



HAL
open science

Code de la commande publique annoté 2025 - 6e ed

Frédéric Allaire

► **To cite this version:**

| Frédéric Allaire. Code de la commande publique annoté 2025 - 6e ed. 2025. hal-04916566

HAL Id: hal-04916566

<https://hal.science/hal-04916566v1>

Submitted on 28 Jan 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

2025 – 6ème édition

CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE ANNOTE

Frédéric Allaire
Professeur de droit public

A jour de :

- ◇ Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique
- ◇ Loi n° 2024-450 du 21 mai 2024 relative à l'organisation de la gouvernance de la sûreté nucléaire et de la radioprotection pour répondre au défi de la relance de la filière nucléaire
- ◇ Loi n° 2023-1322 du 29 décembre 2023 de finances pour 2024
- ◇ Décret n° 2023-1292 du 27 décembre 2023 fixant le seuil d'application des offres variables dans les procédures de marchés passés par les entités adjudicatrices a été publié au Journal officiel du 29 décembre 2023
- ◇ Ordonnance n° 2023-1142 du 6 décembre 2023 relative à la publication et à la certification d'informations en matière de durabilité et aux obligations environnementales, sociales et de gouvernement d'entreprise des sociétés commerciales
- ◇ Loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte
- ◇ Loi n° 2023-171 du 9 mars 2023 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de l'économie, de la santé, du travail, des transports et de l'agriculture
- ◇ Loi n° 2023-656 du 25 juillet 2023, l'ordonnance n° 2023-660 du 26 juillet 2023 pose trois séries de mesures temporaires en matière de commande publique nécessaires à l'accélération de la reconstruction et de la réfection des équipements publics et des bâtiments dégradés ou détruits au cours des violences urbaines survenues du 27 juin au 5 juillet 2023
- ◇ Décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022 portant diverses modifications du code de commande publique
- ◇ Ordonnance n° 2022-1336 du 19 octobre 2022 relative aux droits sociaux des personnes détenues ;
- ◇ Décret n° 2022-1299 du 7 octobre 2022 relatif à la généralisation de la facturation électronique dans les transactions entre assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée et à la transmission des données de transaction
- ◇ LOI n° 2022-1157 du 16 août 2022 de finances rectificative pour 2022
- ◇ Décret n° 2022-767 du 2 mai 2022 portant diverses modifications du code de la commande publique
- ◇ Règlement (UE) n° 2022/576 du Conseil du 8 avril 2022
- ◇ LOI n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale.

Mis à jour 21 janvier 2025.

Ce document est librement et gratuitement téléchargeable.

Il ne peut faire l'objet d'une quelconque commercialisation ou être utilisé comme support d'une activité de formation sans l'accord de son auteur.

