications de l'Union européenne, soit en utilisant *“un avis sur l'existence d'un système de qualification lorsque la durée de validité du système de qualification est modifiée sans qu'il y soit mis un terme”*, soit en utilisant *“un avis d'attribution lorsqu'il est mis fin au système”* (*CCP, art. R. 2162-2935*).

§ 203 Fonctionnement du système de qualification

Les entités adjudicatrices qui mettent en place des systèmes de qualification cherchent à présélectionner certains opérateurs économiques. Pour ce faire, les systèmes de qualification peuvent être fondés sur plusieurs stades de qualification. L'entité adjudicatrice qui met en place un tel système doit établir *“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”*. L'entité adjudicatrice a la possibilité de mettre à jour les règles et les critères qu'elle a ainsi définis (*CCP, art. R. 2162-30*).

Le système de qualification n'a pas pour objectif de restreindre la concurrence. Dès lors, les entités adjudicatrices qui ont recours à cette technique d'achat doivent veiller à ce que le

système reste ouvert en s'assurant que tous “*les opérateurs économiques puissent à tout moment demander à être qualifiés*”. Ainsi, lorsque ces derniers le demandent, les règles et les critères de qualification doivent leur être communiqués. Dans le même sens, la mise à jour des règles et des critères de qualification doit être communiquée à tous les opérateurs économiques intéressés (*CCP, art. R. 2162-31*). Ces informations doivent leur être communiquées selon les mêmes modalités que celles utilisées pour les informations communiquées aux candidats et soumissionnaires évincés dans le cadre des systèmes de qualification (*V. n° 204*).

Une fois qu'elles ont qualifié un opérateur économique pour qu'il participe au système, les entités adjudicatrices ne peuvent pas librement décider de mettre fin à cette qualification. Cela ne sera possible que pour des raisons fondées sur les règles et les critères permettant d'obtenir la qualification et à condition que l'entité adjudicatrice ait notifié son intention à l'opérateur économique par écrit au moins 15 jours avant la date prévue pour mettre fin à la qualification et en motivant son choix (*CCP, art. R. 2162-32*).

Les entités adjudicatrices doivent conserver un relevé des opérateurs économiques qualifiés, et elles ont la possibilité de le diviser “*en catégories par type de marchés pour la réalisation desquels la qualification est valable*” (*CCP, art. R. 2162-33*).

Enfin, les entités adjudicatrices ont la possibilité de facturer des frais pour les demandes de qualification, ainsi que pour la mise à jour ou la conservation d'une qualification déjà obtenue en vertu du système. La seule limite ici est que ces frais doivent être proportionnés aux coûts occasionnés pour l'entité adjudicatrice qui a établi le système (*CCP, art. R. 2162-34*).

§ 204 Règles de passation des marchés publics conclus sur la base d'un système de qualification

La mise en place d'un système de qualification ne permet pas de déterminer quels seront les opérateurs qui réaliseront les travaux, fournitures ou services répondant aux besoins de l'entité adjudicatrice. En effet, une fois le système de qualification établi, elles vont devoir conclure des marchés publics spécifiques sur le fondement de celui-ci. Ainsi, après avoir publié l'avis sur

l'existence du système de qualification les entités adjudicatrices vont attribuer *“les marchés spécifiques de travaux, fournitures ou services couverts par le système de qualification [...] 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”* (CCP, art. R. 2162-35, al. 2). L'accès aux documents de la consultation doit être offert aux opérateurs économiques *“dès que possible et au plus tard à la date d'envoi de l'invitation à soumissionner”* (CCP, art. R. 2162-35, al. 1er). Toutefois, si certains des documents de la consultation ne sont pas publiés sur le profil d'acheteur de l'entité adjudicatrice qui a recours au système de qualification pour des questions de confidentialité, elle doit préciser dans les documents de la consultation quelles sont les mesures qu'elle impose pour protéger la confidentialité des informations et quelles sont les modalités d'accès aux documents concernés (CCP, art. R. 2162-36).

§ 205 Règles spécifiques concernant l'information des candidats et des soumissionnaires évincés

Les entités adjudicatrices, lorsqu'elles établissent et gèrent un système de qualification, doivent informer *“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 2 mois maximum si les opérateurs en sont informés dans les 2 mois suivant la réception de leur demande. Ils doivent alors être informés des motifs de cette prolongation ainsi que de la date à laquelle l'entité adjudicatrice prendra sa décision (CCP, art. R. 2181-5).

Par ailleurs, lorsque les entités adjudicatrices décident de rejeter une demande de qualification, elles doivent informer l'opérateur économique des motifs de ce rejet dans un délai maximal de 15 jours à compter de la date de la décision. En toutes hypothèses, elles ne peuvent rejeter de telles demandes qu'en se fondant sur les critères de qualification établis en amont (CCP, art. R. 2181-6).

4° Mise en place d'un système d'acquisition dynamique

§ 206 Conditions de mise en place du système

Les acheteurs peuvent décider de mettre en place un système d'acquisition dynamique pour passer certains de leurs marchés publics . Le système d'acquisition dynamique est un processus particulier de passation des marchés publics qui est entièrement électronique. Il ne peut être utilisé que pour des achats d'usage courant et permet aux acheteurs de présélectionner certains opérateurs économiques auxquels ils attribueront un ou plusieurs marchés spécifiques après les avoir mis en concurrence (*CCP, art. L. 2125-1, 4°*).

La mise en place d'un système d'acquisition dynamique ne doit pas permettre aux acheteurs de restreindre la concurrence. Dès lors, lorsqu'un acheteur décide de mettre en place un tel système il doit permettre à tous les opérateurs économiques qui satisfont aux critères de sélection d'y accéder.

Lorsqu'un acheteur met en place un système d'acquisition dynamique, il peut choisir de le subdiviser en catégories de fournitures, de services ou de travaux. Ces catégories doivent alors être *“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”* (*CCP, art. R. 2162-37*). Il convient également de rappeler que le calcul de la valeur estimée du besoin obéit à des règles particulières lorsque l'acheteur souhaite mettre en place un système d'acquisition dynamique (*V. n° 38*).

§ 207 Modalités de passation du système : publicité et accès aux documents de la consultation

Les acheteurs qui souhaitent mettre en place un système d'acquisition dynamique doivent

commencer par publier un avis d'appel à la concurrence. Celui-ci doit indiquer que l'acheteur a l'intention de recourir à un tel système ainsi que la période de validité de ce système (*CCP, art. R. 2162-39, al. 1er*). Dans l'hypothèse où le système est mis en place par une centrale d'achat, l'avis d'appel à la concurrence doit également indiquer si ce système pourra être utilisé par d'autres acheteurs (*CCP, art. R. 2162-39, al. 2*).

Afin de favoriser une ouverture à la concurrence, les opérateurs économiques intéressés doivent pouvoir accéder facilement aux documents de la consultation. Ainsi, les acheteurs doivent leur offrir un accès libre, direct et complet à ces documents par voie électronique durant toute la validité du système (*CCP, art. R. 2162-41*). Ces documents doivent préciser *“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”* (*CCP, art. R. 2162-42*).

§ 208 Modalités de passation du système : sélection des participants

Tous les opérateurs économiques qui le souhaitent peuvent demander à participer au système d'acquisition dynamique au cours de sa durée de validité (*CCP, art. R. 2162-43*).

Les acheteurs doivent fixer un délai minimal de 30 jours pour la réception des candidatures, à compter de la date d'envoi de l'avis de marché. Ce délai est cependant calculé à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif. Par ailleurs, une fois que l'acheteur a envoyé *“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”* (*CCP, art. R. 2162-44*).

L'acheteur qui a mis en place le système doit évaluer les candidatures sous 10 jours ouvrables, à compter de leur réception. Exceptionnellement, ce délai peut être porté à 15 jours

mais il faut que cela soit justifié. Les textes précisent que ce sera “*notamment*” le cas lorsque l'acheteur a besoin “*d'examiner des documents complémentaires ou de vérifier d'une autre manière si les critères de sélection sont remplis*”. De plus, les acheteurs ont la possibilité de prolonger la période d'évaluation des candidatures tant qu'ils n'ont pas envoyé l'invitation à soumissionner pour le premier marché spécifique. Dans ce cas, ils doivent indiquer dans les documents de la consultation quelle est la durée de la prolongation qu'ils comptent appliquer (*CCP, art. R. 2162-45*).

Les acheteurs doivent admettre dans le système d'acquisition dynamique tous les candidats qui satisfont aux critères de sélection. Ils ne peuvent pas limiter ce nombre. D'ailleurs, les acheteurs doivent informer “*dans les plus brefs délais*” les opérateurs économiques concernés sur le fait de savoir s'ils sont ou non admis dans le système (*CCP, art. R. 2162-46*).

Les acheteurs ont la possibilité de demander aux candidats admis dans le système d'actualiser leur dossier de candidature à n'importe quel moment durant la période de validité du système. Ils disposent alors d'un délai de 5 jours ouvrables pour effectuer cette actualisation (*CCP, art. R. 2162-47*). En revanche, les acheteurs n'ont pas la possibilité de facturer des frais aux opérateurs économiques intéressés ou participant au système avant ou pendant la période de validité de celui-ci (*CCP, art. R. 2162-48*).

§ 209 Modalités de passation des marchés spécifiques sur la base du système

Lorsque l'acheteur souhaite attribuer un marché spécifique, il doit inviter tous les candidats admis dans le système d'acquisition dynamique à présenter une offre comme dans le cadre de n'importe quelle procédure de passation pour laquelle seuls les candidats sélectionnés sont admis à présenter une offre ou à participer au dialogue compétitif. Si le système est subdivisé en catégories de produits, de services ou de travaux, l'acheteur doit inviter “*tous les candidats admis pour la catégorie correspondant au marché spécifique concerné*” (*CCP, art. R. 2162-49*).

Les acheteurs doivent respecter un délai minimal de 10 jours pour la réception des offres à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner (*CCP, art. R. 2162-50, al. 1er*). Néanmoins, les acheteurs qui ne sont pas des autorités publiques centrales agissant en tant que pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité de “*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*”. S'ils n'arrivent pas à un accord, ce délai ne peut pas être de moins de 10 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner (*CCP, art. R. 2162-50, al. 2*).

Les acheteurs attribuent le marché spécifique au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Pour déterminer quelle est cette offre, ils doivent se reposer sur les critères d'attribution définis dans l'avis de marché à moins que l'appel à la concurrence ait été effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif. Dans ce cas les critères utilisés sont ceux indiqués dans l'invitation à confirmer l'intérêt. En toutes hypothèses, et si nécessaire, les acheteurs peuvent préciser les critères dans l'invitation à soumissionner (*CCP, art. R. 2162-51*).

§ 210 Modalités particulières : dépassement des seuils européens

Lorsque les acheteurs mettent en place un système d'acquisition dynamique mais que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, ils doivent respecter certaines règles spécifiques. Celles-ci ne les empêchent pas de devoir respecter les règles communes prévues pour la passation de systèmes d'acquisition dynamique, en dehors de l'interdiction de facturer des frais aux opérateurs économiques avant ou pendant la période de validité du système. Au-delà de cette particularité, les acheteurs doivent respecter des règles particulières, à commencer par la mise en œuvre des règles de passation prévues dans le cadre des procédures d'appel d'offres restreint (*CCP, art. R. 2162-38*). De plus, ils doivent notifier tous les changements concernant la durée de validité du système à la Commission. Si la durée de validité est modifiée sans mettre fin au système, ils doivent utiliser le formulaire prévu pour les appels à la concurrence. S'ils mettent fin au système, ils doivent utiliser un avis d'attribution (*CCP,*

art. R. 2162-40). Toutefois, les acheteurs n'ont pas à respecter le délai de *standstill* lorsqu'ils attribuent des marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique (*CCP, art. R. 2182-2*). De plus, les acheteurs peuvent regrouper les avis d'attribution sur une base trimestrielle dans le cadre des marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique. Ils doivent alors envoyer “*ces avis groupés pour publication au plus tard trente jours après la fin de chaque trimestre*” (*CCP, art. R. 2183-4*).

5° Organisation d'enchères électroniques

§ 211 Conditions de mise en œuvre

Les enchères électroniques permettent aux acheteurs de mettre les candidats en concurrence par voie électronique. La procédure les invite ainsi à réviser leurs prix à la baisse ou à modifier certains autres éléments quantifiables de leurs offres afin que les acheteurs puissent choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Elle ne peut être utilisée que pour les marchés publics de fournitures dont le montant est égal ou supérieur aux seuils des procédures formalisées (*CCP, art. L. 2125-1, 6°*).

L'organisation d'une enchère électronique ne se décide pas au dernier moment mais en amont de la procédure. Par conséquent, les acheteurs qui souhaitent recourir à une enchère électronique doivent l'indiquer dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans l'invitation à soumissionner – si l'appel à la concurrence a été réalisé au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification – (*CCP, art. R. 2162-58*).

Par ailleurs, les documents de la consultation doivent comprendre certains éléments spécifiques lorsque les acheteurs décident d'organiser une enchère électronique. Ils doivent en effet préciser quels sont les éléments des offres sur lesquels porte l'enchère électronique ; quelles sont, “*le cas échéant, les valeurs minimales et maximales qui pourront être présentées*” par les opérateurs économiques ; quelle est “*la nature des informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère*”, ainsi que le moment où ces informations leur seront communiquées. Les acheteurs doivent également indiquer toutes 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". Enfin, ils doivent communiquer *"les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion"* (CCP, art. R. 2162-59).