Titre - Préliminaire.....	10	Section 1 - Mutualisation de l'achat.....	68
PREMIÈRE PARTIE - DÉFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION.....	14	Sous-section 1 - Centrales d'achat.....	68
Livre Ier - CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE.....	14	Sous-section 2 - Groupement de commandes.....	70
Titre I - LES MARCHES PUBLICS.....	19	Sous-section 3 - Entités communes transnationales.....	72
Chapitre I - LE MARCHÉ PUBLIC.....	19	Section 2 - Allotissement.....	72
Section 1 - Définition.....	19	Section 3 - Réservation.....	79
Section 2 - Objet.....	24	Sous-section 1 - Réservation de marchés aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés et défavorisés.....	79
Chapitre II - LE MARCHÉ DE PARTENARIAT.....	27	Sous-section 2 - Réservation de marchés aux entreprises de l'économie sociale et solidaire.....	80
Chapitre III - LE MARCHÉ PUBLIC DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ.....	27	Titre II - CHOIX DE LA PROCÉDURE DE PASSATION.....	81
Titre II - LES CONTRATS DE CONCESSION.....	28	Chapitre Ier - Calcul de la valeur estimée du besoin.....	81
Chapitre I - LE CONTRAT DE CONCESSION.....	28	Section 1 - Dispositions générales.....	81
Section 1 - Définition.....	28	Section 2 - Prise en compte de la nature des prestations.....	81
Section 2 - Objet du contrat de concession.....	33	Section 3 - Dispositions propres aux accords-cadres, systèmes d'acquisition dynamique et partenariats d'innovation.....	83
Chapitre II - LE CONTRAT DE CONCESSION DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ.....	34	Chapitre II - Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables.....	83
Livre II - LES ACTEURS DE LA COMMANDE PUBLIQUE.....	36	Section 1 - Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leur montant ou de leur objet.....	83
Titre I - LES ACHETEURS ET LES AUTORITÉS CONCÉDANTES.....	36	Section 2 - Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de la qualité de l'acheteur.....	89
Chapitre I - LES POUVOIRS ADJUDICATEURS.....	36	Chapitre III - Marchés passés selon une procédure adaptée.....	90
Chapitre II - LES ENTITÉS ADJUDICATRICES.....	39	Section 1 - Conditions de recours à une procédure adaptée.....	90
Titre II LES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES, LES CANDIDATS ET LES SOUMISSIONNAIRES.....	42	Section 2 - Règles applicables.....	92
Livre III - LES CONTRATS MIXTES.....	45	Section 3 - Règles particulières aux services juridiques.....	93
Titre I CONTRATS MIXTES PORTANT SUR DES BESOINS RELEVANT DU PRÉSENT CODE ET D'AUTRES BESOINS.....	45	Chapitre IV - Marchés passés selon une procédure formalisée.....	93
Chapitre I CONTRATS MIXTES COMPORTANT DES PRESTATIONS DISSOCIABLES.....	45	Section 1 - Appel d'offres.....	94
Chapitre II CONTRATS MIXTES COMPORTANT DES PRESTATIONS INDISSOCIABLES.....	45	Section 2 - Procédure avec négociation.....	95
Titre II - CONTRATS RÉPONDANT À DES BESOINS D'ACHETEURS ET D'AUTORITÉS CONCÉDANTES.....	47	Section 3 - Dialogue compétitif.....	102
CHAPITRE Ier - CONTRATS COMPORTANT DES PRESTATIONS DISSOCIABLES.....	47	Chapitre V - Techniques d'achat.....	103
Chapitre III - Contrats comportant des prestations relevant des marchés de défense ou de sécurité.....	47	Titre III - ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE DE PASSATION.....	104
Titre III : CONTRATS COMPORTANT DES PRESTATIONS RÉPONDANT AUX INTÉRÊTS ESSENTIELS DE SÉCURITÉ.....	47	Chapitre Ier - Publicité préalable.....	104
Livre IV - DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER.....	48	Section 1 - Supports de publication.....	104
PARTIE II - MARCHES PUBLICS.....	49	Sous-section 1 - Avis de préinformation et avis périodique indicatif manifestant l'intention des acheteurs de passer un marché.....	104
Livre préliminaire MARCHÉS PUBLICS MIXTES.....	49	Sous-section 2 - Avis de préinformation et avis périodique indicatif constituant un appel à la concurrence.....	105
Titre I - PRÉPARATION DU MARCHÉ PUBLIC.....	49	Paragraphe 1 - Dispositions applicables aux marchés autres que ceux relatifs aux services sociaux et autres services spécifiques.....	105
Chapitre I - DÉFINITION DU BESOIN.....	49	Paragraphe 2 - Dispositions applicables aux marchés de services sociaux et autres services spécifiques.....	105
Section 1 - Formalisation du besoin par des spécifications techniques.....	53	Paragraphe 3 - Dispositions communes relatives à l'invitation à confirmer l'intérêt.....	106
Sous-section 2 - Formulation des spécifications techniques.....	55	Sous-section 3 - Avis de marché.....	106
Section 3 - Utilisation de labels.....	57	Paragraphe 1 - Avis de marché pour certains marchés passés selon une procédure adaptée.....	106
Section 2 - Schéma de promotion des achats responsables.....	57	Paragraphe 2 - Modalités de publicité pour les marchés de services sociaux et autres services spécifiques.....	106
Section 2 - Schéma de promotion des achats responsables.....	57	Paragraphe 3 - Avis de marché pour les marchés passés selon une procédure formalisée.....	107
Chapitre II - Contenu du marché.....	58	Paragraphe 4 - Publicité supplémentaire.....	107
Section 1 - Règles générales.....	58		
Section 2 - Durée.....	60		
Section 3 - Prix.....	61		
Sous-section 1 - Forme des prix.....	62		
Paragraphe 1 - Prix fermes.....	64		
Paragraphe 2 - Prix révisibles.....	65		
Paragraphe 3 - Prix affecté par les fluctuations des cours mondiaux.....	66		
Sous-section 3 - Prix provisoires.....	67		

Section 2 - Publication	107
Chapitre II - Communication et échanges d'informations	108
Section 1 - Confidentialité	108
Sous-section 1 - Mise à disposition des documents de la consultation	109
Sous-section 2 - Support des communications et échanges d'informations	111
Section 2 - Dématérialisation des communications et échanges d'informations	112
Titre IV - PHASE DE CANDIDATURE	112
Chapitre Ier - Motifs d'exclusions de la procédure de passation	112
Section 1 - Exclusions de plein droit	112
Section 2 - Exclusions à l'appréciation de l'acheteur	116
Section 3 - Changement de situation des opérateurs économiques au regard des motifs d'exclusion	123
Section 4 - Groupements d'opérateurs économiques et sous-traitants	124
Chapitre II - Conditions de participation	124
Section 1 - Dispositions générales	130
Sous-section 1 - Conditions générales	130
Sous-section 2 - Conditions relatives à l'aptitude à exercer une activité professionnelle	133
Sous-section 3 - Conditions relatives aux capacités économiques et financières	133
Sous-section 4 - Conditions relatives aux capacités techniques et professionnelles	134
Section 2 - Réduction du nombre de candidats	136
Section 3 - Groupements d'opérateurs économiques	136
Chapitre III - Contenu des candidatures	141
Section 1 - Présentation des candidatures	141
Sous-section 1 - Délai de réception des candidatures	141
Sous-section 2 - Eléments à produire par le candidat	142
Section 2 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve	144
Sous-section 1 - Dispositions générales	144
Sous-section 2 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve de l'absence de motifs d'exclusion	144
Sous-section 3 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve relatifs aux conditions de participation	146
Sous-section 4 - Accès des acheteurs aux documents justificatifs et moyens de preuve	147
Sous-section 5 - Opérateurs agréés et certifiés	147
Section 3 - Traduction en français	147
Chapitre IV - Examen des candidatures	148
Section 1 - Modalités de vérification	148
Section 2 - Invitation des candidats sélectionnés	151
TITRE V - PHASE D'OFFRE	151
Chapitre Ier - Présentation et contenu des offres	151
Section 1 - Présentation des offres	151
Sous-section 1 - Délais de réception	151
Sous-section 2 - Modalités de remise	156
Sous-section 3 - Variantes	157
Chapitre II - Examen des offres	160
Section 1 - Offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées	160
Section 2 - Offres anormalement basses	166
Section 3 - Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse	170
Sous-section 1 - Choix des critères d'attribution	170
Sous-section 2 - Utilisation du coût du cycle de vie comme critère d'attribution	184
Sous-section 3 - Publicité des critères et de leurs modalités de mise en œuvre	184
Section 4 - Mise au point du marché	190
Chapitre III - Offres présentées par des opérateurs économiques ou comportant des produits d'Etats tiers	192

Section 1 - Principes généraux	192
Section 2 - Marchés de fournitures des entités adjudicatrices	192
Chapitre Ier - RÈGLES APPLICABLES AUX PROCÉDURES FORMALISÉES	193
Section 1 - Appel d'offres	193
Sous-section 1 - Appel d'offres ouvert	193
Sous-section 2 - Appel d'offres restreint	194
Section 2 - Procédure avec négociation	194
Sous-section 1 - Règles applicables aux pouvoirs adjudicateurs	194
Sous-section 2 - Règles applicables aux entités adjudicatrices	195
Section 3 - Dialogue compétitif	196
Chapitre II - RÈGLES APPLICABLES AUX TECHNIQUES D'ACHAT	197
Section 1 - Accords-cadres	197
Sous-section 1 - Dispositions générales	197
Sous-section 2 - Dispositions propres aux marchés subséquents	202
Sous-section 3 - Dispositions propres aux bons de commande	203
Section 2 - Concours	204
Sous-section 1 - Déroulement du concours	204
Sous-section 2 - Composition du jury	207
Section 3 - Système de qualification des entités adjudicatrices	208
Sous-section 1 - Règles de publicité	208
Sous-section 2 - Qualification des opérateurs économiques	208
Sous-section 3 - Règles de passation des marchés conclus sur la base d'un système de qualification	209
Section 4 - Système d'acquisition dynamique	209
Sous-section 1 - Mise en place du système d'acquisition dynamique	209
Paragraphe 1 - Formalités de publicité	209
Paragraphe 2 - Documents de la consultation	209
Sous-section 2 - Sélection des opérateurs économiques participant au système d'acquisition dynamique	209
Sous-section 3 - Règles de passation des marchés spécifiques conclus sur la base d'un système d'acquisition dynamique	210
Section 5 - Catalogues électroniques	210
Section 6 - Enchères électroniques	211
Chapitre Ier - Règles applicables à certains marchés globaux	212
Section 1 - Caractéristiques des marchés globaux	212
Sous-section 1 - Marché de conception-réalisation	212
Sous-section 2 - Marché global de performance	214
Sous-section 3 - Dispositions communes aux marchés globaux comportant des prestations de conception d'un ouvrage de bâtiment	214
Section 2 - Procédure de passation des marchés globaux applicable aux acheteurs soumis au livre IV	215
Section 3 - Versement d'une prime	216
Section 4 - Marchés globaux sectoriels	217
Section 5 - Identification et mission de la maîtrise d'œuvre dans les marchés globaux	217
Section 6 - Part d'exécution des marchés globaux réservée aux petites et moyennes entreprises	217
Chapitre II - Règles applicables à certains marchés en fonction de leur objet	217
Section 1 - Marchés de maîtrise d'œuvre	217
Sous-section 1 - Définition	217
Sous-section 2 - Procédures applicables	217
Sous-section 3 - Primes	218
Section 2 - Marchés de décoration des constructions publiques	219
Sous-section 1 - Marchés inférieurs aux seuils européens	219
Sous-section 2 - Marchés supérieurs aux seuils européens	220
Sous-section 3 - Composition et fonctionnement du comité artistique	220