§ 212 Éléments discutés lors de l'enchère

Les éléments discutés lors de l'enchère dépendent du choix des acheteurs au moment de la définition des critères de sélection des offres. En effet, si le marché public est attribué sur la base du seul critère du prix, l'enchère électronique ne portera que sur le prix et les candidats seront invités à proposer des prix de plus en plus bas afin d'être désignés comme attributaire du marché. En revanche, si le marché public est attribué sur la base du coût ou d'une pluralité de critères, l'enchère électronique pourra aussi bien porter sur le prix que sur d'autres éléments, à condition que ces derniers soient quantifiables et qu'ils aient été indiqués dans les documents de la consultation (CCP, art. R. 2162-57).

§ 213 Déroulement de l'enchère

Du point de vue du déroulement de la procédure de passation , l'enchère électronique n'intervient que dans un second temps. En effet, les acheteurs doivent tout d'abord procéder à une première évaluation complète des offres conformément aux critères d'attribution. Elle doit permettre d'établir un classement de ces offres sur la base d'un traitement automatisé (CCP, art. R. 2162-60).

Une fois ce procédé de classement automatisé mis en place, *"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"* à participer à l'enchère. Cette invitation doit être effectuée de

manière simultanée pour tous les soumissionnaires, en utilisant des moyens électroniques. Elle doit leur indiquer la date et l'heure de l'enchère ainsi que les connexions à utiliser (*CCP, art. R. 2162-61*). Elle doit également être accompagnée du résultat de l'évaluation de l'offre du soumissionnaire et elle doit préciser quelle est *“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 doit prendre en compte la pondération de tous les critères telle qu'indiquée dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. Les fourchettes peuvent, « le cas échéant », être réduites à une valeur déterminée. Par ailleurs, si des variantes sont autorisées, l'invitation doit être accompagnée d'une formule distincte prévue pour chaque variante (*CCP, art. R. 2162-62*).

L'enchère peut être organisée en plusieurs phases successives mais elle ne peut pas débiter moins de 2 jours ouvrables après l'envoi des invitations (*CCP, art. R. 2162-63*). Au cours de chaque phase, les acheteurs doivent communiquer *“instantanément à tous les soumissionnaires les informations leur permettant de connaître à tout moment leur classement respectif”*. Les acheteurs peuvent 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”*. En revanche, il leur est interdit de divulguer l'identité des soumissionnaires à leurs concurrents (*CCP, art. R. 2162-64*).

Pour clôturer l'enchère électronique, les acheteurs peuvent utiliser une ou plusieurs des modalités suivantes :

- 1° À 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 électronique ;
- 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 électronique conformément au 3°, le cas échéant en combinaison avec les modalités prévues au 2°, l'invitation à participer à l'enchère indique le calendrier de chaque phase de l'enchère (*CCP, art. R. 2162-65*).

Une fois qu'ils ont clôturé l'enchère, les acheteurs doivent tout d'abord éliminer les offres anormalement basses conformément aux règles communes de passation . Ils pourront ensuite attribuer le marché public en fonction des résultats de l'enchère (*CCP, art. R. 2162-66*).

6° Utilisation de catalogues électroniques

§ 214 Conditions d'utilisation

Les catalogues électroniques permettent aux opérateurs économiques de présenter leurs offres ou certains de leurs éléments par voie dématérialisée et sous forme structurée (*CCP, art. L. 2125-1, 5°*). En envoyant aux acheteurs un catalogue reprenant les caractéristiques des prestations qu'ils proposent. Ces catalogues doivent faciliter le choix des acheteurs et accélérer les procédures de passation .

Les acheteurs doivent indiquer dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans l'invitation à soumissionner s'ils autorisent ou s'ils exigent que les offres soient présentées sous la forme d'un catalogue électronique (*CCP, art. R. 2162-53, al. 1er*). Ils ne peuvent toutefois exiger que les offres soient présentées ainsi ou qu'elles comportent un catalogue que lorsque l'utilisation de moyens de communication électronique est requise dans le cadre de la procédure de passation du marché public en cause (*CCP, art. R. 2162-52*).

De plus, les acheteurs doivent indiquer *“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”* (*CCP, art. R. 2162-53, al. 2*).

Les candidats ou les soumissionnaires doivent établir les catalogues électroniques en respectant les spécifications techniques et le format définis par l'acheteur, ainsi que *“les exigences applicables aux outils de communication électronique ainsi que toute exigence supplémentaire définie par l'acheteur”* en matière de communications électroniques. Ils peuvent accompagner leurs offres d'autres documents qui viennent compléter le catalogue électronique (*CCP, art. R. 2162-54*).

§ 215 Utilisation de catalogues électroniques lors d'accords-cadres

Lorsque les acheteurs passent un accord-cadre et que des offres sont présentées sous la forme de catalogues électroniques, les acheteurs ont la possibilité de *“prévoir que la remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre pour l'attribution des marchés subséquents (sera) effectuée sur la base des catalogues actualisés”* en demandant aux titulaires de l'accord-cadre soit de présenter de nouveau leurs catalogues électroniques en les adaptant aux exigences du marché subséquent, soit en utilisant les informations contenues dans les catalogues déjà présentés en laissant aux titulaires la possibilité de refuser la collecte de ces informations (*CCP, art. R. 2162-55*).

§ 216 Utilisation de catalogues électroniques dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique

Lorsque les acheteurs ont mis en place un système d'acquisition dynamique, ils peuvent attribuer des marchés spécifiques en imposant que les offres soient présentées sous la forme d'un catalogue électronique. Comme lorsqu'ils utilisent des catalogues électroniques lors d'accords-cadres, les acheteurs peuvent également attribuer ces marchés spécifiques en utilisant les informations présentes dans les catalogues présentés initialement. Dans ce cas, il faut que la demande de participation au système d'acquisition dynamique ait été *“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”* (*CCP, art. R. 2162-56*).

E. Règles applicables à la passation de certains marchés spécifiques

§ 217 Plan

Certains marchés publics constituent, en raison de leur objet, des marchés spécifiques qui obéissent en partie à des règles particulières. Le code distingue ainsi les marchés globaux, qui se distinguent des marchés classiques en raison de leur objet global, et les autres marchés spécifiques en raison de leur objet, qui regroupent des catégories hétérogènes.