Section 3 - Partenariats d'innovation	220	demandes de paiement.....	243
Sous-section 1 - Contenu du partenariat d'innovation.....	222	Paragraphe 4 - Dispositions propres aux sous-traitants bénéficiant du paiement direct.....	244
Sous-section 2 - Passation du partenariat d'innovation	222	Paragraphe 5 - Dispositions propres aux avances, aux garanties et aux indemnités de résiliation.....	244
Sous-section 3 - Déroulement du partenariat d'innovation	223	Sous-section 3 - Interruption du délai de paiement	245
Section 4 - Marchés réalisés dans le cadre de programmes expérimentaux.....	223	Sous-section 4 - Amende administrative en cas de retard de paiement	246
Section 1 - Marchés passés selon une procédure adaptée	224	Section 3 - Paiement par carte d'achat des marchés des personnes morales de droit public dotées d'un comptable public.....	246
Section 2 - Marchés passés selon une procédure formalisée	225	Chapitre III - Sous-traitance	246
Section 3 - Informations des candidats et soumissionnaires évincés dans le cadre d'un système de qualification passé par une entité adjudicatrice.....	226	Section 1 - Acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement	247
Chapitre II - Signature et notification du marché	226	Sous-section 1 - Modalités d'acceptation et d'agrément.....	247
Section 1 - Signature du marché	226	Sous-section 2 - Modalités de modification de l'exemplaire unique et du certificat de cessibilité en cas de prestations confiées à un sous-traitant admis au paiement direct.....	250
Section 2 - Notification du marché	227	Sous-section 3 - Offres anormalement basses des sous-traitants	251
Chapitre III - Avis d'attribution	228	Section 2 - Paiement du sous-traitant.....	252
Chapitre IV - Conservation des informations	229	Sous-section 1 - Paiement direct du sous-traitant.....	253
Section 1 - Rapport de présentation de la procédure menée par les pouvoirs adjudicateurs	229	Sous-section 2 - Modalités de paiement.....	256
Section 2 - Informations conservées par les entités adjudicatrices.....	230	Section 3 - Régime financier	257
Chapitre V - Abandon de la procédure	230	Sous-section 1 - Avances.....	257
Titre IX - EXÉCUTION DU MARCHÉ	232	Sous-section 2 - Cession ou nantissement de créances.....	259
Section 1 - Avances.....	232	Chapitre IV - Modification du marché.....	261
Sous-section 1 - Dispositions générales.....	232	Sous-section 1 - Clauses contractuelles	262
TA Caen 3 ^{ème} chambre n°2102319 27 octobre 2023	234	Sous-section 2 - Travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires	262
Sous-section 2 - Dispositions particulières	234	Sous-section 3 - Circonstances imprévues.....	263
Section 2 - Acomptes	234	Sous-section 4 - Substitution d'un nouveau titulaire	264
Section 3 - Régime des paiements	235	Sous-section 5 - Modification non substantielle.....	266
Sous-section 1 - Dispositions générales.....	235	Sous-section 6 - Modification de faible montant.....	266
Sous-section 2 - Règlement partiel définitif.....	235	Chapitre V - Résiliation du marché.....	267
Sous-section 3 - Mise en œuvre de la clause de variation de prix	235	Chapitre VI - Informations relatives à l'achat.....	275
Sous-section 4 - Règles applicables en cas de résiliation du marché	236	Section 1 - Obligation de conservation des documents.....	275
Section 4 - Garanties	236	Section 2 - Mise à disposition des données essentielles	275
Sous-section 1 - Retenue de garantie	236	Section 3 - Recensement économique	275
Sous-section 2 - Garantie à première demande et caution personnelle et solidaire.....	237	Sous-section 1 - Observatoire économique de la commande publique	275
Sous-section 3 - Autres garanties	237	Sous-section 2 - Modalités du recensement économique.....	276
Section 5 - Cession ou nantissement des créances.....	237	Section 4 - Contrôle du coût de revient des marchés de l'Etat et de ses établissements publics	276
Sous-section 1 - Exemplaire unique et certificat de cessibilité	238	Chapitre VII - Règlement alternatif des différends	277
Sous-section 2 - Notification au comptable assignataire et encaissement de la créance	238	Section 1 - Conciliation et médiation	277
Sous-section 3 - Information des bénéficiaires	239	Sous-section 1 - Dispositions générales.....	277
Sous-section 4 - Privilège résultant de l'article L. 3253-22 du code du travail	239	Sous-section 2 - Comités consultatifs de règlement amiable des différends	278
Chapitre II - Modalités de facturation et de paiement	239	Paragraphe 1 - Compétences des comités consultatifs de règlement amiable des différends	278
Section 1 - Facturation électronique	239	Paragraphe 2 - Composition des comités consultatifs de règlement amiable des différends	278
Sous-section 1 - Transmission et réception des factures sous forme électronique.....	239	Paragraphe 3 - Nomination des membres des comités consultatifs de règlement amiable des différends	278
Paragraphe 1 - Norme de facturation électronique.....	240	Paragraphe 4 - Animation, coordination et secrétariat des comités consultatifs de règlement amiable des différends.....	279
Paragraphe 2 - Mentions obligatoires des factures sous forme électronique	240	Paragraphe 5 - Dispositions financières relatives aux comités consultatifs de règlement amiable des différends	279
Article R. 2192-4.....	240	Paragraphe 6 - Saisine des comités consultatifs de règlement amiable des différends	279
Les dispositions des articles 242 nonies A à 242 nonies L et de l'article 242 nonies P de l'annexe II au code général des impôts s'appliquent aux factures échangées en application de la présente section.	240	Paragraphe 7 - Modalités de fonctionnement des comités consultatifs de règlement amiable des différends	280
Section 2 - Délais de paiement.....	240	Paragraphe 8 - Notification des avis des comités consultatifs de règlement amiable des	
Sous-section 1 - Fixation du délai de paiement.....	240		
Sous-section 2 - Intérêts moratoires, indemnités forfaitaire et complémentaire pour frais de recouvrement.....	241		
Paragraphe 1 - Dispositions générales	241		
Paragraphe 2 - Dispositions propres à certains marchés.....	243		
Paragraphe 3 - Dispositions propres à l'intervention d'un tiers habilité à recevoir les			