1° Marchés publics globaux

§ 218 Présentation

Parmi les marchés publics globaux, il convient de présenter les règles particulières applicables aux marchés de conception-réalisation, aux marchés globaux de performance, et aux marchés globaux sectoriels. En revanche, les règles spécifiques applicables aux marchés de partenariat méritent un traitement particulier tant elles diffèrent du régime juridique commun à l'ensemble des marchés publics (en ce sens, *V. JCl. Contrats et Marchés Publics*, fasc. 648).

§ 219 Règles communes aux marchés globaux comportant des prestations de conception d'un ouvrage de bâtiment

Lorsque les acheteurs passent un marché global dont l'objet comporte des prestations de conception d'un ouvrage de bâtiment, ils doivent obligatoirement identifier une équipe de maîtrise d'œuvre qui sera chargée de la conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation (sur cette question, *V. not.*

F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Marchés globaux et maîtrise d'œuvre : derniers développements de relations tendues : Contrats- [Marchés](#) publ. 2017, repère 6 . – A.-M. Smolinska et A. Guimet, La résurrection des principes de la loi MOP pour les marchés globaux : JCP A 2017, act. 330). Cette obligation fait partie des conditions d'exécution du marché global (CCP, art. L. 2171-7, al. 1er).

La mission confiée à cette équipe de maîtrise d'œuvre est définie par le code. Cette équipe assure nécessairement la mission de maîtrise d'œuvre, définie comme *“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”* (CCP, art. L. 2431-1). Cette mission est toutefois adaptée *“à la spécificité des marchés globaux”* (CCP, art. L. 2171-7, al. 2). Ainsi, l'équipe de maîtrise d'œuvre doit également – et obligatoirement – être chargée des études d'avant-projet définitif, des études de projet, des études d'exécution, du suivi de la réalisation des travaux, ainsi que de l'assistance du maître d'ouvrage pour les opérations de réception et durant la période de garantie de parfait achèvement. L'équipe peut enfin – de manière facultative – effectuer les études d'esquisse et les études d'avant-projet sommaire (CCP, art. D. 2171-4). Ces missions ont été précisées par le décret du 5 mai 2017 portant adaptation des missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux et elles sont reprises aux articles D. 2171-5 à D. 2171-14 du Code de la commande publique .

§ 220 Règles spécifiques applicables aux marchés de conception-réalisation

Tous les acheteurs ne peuvent pas librement avoir recours aux marchés de conception-réalisation (sur cette question, E. Pourcel, Marchés de conception-réalisation : une exception au principe devenue exception de principe ? : Contrats- [Marchés](#) publ. 2010, étude 7). En effet, les acheteurs soumis aux dispositions du livre IV du Code de la commande publique (qui correspondent aux acheteurs qui relevaient auparavant de la loi MOP du 12 juillet 1985) ne peuvent passer des marchés de conception-réalisation *“que si des motifs d'ordre technique ou un engagement*

contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage". En revanche, les autres acheteurs peuvent librement avoir recours à de tels marchés (CCP, art. L. 2171-2).

Les motifs d'ordre technique susceptibles de justifier le recours à un marché de conception-réalisation pour les acheteurs soumis au livre IV sont entendus strictement (CE, 28 déc. 2001, n° 221649 , Cons. régional de l'ordre des Architectes d'Auvergne : JurisData n° 2001-063249 ; Contrats- Marchés publ. 2002, comm. 61 , note J.-P. Pietri ; BJCP 2002, p. 219 , n° 22, concl. D. Piveteau, obs. R. Schwartz ; CP-ACCP mars 2002, p. 19 , obs. P. Le Bouëdec ; RFDA 2002, p. 169. – CE, 8 juill. 2005, n° 268610 , Communauté agglomération Moulins : JurisData n° 2005-068648 ; Contrats- [Marchés](#) publ. 2005, comm. 241 , note W. Zimmer ; BJCP 2005, p. 436 , n° 43, concl. D. Casas, obs. R. Schwartz. – CAA Lyon, 29 mai 2008, n° 06LY01546, Ville Lyon : Contrats- [Marchés](#) publ. 2008, comm. 185 , note G. Eckert). Il doit s'agir de motifs “liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage”. Deux catégories d'ouvrages peuvent remplir ces conditions. Il peut tout d'abord s'agir d’“ouvrages dont l'utilisation conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre”. Il peut également s'agir d’“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” (CCP, art. R. 2171-1).

Cette limite concernant la possibilité de recourir aux marchés publics de conception-réalisation pour les acheteurs relevant du livre IV ne s'applique ni aux organismes d'habitations à loyer modéré ni aux sociétés d'économie mixte de construction et de gestion de logements sociaux lorsque leurs marchés portent sur des “logements locatifs aidés par l'État 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 ” (CCP, art. L. 2171-2, al. 3). De plus, et à titre expérimental jusqu'en 2026, cette limite ne concerne pas non plus les marchés de conception-réalisation relatifs à la réalisation d'écoles élémentaires et maternelles d'enseignement public en Guyane et à Mayotte (L. n° 2019-791, 26 juill. 2019 , pour une école de la confiance, art. 59 : JO 28 juill. 2019, texte n° 3 ; Contrats- Marchés publ. 2019, comm. 294 , obs. G. Clamour).

§ 221 Règles spécifiques applicables aux marchés globaux de performance

Les marchés globaux de performance permettent aux acheteurs de passer un contrat confiant au cocontractant la réalisation ou la conception-réalisation de prestations ainsi que l'exploitation ou la maintenance de ces réalisations. Ces marchés doivent permettre d'atteindre des objectifs chiffrés de performance, ce qui exige que le marché public comporte “*des engagements de performance mesurables*”. Ceux-ci peuvent “*notamment*” être définis “*en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique*” (*CCP, art. L. 2171-3*).

Au-delà de l'obligation d'établir de tels objectifs chiffrés, les acheteurs doivent respecter certaines règles particulières lorsqu'ils passent des marchés globaux de performance. Ainsi, ils doivent faire apparaître de manière séparée les prix des prestations de réalisation, d'exploitation ou de maintenance du marché (*CCP, art. R. 2171-2, al. 1er*). Par ailleurs, les acheteurs doivent lier la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance du marché public global de performance à l'atteinte des engagements de performances mesurables qui ont été fixées dans le marché pour toute sa durée (*CCP, art. R. 2171-2, al. 2*). Enfin, lorsqu'ils attribuent un marché global de performance, les acheteurs doivent se fonder sur une pluralité de critères, ce qui exclut l'utilisation du prix ou du coût comme critère unique d'attribution. De plus, parmi les critères utilisés, ils doivent nécessairement intégrer le critère du coût global ainsi qu'un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance définis en fonction de l'objet du marché (*CCP, art. R. 2171-3*).