différends	280
Sous-section 3 - Le médiateur des entreprises	280
Section 2 - Transaction	281
Section 3 - Arbitrage.....	281
Sous-section 1 - Recours à l'arbitrage par les acheteurs de droit public	281
Sous-section 2 - Recours à l'arbitrage par les acheteurs de droit privé.....	281
Livre II - DISPOSITIONS PROPRES AUX MARCHÉS DE PARTENARIAT	282
Titre Ier - PRÉPARATION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT	282
Chapitre Ier - Conditions de recours au marché de partenariat.....	282
Section 1 - Acheteurs autorisés.....	282
Section 2 - Seuils.....	282
Section 3 - Bilan plus favorable	282
Chapitre II - Instruction du projet	283
Section 1 - Evaluation du mode de réalisation du projet	283
Section 2 - Etude de soutenabilité budgétaire.....	283
Section 3 - Etude de soutenabilité budgétaire.....	284
Section 4 - Instruction des projets pour le compte des acheteurs non autorisés.....	284
Chapitre III - Contenu du marché de partenariat.....	284
Section 1 - Durée du marché de partenariat	284
Section 2 - Conditions d'exécution du marché de partenariat.....	284
Section 3 - Financement du projet et rémunération du titulaire	284
Sous-section 1 - Financement des investissements	285
Paragraphe 2 - Dispositions applicables à la constitution d'une société dédiée à la réalisation du projet.....	285
Sous-section 2 - Rémunération du titulaire	285
Section 4 - Dispositions relatives à l'occupation domaniale par le titulaire du marché de partenariat.....	285
Sous-section 1 - Autorisation d'occupation du domaine public.....	285
Sous-section 2 - Mise à disposition de l'acheteur des ouvrages, équipements ou biens immatériels.....	285
Sous-section 3 - Acquisition des installations édifiées dans le cadre du contrat.....	285
Sous-section 4 - Propriété des ouvrages, équipements ou biens immatériels en fin de contrat	285
Section 5 - Part d'exécution du contrat réservée aux PME.....	285
Titre II - PASSATION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT	286
Chapitre Ier - Autorisations préalables à l'engagement de la procédure	286
Section 1 - Dispositions applicables à l'Etat, ses établissements publics et aux acheteurs non autorisés	286
Section 2 - Dispositions applicables aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux.....	286
Section 3 - Dispositions applicables aux autres acheteurs	286
Chapitre II - Présentation des documents de la consultation, des offres et critères d'attribution.....	286
Section 1 - Caractère ajustable des modalités de financement.....	286
Section 2 - Contenu de l'offre du soumissionnaire en cas de conception d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels	286
Section 3 - Critères d'attribution.....	286
Chapitre III - Achèvement de la procédure.....	286
Section 1 - Accord préalable à la signature	286
Sous-section 1 - Dispositions applicables à l'Etat, ses établissements publics et aux acheteurs non autorisés	286
Sous-section 2 - Dispositions applicables aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux	287
Sous-section 3 - Dispositions applicables aux autres acheteurs.....	287
Section 2 - Transmission à l'organisme expert	287
Titre III - EXECUTION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT	287
Chapitre Ier - Acquisition des biens et cession de contrats.....	287
Chapitre II - Exécution financière	287
Section 1 - Règles applicables au titulaire du marché de partenariat	287
Sous-section 1 - Avances et acomptes	287
Sous-section 2 - Cessions de créance, crédits-bails et hypothèques.....	287
Sous-section 3 - Encaissement des paiements des usagers.....	288
Section 2 - Règles applicables aux relations entre le titulaire et ses fournisseurs	288
Chapitre III - Valorisation domaniale par le titulaire du marché de partenariat.....	288
Chapitre IV - Suivi et contrôle de l'exécution du marché de partenariat.....	288
Section 1 - Rapport annuel du titulaire	288
Section 2 - Contrôle de l'exécution du marché de partenariat par l'acheteur.....	288
Chapitre V - Indemnisation en cas d'annulation ou de résiliation du marché de partenariat.....	289
Chapitre VI - Recours à l'arbitrage	289
Livre III - DISPOSITIONS APPLICABLES AUX MARCHÉS DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ.....	290
Titre Ier - PRÉPARATION DU MARCHÉ	290
Chapitre Ier - Définition du besoin	290
Section 1 - Aide à la définition du besoin.....	290
Section 2 - Formalisation du besoin par des spécifications techniques.....	290
Sous-section 1 - Contenu des spécifications techniques	290
Sous-section 2 - Formulation des spécifications techniques	290
Section 3 - Utilisation d'écolabels.....	290
Chapitre II - Contenu du marché.....	290
Section 1 - Règles générales.....	290
Section 2 - Durée.....	291
Section 3 - Prix.....	291
Sous-section 1 - Forme des prix	291
Sous-section 2 - Prix définitifs	291
Sous-section 3 - Prix provisoires.....	291
Chapitre III - Organisation de l'achat.....	292
Section 1 - Mutualisation de l'achat.....	292
Section 2 - Allotissement.....	292
Section 3 - Marchés à tranches	292
Section 4 - Réservation.....	292
Titre II - CHOIX DE LA PROCÉDURE DE PASSATION	292
Chapitre Ier - Calcul de la valeur estimée du besoin.....	292
Section 1 - Dispositions générales	292
Section 2 - Prise en compte de la nature des prestations	292
Section 3 - Dispositions propres aux accords-cadres et aux partenariats d'innovation.....	292
Section 4- Dispositions propres aux marchés non écrits conclus par carte d'achat	293
Chapitre III - Marchés passés selon une procédure adaptée.....	294
Section 1 - Conditions de recours à une procédure adaptée.....	294
Chapitre IV - Marchés passés selon une procédure formalisée.....	295
Section 1 - Appel d'offres restreint.....	295
Section 2 - Procédure avec négociation.....	295
Section 3 - Dialogue compétitif.....	295
Chapitre V - Techniques d'achat	296
Titre III - ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE DE PASSATION	296
Chapitre Ier - Publicité préalable	296
Section 1 - Support de publicité.....	296
Sous-section 1 - Avis de préinformation	296
Sous-section 2 - Avis de marché	296
Paragraphe 1 - Avis de marché pour les marchés passés selon une procédure adaptée en raison de leur montant.....	296