§ 222 Règles spécifiques applicables aux marchés globaux passés par des acheteurs relevant du livre IV du code (acheteurs relevant auparavant de la loi MOP)

Les acheteurs qui relèvent des dispositions du livre IV de la deuxième partie du Code de la commande publique doivent respecter certaines règles spécifiques lorsqu'ils passent des marchés globaux.

En principe, ces acheteurs doivent passer leurs marchés selon une procédure formalisée lorsque la valeur estimée de leurs besoins est supérieure ou égale aux seuils des procédures formalisées, et selon une procédure adaptée en dessous (*CCP, art. R. 2171-15*).

Les acheteurs ont l'obligation de désigner un jury pour les assister lors de la procédure de passation (*CCP, art. R. 2171-16*). Le jury doit être *“composé exclusivement 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”* (*CCP, art. R. 2171-17*). Néanmoins, cette obligation ne joue pas pour certains marchés de conception-réalisation passés par les pouvoirs adjudicateurs. Ne sont pas concernés les marchés de maîtrise d'œuvre relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ou à la réalisation d'un projet urbain ou paysager, les marchés de maîtrise d'œuvre concernant des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation, ainsi que les marchés de maîtrise d'œuvre relatifs à des ouvrages d'infrastructures. Cette obligation ne s'applique pas non plus aux marchés publics de conception-réalisation passés par des entités adjudicatrices lorsqu'elles organisent un dialogue compétitif ou lorsqu'elles utilisent la procédure négociée avec publicité préalable (*CCP, art. R. 2171-16*).

La procédure de passation fait collaborer l'acheteur et le jury tout au long de la procédure de passation lorsque la désignation de ce dernier s'impose. Dans un premier temps, le jury intervient au moment de la sélection des candidatures. Il doit examiner les candidatures, dresser un procès-verbal, puis formuler un avis motivé sur la liste des candidats qui doivent selon lui être retenus. Cet avis ne lie pas l'acheteur mais il sera pris en compte par ce dernier pour arrêter la liste des candidats admis pour la suite de la procédure. Dans un second temps, ces candidats vont devoir exécuter des prestations qui seront évaluées par le jury. Parmi celles-ci, il doit y avoir *“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 va examiner ces prestations, dresser un procès-verbal d'examen et d'audition des candidats, puis il formulera un avis motivé. L'acheteur pourra alors attribuer le marché public en tenant compte de l'avis du jury, même si ce second avis ne lie pas non plus l'acheteur. Ce dernier pourra, auparavant, *“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” (CCP, art. R. 2171-18).

§ 223 Règles particulières concernant le versement de primes dans le cadre des marchés globaux

Les acheteurs sont parfois tenus de verser une prime aux soumissionnaires lorsque les documents de la consultation prévoient la remise de prestations. C'est le cas pour les acheteurs relevant du livre IV de la partie II du code lorsqu'ils passent un marché de conception-réalisation ; ainsi que pour tous les acheteurs lorsqu'ils passent un marché global de performance qui comporte des prestations de conception. Dans de telles hypothèses, les documents de la consultation doivent indiquer le montant de la prime ainsi que les modalités de réduction ou de suppression de cette prime (*CCP, art. R. 2171-19*).

Dans tous les cas – c'est-à-dire que les acheteurs soient ou non tenus de verser une prime – le montant de la prime attribuée *“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 %”* (*CCP, art. R. 2171-20*).

Lorsque la prime est versée dans le cadre d'un marché de conception-réalisation ou d'un marché global de performance qui *“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”* (*CCP, art. R. 2171-21*).

Enfin, et de manière classique, la rémunération du titulaire doit tenir compte de la prime qu'il a reçue au cours de la procédure de passation (*CCP, art. R. 2171-22*).

2° Marchés spécifiques en raison de leur objet

§ 224 Distinction

Au-delà des marchés globaux, il existe plusieurs catégories de marchés qui obéissent à des règles spécifiques en raison de leur objet : les marchés de maîtrise d'œuvre, les marchés de décoration des constructions publiques, les partenariats d'innovation, les marchés réalisés dans le cadre de programmes expérimentaux et les marchés relatifs à l'achat de véhicules à moteur.

§ 225 Règles particulières concernant les marchés de maîtrise d'œuvre

Lorsque l'acheteur à l'origine de la procédure de passation du marché de maîtrise d'œuvre est un acheteur relevant du champ d'application du livre IV de la deuxième partie du Code de la commande publique, il doit organiser un concours avant le lancement de la procédure de passation de ce marché (*CCP, art. L. 2172-1*). Lorsque de tels acheteurs passent des marchés publics de maîtrise d'œuvre qui répondent à un besoin dont le montant est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée, le concours organisé doit être un concours restreint et les marchés de maîtrise d'œuvre seront négociés avec le ou les lauréats de ce concours (*CCP, art. R. 2172-2*). De tels acheteurs doivent également respecter les règles fixées par le livre IV de la deuxième partie du Code de la commande publique (*CCP, art. R. 2172-1*). Ils ne sont toutefois pas obligés d'organiser un concours lorsque le marché porte sur la réutilisation ou la réhabilitation d'ouvrages existants ou sur la réalisation d'un projet urbain ou paysager ; lorsqu'il porte sur des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ; lorsqu'il porte sur des ouvrages d'infrastructures ; lorsque ce marché ne confie aucune mission de conception au titulaire ; ou lorsque le marché porte sur des ouvrages de bâtiment réalisés par des organismes HLM, des sociétés d'économie mixte de construction et de gestion de logements sociaux agréées ou par les centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires (*CCP, art. R. 2172-2*).

Les autres acheteurs passent leurs marchés de maîtrise d'œuvre conformément aux règles applicables à l'ensemble des marchés publics . Ainsi, s'ils dépassent les seuils européens, ces marchés doivent être passés selon une procédure formalisée, à moins qu'ils ne remplissent les conditions permettant de les passer selon la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence (*CCP, art. R. 2172-3*).

Les candidats peuvent bénéficier de primes dont le montant dépend de la nature de l'acheteur à l'origine de la procédure de passation et de la procédure utilisée pour passer le marché de maîtrise d'œuvre. Dans tous les cas, les acheteurs doivent indiquer le montant de la prime versée dans les documents de la consultation. Ils doivent également tenir compte du montant de la prime reçue par les titulaires des marchés publics de maîtrise d'œuvre pour évaluer leur rémunération (*CCP, art. R. 2172-6*) :

- si l'acheteur est soumis aux dispositions du livre IV de la deuxième partie du Code de la commande publique et s'il organise un concours, une prime peut être versée aux opérateurs économiques qui ont remis des prestations conformes au règlement du concours. Le montant de cette prime doit correspondre « *au prix estimé des études à effectuer, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %* ». L'acheteur ne peut pas décider seul du versement de cette prime : celle-ci « *est versée aux participants au concours sur proposition du jury* ». Pour autant, l'acheteur garde la maîtrise de la décision finale concernant le versement de ces primes : les documents de la consultation peuvent lui réserver la possibilité de décider de réduire ou de supprimer les primes prévues (*CCP, art. R. 2172-4*) ;
- si l'acheteur à l'origine de la procédure n'organise pas de concours – qu'il s'agisse ou non d'un acheteur relevant du livre IV du code – “*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*” (*CCP, art. R. 2172-5*).