Paragraphe 2 - Avis de marché pour les marchés passés selon une procédure adaptée en raison de leur objet.....	296	Section 1 - Offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées.....	304
Paragraphe 3 - Avis de marché pour les marchés passés selon une procédure formalisée	296	Section 2 - Offres anormalement basses	304
Paragraphe 4 - Publicité supplémentaire de l'avis de marché.....	296	Section 3 - Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.....	304
Section 2 - Publication	296	Sous-section 1 - Choix des critères d'attribution	304
Chapitre II - Communication et échanges d'informations	297	Sous-section 2 - Publicité des critères et de leurs modalités de mise en œuvre	304
Section 1 - Confidentialité.....	297	Section 4 - Mise au point du marché.....	305
Section 2 - Dématérialisation des communications et échanges d'informations.....	297	Chapitre III - Offres présentées par des opérateurs économiques ou comportant des produits d'Etats tiers.....	305
Sous-section 1 - Mise à disposition des documents de la consultation	297	Titre VI - RÈGLES APPLICABLES AUX PROCÉDURES DE PASSATION ET AUX TECHNIQUES D'ACHAT	305
Sous-section 2 - Support des communications et échanges d'informations	297	Chapitre Ier - RÈGLES APPLICABLES AUX PROCÉDURES FORMALISÉES.....	305
Titre IV - PHASE DE CANDIDATURE.....	298	Section 1 - Appel d'offres restreint.....	305
Chapitre Ier - Motifs d'exclusions de la procédure de passation.....	298	Section 2 - Procédure avec négociation.....	305
Section 1 - Exclusions de plein droit.....	298	Section 3 - Dialogue compétitif	306
Section 2 - Exclusions à l'appréciation de l'acheteur	298	Chapitre II - RÈGLES APPLICABLES AUX TECHNIQUES D'ACHAT	306
Section 3 - Changement de situation des opérateurs économiques au regard des motifs d'exclusion.....	298	Section 1 - Accords-cadres	306
Section 4 - Groupements d'opérateurs économiques et sous-traitants	299	Sous-section 1 - Dispositions générales.....	306
Chapitre II - Conditions de participation.....	299	Sous-section 2 - Dispositions propres aux marchés subséquents	306
Sous-section 2 - Conditions relatives à l'aptitude à exercer une activité professionnelle	299	Sous-section 3 - Dispositions propres aux bons de commande	306
Sous-section 3 - Conditions relatives aux capacités économiques et financières	299	Section 2 - Catalogues électroniques.....	306
Sous-section 4 - Conditions relatives aux capacités techniques et professionnelles	299	Section 3 - Enchères électroniques	306
Sous-section 5 - Conditions de participation des opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen.....	299	Titre VII - RÈGLES APPLICABLES À CERTAINS MARCHÉS DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ	307
Section 2 - Réduction du nombre de candidats.....	299	Chapitre Ier - Règles applicables à certains marchés globaux	307
Section 3 - Groupements d'opérateurs économiques.....	299	Section 1 - Caractéristiques des marchés globaux	307
Chapitre III - Contenu des candidatures	300	Sous-section 1 - Marchés de conception-réalisation.....	307
Section 1 - Présentation des candidatures	300	Sous-section 2 - Marchés globaux de performance	307
Sous-section 1 - Délai de réception des candidatures.....	300	Sous-section 3 - Dispositions communes aux marchés globaux comportant des prestations de conception d'un ouvrage de bâtiment.....	307
Sous-section 2 - Éléments à produire par le candidat.....	300	Section 2 - Procédure de passation des marchés globaux.....	307
Section 2 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve	300	Section 3 - Versement d'une prime	308
Sous-section 1 - Dispositions générales.....	300	Chapitre II - Règles applicables à certains marchés de défense ou de sécurité en fonction de leur objet.....	308
Sous-section 2 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve de l'absence de motifs d'exclusion	300	Section 1 - Marchés de maîtrise d'œuvre	308
Sous-section 3 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve relatifs aux conditions de participation	300	Sous-section 1 - Définition	308
Sous-section 4 - Accès des acheteurs aux documents justificatifs et moyens de preuve	301	Sous-section 2 - Procédures applicables.....	308
Sous-section 5 - Opérateurs agréés et certifiés	301	Sous-section 3 - Primes.....	308
Section 3 - Traduction en français.....	301	Section 2 - Marchés de décoration des constructions publiques.....	308
Chapitre IV - Examen des candidatures.....	301	Sous-section 1 - Marchés inférieurs aux seuils européens	308
Section 1 - Modalités de vérification	301	Paragraphe 1 - Marchés portant sur la commande d'une ou plusieurs réalisations artistiques à créer	309
Sous-section 1 - Dispositions générales.....	301	Paragraphe 2 - Marchés portant sur l'achat d'une ou plusieurs réalisations artistiques existantes	309
Sous-section 2 - Dispositions particulières aux opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen	302	Sous-section 2 - Marchés de décoration des constructions publiques supérieurs aux seuils européens.....	309
Section 2 - Invitation des candidats sélectionnés	302	Sous-section 3 - Composition et fonctionnement du comité artistique	309
Titre V - PHASE D'OFFRE	302	Section 3 - Partenariats d'innovation.....	309
Chapitre Ier - Présentation et contenu des offres	302	Section 4 - Marchés présentant des aléas techniques importants	309
Section 1 - Présentation des offres	302	Section 5 - Marchés relatifs à l'achat de véhicules à moteur	309
Sous-section 1 - Délais de réception.....	302	Chapitre III - Marchés de partenariat de défense ou de sécurité	309
Sous-section 2 - Modalités de remise	303	Titre VIII - ACHÈVEMENT DE LA PROCÉDURE.....	310
Sous-section 3 - Variantes	303	Chapitre Ier - Information des candidats et des soumissionnaires évincés.....	310
Section 2 - Informations et documents à produire dans l'offre	303	Chapitre II - Signature et notification du marché.....	310
Chapitre II - Examen des offres.....	304	Section 1 - Signature du marché.....	310
		Section 2 - Notification du marché.....	310
		Section 1 - Modalités de publication.....	310