§ 226 Règles particulières concernant les marchés publics de décoration des constructions publiques

Les acheteurs doivent respecter des obligations spécifiques lorsqu'ils passent des marchés de décoration des constructions publiques. Ces marchés ne sont passés que par les collectivités publiques soumises à l'obligation de décoration des constructions publiques (V. n° 61), après avis d'un comité artistique et dans les conditions prévues par voie réglementaire (CCP, art. L. 2172-2 et R. 2172-7 et s.). En réalité, les règles applicables varient en fonction du montant du marché, suivant si celui-ci est ou non supérieur ou égal aux seuils des procédures formalisées de passation .

En effet, les acheteurs doivent respecter les règles communes applicables à l'ensemble des marchés publics lorsque le montant du marché dépasse les seuils européens et qu'il a pour objet l'achat ou la commande d'une ou plusieurs réalisations artistiques. En pratique, cela signifie que les acheteurs doivent respecter les règles applicables dans le cadre des procédures formalisées de passation . La seule particularité réside dans l'intervention d'un comité artistique, comme dans le cadre des marchés publics de décoration des constructions publiques inférieurs aux seuils (CCP, art. R. 2172-17).

En revanche, lorsque le montant du marché est inférieur aux seuils européens, les règles applicables présentent davantage de spécificités. Celles-ci diffèrent en fonction de l'objet du marché, suivant si la commande porte sur des réalisations artistiques à créer (CCP, art. R. 2172-8 et s.) ou sur des réalisations artistiques existantes (CCP, art. R. 2172-15 et s.).

Lorsque le montant du marché est inférieur aux seuils européens et que la commande porte sur une ou plusieurs réalisations artistiques à créer dans le cadre d'une opération immobilière, les acheteurs publics doivent mettre en place un comité artistique dès que le maître d'œuvre a établi l'avant-projet sommaire concernant le bâtiment (CCP, art. R. 2172-9). Ce comité va alors devoir élaborer le programme de la commande artistique. Ce programme doit notamment préciser quelle est la nature de la réalisation envisagée et quel sera son emplacement. L'acheteur reste néanmoins compétent pour approuver ce programme, qui doit lui être soumis par le comité artistique (CCP, art. R. 2172-10). Deux possibilités s'ouvrent alors à l'acheteur. D'une part, si la commande porte sur la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique et qu'elle

ne peut donc être confiée qu'à un prestataire déterminé, les acheteurs peuvent négocier directement le marché de décoration avec ce prestataire, sans publicité ni mise en concurrence préalables. D'autre part, si différents prestataires sont susceptibles de se voir confier la commande, les acheteurs doivent effectuer *“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”*. Dans ce cas, l'avis de publicité doit indiquer combien d'artistes seront autorisés à présenter un projet en réponse au programme (*CCP, art. R. 2172-11*). Dans cette seconde hypothèse, les acheteurs vont sélectionner les candidats autorisés à présenter leurs projets puis c'est le comité artistique qui va demander aux artistes sélectionnés de remettre leurs projets et qui va les entendre si cela s'avère nécessaire. Il va ensuite se prononcer sur ces projets et en proposer un ou plusieurs à l'acheteur (*CCP, art. R. 2172-12*). Ce dernier pourra alors désigner l'attributaire du marché public de décoration *“après avis du comité artistique, par une décision motivée”*. Il devra informer l'ensemble des candidats de son choix (*CCP, art. R. 2172-13*). En principe, les acheteurs doivent verser une indemnité aux artistes qui ont présenté un projet au comité artistique mais qui n'ont pas été retenus. Le total des indemnités versées ne peut pas dépasser 20 % du montant maximum que l'acheteur peut consacrer à l'obligation de décoration de la construction publique en cause. Toutefois, *“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”* (*CCP, art. R. 2172-14*).

Lorsque le montant du marché est inférieur aux seuils européens et que la commande porte sur une ou plusieurs réalisations artistiques existantes, les règles de passation varient en fonction du montant du marché. Ainsi, si ce montant est inférieur à 30 000 € HT, l'acheteur peut l'attribuer librement *“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”* (*CCP, art. R. 2172-15*). En revanche, si ce montant est supérieur ou égal à 30 000 € HT et inférieur aux seuils européens, l'acheteur doit respecter les règles de passation des marchés de décoration des constructions publiques qui sont applicables lorsque la commande porte sur une ou plusieurs réalisations artistiques à créer dans le cadre d'une opération immobilière et que le montant est inférieur aux seuils européens (*CCP, art. R. 2172-16*).

En toutes hypothèses, les règles concernant la composition et le fonctionnement du comité artistique sont les mêmes. Celles-ci dépendent du lieu de réalisation de l'opération immobilière. Si cette opération est située sur le territoire national, le comité comprend :

- 1° Le maître de l'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 de l'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'État.

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 (*CCP, art. R. 2172-18*).

Par ailleurs, lorsque l'opération n'est pas située sur le territoire national, ce comité comprend :

- 1° Le maître de l'ouvrage ou son représentant, qui en assure la présidence et a voix prépondérante en cas de partage égal des voix ;
- 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 (*CCP, art. R. 2172-19*).

§ 227 Règles particulières concernant les partenariats d'innovation

Les acheteurs ont recours à un partenariat d'innovation lorsque les travaux, les fournitures ou les services qu'ils souhaitent ne sont pas disponibles sur le marché (*CCP, art. L. 2172-3 . – V. n° 62*). Lorsqu'un acheteur décide de mettre en place un partenariat d'innovation, il peut le faire soit avec un seul opérateur économique, soit avec plusieurs. L'acheteur devra alors passer avec eux des contrats individuels afin qu'ils exécutent les prestations confiées de manière séparée (*CCP, art. R. 2172-20*).

Les acheteurs doivent indiquer leur décision de recourir à un partenariat d'innovation dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation (*CCP, art. R. 2172-21*).

De plus, l'acheteur qui décide d'utiliser un partenariat d'innovation doit prendre en compte la spécificité de cette procédure lors de la définition des besoins. En effet, l'acheteur doit définir son besoin s'agissant des produits, services ou travaux innovants dans les documents de la consultation, en précisant parmi les éléments définis quels sont ceux qui fixent les exigences minimales à respecter qui s'imposeront à toutes les offres. L'acheteur doit donc fournir des informations suffisamment précises sur son besoin *“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”* (*CCP, art. R. 2172-22*). Cette définition précise que des besoins doivent également permettre la mise en place d'une réelle concurrence entre les opérateurs. Par ailleurs, les acheteurs doivent prévoir dans le partenariat d'innovation comment seront répartis les droits de propriété intellectuelle, *“notamment quant aux résultats des phases de recherche et développement”* (*CCP, art. R. 2172-25*).

Du point de vue du déroulement de la procédure, celle-ci se calque sur les phases nécessaires à la recherche, au développement, puis à l'acquisition des travaux, fournitures ou services innovants. Ainsi, *“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”*. Les

acheteurs doivent tenir compte du degré d'innovation de la solution proposée ainsi que de la durée et du coût des activités de recherche et d'innovation nécessaires au développement de la solution innovante pour définir la structure, la durée et la valeur des différentes phases du partenariat d'innovation. De plus, les acheteurs doivent veiller à ce que la valeur estimée des produits, services ou travaux innovants ne soit pas disproportionnée par rapport aux investissements nécessaires à leur développement, *“quelle que soit la part des activités de recherche et de développement financée par l'acheteur”* (CCP, art. R. 2172-23). D'ailleurs, le calcul de la valeur estimée du besoin obéit à des règles spécifiques lorsque les acheteurs ont recours au partenariat d'innovation afin de permettre la prise en compte de la valeur totale de ce partenariat (V. n° 39).

Pour chaque phase nécessaire à la mise en œuvre du partenariat d'innovation, les acheteurs doivent définir les objectifs à atteindre et la rémunération qui sera accordée au partenaire pour cette phase (CCP, art. R. 2172-24).

Lorsque le montant du partenariat d'innovation est égal ou supérieur aux seuils des procédures formalisées, les acheteurs doivent utiliser la procédure avec négociation (CCP, art. R. 2172-26). Ils doivent néanmoins respecter les règles spécifiques concernant la passation des partenariats d'innovation telles qu'elles sont prévues par le code. Ainsi, quel que soit le montant du partenariat, les acheteurs ne peuvent pas utiliser un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif en lieu et place de l'avis de marché (CCP, art. R. 2172-27). La publicité du partenariat d'innovation doit donc nécessairement passer par la publication d'un avis de marché. Par ailleurs, contrairement aux règles classiques prévues dans le cadre de la procédure avec négociation, les acheteurs ne peuvent pas réduire le délai minimum de réception des candidatures lors de la passation d'un partenariat d'innovation. Ce délai reste donc de 30 jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché (CCP, art. R. 2172-28, al. 1er). De plus, s'agissant des critères de sélection des candidatures, les acheteurs doivent tenir 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”* (CCP, art. R. 2172-28, al. 2). Pour ce qui concerne la phase de sélection des offres, les acheteurs fixent librement le délai minimal de réception des offres dans le cadre du partenariat d'innovation. Ils doivent néanmoins respecter les règles communes applicables à l'ensemble des procédures de passation des marchés publics , et notamment les délais minimaux prévus dans le cadre des procédures formalisées de passation si une telle procédure est mise en œuvre (CCP, art. R. 2172-29). Enfin, il faut souligner que le recours au partenariat

d'innovation fait partie des hypothèses qui permettent aux acheteurs publics autres que les établissements publics industriels et commerciaux de l'État de conclure des marchés publics à prix provisoires (V. n° 95).

Les acheteurs sont tenus de négocier dans le cadre de la procédure de passation d'un partenariat d'innovation. Il leur est en effet interdit d'attribuer le partenariat sur la base des offres initiales sans négociation. Ils doivent donc négocier « *les offres initiales et toutes les offres ultérieures en vue d'en améliorer le contenu à l'exception des offres finales* ». Les acheteurs peuvent décider que la négociation se déroulera en plusieurs phases successives et éliminatoires. Ainsi, à la fin de chaque phase certains soumissionnaires seront éliminés par l'acheteur en appliquant les critères d'attribution tels qu'ils ont été préalablement définis dans les documents de la consultation. L'acheteur doit informer les soumissionnaires restants des changements qu'il a apportés aux documents de la consultation et il doit leur laisser un délai suffisant pour qu'ils puissent modifier leurs offres et éventuellement les présenter à nouveau. Néanmoins, cette possibilité de mettre en œuvre des phases successives et éliminatoires n'est ouverte aux acheteurs que s'ils ont indiqué dans les documents de la consultation qu'ils pourraient faire usage de cette faculté. De plus, et en toutes hypothèses, les acheteurs ne peuvent pas négocier les critères d'attribution, ni les exigences minimales (*CCP, art. R. 2172-30*). Cette obligation de négocier et ses modalités de mise en œuvre expliquent d'ailleurs que les acheteurs soient obligés d'utiliser une pluralité de critères d'attribution lorsqu'ils ont recours à un partenariat d'innovation (*CCP, art. R. 2152-8*).

Le découpage du partenariat d'innovation en différentes phases va faire intervenir des décisions de la part des acheteurs à la fin de chacune de ces phases. Ainsi, l'acheteur à l'origine de la procédure doit décider de poursuivre l'exécution du partenariat d'innovation, d'y mettre un terme, ou de réduire le nombre de partenaires en tenant compte des résultats obtenus lors de la phase qui vient de s'écouler. Dans tous les cas, le partenariat d'innovation doit mentionner cette prérogative et en définir les conditions de mise en œuvre. Les acheteurs doivent notamment préciser dans le partenariat quelles seront les conséquences financières de telles décisions ainsi que les modalités selon lesquelles ils entendent sélectionner les partenaires avec lesquels ils poursuivront l'exécution du partenariat. S'il décide de poursuivre l'exécution du partenariat d'innovation, l'acheteur peut choisir de préciser ou de modifier les objectifs et les moyens à mettre en œuvre lors de la phase suivante, en accord avec son ou ses partenaires. Il ne peut cependant pas modifier substantiellement

les conditions initiales du partenariat d'innovation. Par ailleurs, s'il décide de réduire le nombre de partenaires, l'acheteur doit mettre un terme à leurs contrats individuels. Dans tous les cas, une décision de l'acheteur doit être notifiée au partenaire pour l'exécution de chaque phase et les conditions de cette notification doivent être fixées par le partenariat d'innovation (*CCP, art. R. 2172-31*).

Enfin, il convient de préciser que tous les produits, services ou travaux qui résultent des phases de recherche et de développement ne peuvent pas être acquis par les acheteurs. Ils ne peuvent les acquérir que si deux conditions sont remplies : ils doivent correspondre aux niveaux de performance prévus par le partenariat d'innovation et ils ne doivent pas excéder les coûts maximums qui ont été prévus par celui-ci (*CCP, art. R. 2172-32*).

§ 228 Règles particulières concernant les marchés réalisés dans le cadre de programmes expérimentaux

Lorsque les acheteurs passent un marché de maîtrise d'œuvre ou de travaux afin de vérifier la pertinence d'ouvrages réalisés à l'occasion de projets retenus par l'État dans le cadre d'un programme public national de recherche, d'essai et d'expérimentation (*V. n° 63*), ils doivent mettre en œuvre une procédure de mise en concurrence conforme aux règles générales concernant les procédures de passation des marchés publics . Néanmoins, cette mise en concurrence ne peut concerner que 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*”. De plus, un protocole d'expérimentation doit être passé avec l'organisme public responsable du programme national (*CCP, art. R. 2172-34*).

§ 229 Règles particulières concernant la passation des marchés publics relatifs à l'achat de véhicules à moteur

Lorsqu'ils passent des marchés publics relatifs à l'achat de véhicules à moteur conçus et construits pour le transport de personnes ou pour le transport de marchandises et qui ont au moins quatre roues, les acheteurs peuvent être obligés de tenir compte des incidences énergétiques et environnementales de ce véhicule sur toute sa durée de vie. Cette obligation ne concerne que les marchés dont la valeur estimée atteint ou dépasse les seuils européens – ou qui sont réalisés pour l'exécution d'un service public de transport – et admet certaines exceptions (*CCP, art. R. 2172-35 et R. 2172-36 . – V. n° 64*).

Pour satisfaire cette obligation, les acheteurs peuvent utiliser les spécifications techniques du marché public. Ils peuvent en effet intégrer des spécifications concernant les performances énergétiques et environnementales du véhicule parmi les spécifications techniques. Ils peuvent également satisfaire cette obligation en incluant parmi les critères d'attribution du marché la question des incidences énergétiques et environnementales du véhicule sur toute sa durée de vie (*CCP, art. R. 2172-37*). Lorsque les acheteurs choisissent cette seconde option, ils doivent définir les incidences à prendre en compte conformément à un arrêté conjoint des ministres chargés de l'Écologie et de l'Économie qui figure en annexe du Code de la commande publique . De la même manière, s'ils souhaitent traduire ces incidences en valeur monétaire, ils doivent se conformer à la méthodologie établie par cet arrêté pour quantifier ces incidences (*CCP, art. R. 2172-37 et R. 2172-38*).

BIBLIOGRAPHIE

ARTICLES

M. Amilhat

La nouvelle procédure adaptée : le maintien d'une singularité en trompe l'œil : Contrats-[Marchés](#) publ. 2017, étude 5

A. Bardoux , A. Labetoule et S. Le Cadet

Panorama des principales nouveautés de la réforme du droit des marchés publics : ce qu'il faut retenir : JCP A 2016, 2130

S. Braconnier et J.-L. Heckenroth

Regards croisés : négociation dans les contrats de la commande publique : Contrats-[Marchés](#) publ. 2019, prat. 7

F. Dieu

Le respect du délai de standstill. Une obligation essentielle pour les pouvoirs adjudicateurs, une information primordiale pour les entreprises évincées : JCP A 2012, 2103

S. Dyens

Définition préalable du besoin et sourcing, la responsabilisation des acheteurs publics dans le nouveau droit des marchés publics : AJCT 2016, p. 422

C. Farineau et A. Gras

Les marchés publics de services de recherche et développement : Contrats-[Marchés](#) publ. 2020, étude 2

O. Guézou

Les centrales d'achat dans le nouveau code : AJDA 2004, p. 371

B. Koebel

Effectivité du 1 % artistique : Contrats-[Marchés](#) publ. 2019, comm. 360

F. Linditch

Les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 € HT. Marchés du troisième type ? : JCP A 2016, 2142

Le règlement de la consultation est mort, vive les « documents de la consultation » ! Réforme des marchés publics , suite : JCP A 2016, 2296

À propos de la mise à jour de la fiche DAJ « MAPA et autres marchés publics de faible montant » : Contrats-[Marchés](#) publ. 2020, alerte 7

F. Llorens et P. Soler-Couteaux

Marchés globaux et maîtrise d'œuvre : derniers développements de relations tendues : Contrats-[Marchés](#) publ. 2017, repère 6

E. Maupin

Dématérialisation des marchés publics : le compte à rebours a commencé : AJDA 2018, p. 1700

A. Maurel

Smart city et commande publique : entre obligation et opportunité : Contrats-[Marchés](#) publ. 2020, prat. 6

C. Mialot et T. Poulard

Le partenariat d'innovation. Retours d'expérience : CDE 2016, dossier 49

E. Muller

Le besoin : une notion aux enjeux multiples : Contrats- [Marchés](#) publ. 2020, repère 3

H. Pauliat

Marchés publics : enfin les décrets ! : JCP A 2016, act. 289

E. Perois et L. Sery

Le sourcing : démarche vertueuse ou piègeuse pour les acheteurs publics ? : Contrats- [Marchés](#) publ. 2018, étude 3

M.-A. Petiot et P. Terneyre

Le nouveau marché public pour la réalisation de prestations globales et complexes de performances énergétiques : AJDA 2012, p. 412

T. Pez

Le risque, les concessions et les marchés : RFDA 2016, p. 237

E. Pourcel

Le partenariat d'innovation, de vraies fausses novations contractuelle et procédurale ? : Contrats- [Marchés](#) publ. 2015, étude 5

Marchés de conception-réalisation : une exception au principe devenue exception de principe ? : Contrats- [Marchés](#) publ. 2010, étude 7

Y. Simonnet

Centrales d'achat, en quête de précisions : Contrats- [Marchés](#) publ. 2015, dossier 7

A.-M. Smolinska et A. Guimet

La résurrection des principes de la loi MOP pour les marchés globaux : JCP A 2017, act. 330

OUVRAGES

S. Braconnier

Précis du droit de la commande publique : Le Moniteur, 6e éd., 2019

H. Hoepffner

Droit des contrats administratifs : Dalloz, 2e éd., 2019

C. Lajoie

Droit des marchés publics : Gualino, 6e éd., 2017

L. Richer et F. Lichère

Droit des contrats administratifs : LGDJ, 10e éd., 2016

M. Ubaud-Bergeron

Droit des contrats administratifs : LexisNexis, 3e éd., 2019

ENCYCLOPÉDIES JURISCLASSEUR

M. Amilhat

Marchés passés en procédure adaptée : JCl. Contrats et [Marchés Publics](#) , fasc. 60-70

Marchés de partenariat : JCl. Contrats et [Marchés Publics](#) , fasc. 648

E. Pourcel

Marchés publics de défense et de sécurité. Principes généraux et règles de passation : JCl. Contrats et [Marchés Publics](#) , fasc. 645-2