Section 2 - Dispositions particulières relatives au contenu des avis d'attribution	310	Paragraphe 2 - Cession ou nantissement de créances	318
Chapitre IV - Conservation des informations	310	Section 3 - Dispositions applicables aux sous-contrats qui ne présentent pas le caractère de sous-traités	318
Section 1 - Rapport de présentation de la procédure menée par les acheteurs	310	Chapitre IV - Modification du marché	318
Section 2 - Durée de conservation	311	Chapitre V - Résiliation du marché	319
Chapitre V - Abandon de la procédure	311	Chapitre VI - Informations relatives à l'achat	319
Titre IX - EXÉCUTION DU MARCHÉ	311	Section 1 - Obligation de conservation des documents	319
Section 1 - Avances	311	Section 2 - Recensement économique	319
Sous-section 1 - Dispositions générales	311	Section 3 - Contrôle du coût de revient des marchés de l'Etat et de ses établissements publics	319
Paragraphe 1 - Principe de versement d'une avance	311	Section 4 - Eléments de sécurité pouvant être demandés par l'acheteur	319
Paragraphe 2 - Modalités de calcul du montant de l'avance	311	Chapitre VII - Règlement alternatif des différends	319
Paragraphe 3 - Modalités de remboursement de l'avance	311	Section 1 - Conciliation et médiation	320
Sous-section 2 - Dispositions particulières	311	Sous-section 1 - Comités consultatifs de règlement amiable des différends	320
Paragraphe 1 - Marchés à tranches	311	Sous-section 2 - Le médiateur des entreprises	320
Paragraphe 2 - Marchés reconductibles	311	Section 2 - Transaction	320
Paragraphe 3 - Accords-cadres à bons de commande	311	Section 3 - Arbitrage	320
Section 2 - Acomptes	312	Livre IV - DISPOSITIONS PROPRES AUX MARCHÉS PUBLICS LIÉS À LA MAÎTRISE D'OUVRAGE PUBLIQUE ET À LA MAÎTRISE D'ŒUVRE PRIVÉE	321
Section 3 - Régime des paiements	312	Titre Ier - CHAMP D'APPLICATION	321
Sous-section 1 - Dispositions générales	312	Chapitre Ier - Maîtres d'ouvrage	321
Sous-section 2 - Règlement partiel définitif	312	Chapitre II - Ouvrages	321
Section 4 - Garanties	312	Titre II - MAÎTRISE D'OUVRAGE	321
Sous-section 1 - Retenue de garantie	312	Chapitre Ier - Attributions du maître d'ouvrage	321
Sous-section 2 - Garantie à première demande et caution personnelle et solidaire	313	Section 1 - Dispositions générales	321
Sous-section 3 - Autres garanties	313	Section 2 - Programme et enveloppe financière prévisionnelle de l'opération	322
Chapitre II - Modalités de facturation et de paiement	313	Chapitre II - Organisation de la maîtrise d'ouvrage	323
Section 1 - Facturation électronique	313	Section 1 - Assistance à maîtrise d'ouvrage	323
Sous-section 1 - Transmission et réception des factures sous forme électronique	313	Section 2 - Conduite d'opération	323
Paragraphe 1 - Norme de facturation électronique	313	Section 3 - Mandat de maîtrise d'ouvrage	324
Sous-section 2 - Portail public de facturation	313	Sous-section 1 - Attributions du mandataire	324
Section 2 - Délais de paiement	314	Sous-section 2 - Contenu du contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage	325
Section 3 - Paiement par carte d'achat des marchés des personnes morales de droit public dotées d'un comptable public	314	Sous-section 3 - Obligations et responsabilités du mandataire	325
Chapitre III - Dispositions relatives aux sous-contrats	314	Sous-section 4 - Incompatibilités	326
Section 1 - Dispositions communes aux sous-contrats	314	Section 4 - Transfert de maîtrise d'ouvrage	327
Sous-section 1 - Obligation du titulaire de mettre en concurrence les sous-contractants	315	Titre III - MAÎTRISE D'ŒUVRE PRIVÉE	327
Sous-section 2 - Obligation du titulaire de sous-contracter	315	Chapitre Ier - Mission de maîtrise d'œuvre privée	327
Sous-section 3 - Procédure de mise en concurrence des sous-contractants	316	Section 1 - Dispositions générales	328
Paragraphe 1 - Règles de passation communes aux sous-contrats	316	Section 2 - Eléments de mission de maîtrise d'œuvre privée portant sur les ouvrages de bâtiment	328
Paragraphe 2 - Passation des sous-contrats dont la valeur estimée du besoin est inférieure aux seuils de procédure formalisée	316	Sous-section 1 - Mission de base	328
Paragraphe 3 - Passation des sous-contrats dont la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée	316	Sous-section 2 - Dispositions propres aux opérations de construction neuve de bâtiment	328
Sous-section 4 - Conditions de rejet par l'acheteur du sous-contractant proposé par le titulaire	316	Sous-section 3 - Dispositions propres aux opérations de réhabilitation de bâtiment	330
Sous-section 5 - Communication des sous-contrats à l'acheteur	316	Section 3 - Eléments de mission de maîtrise d'œuvre privée portant sur les ouvrages d'infrastructure	330
Section 2 - Dispositions applicables aux sous-contrats qui présentent le caractère de sous-traité	316	Section 4 - Eléments de mission de maîtrise d'œuvre privée spécifiques	331
Sous-section 1 - Modalités d'acceptation	317	Section 5 - Eléments de mission de maîtrise d'œuvre privée portant sur des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essais ou d'expérimentation	331
Paragraphe 1 - Déclaration de sous-traitance au moment de l'offre	317	Section 6 - Dispositions diverses	332
Paragraphe 2 - Déclaration de sous-traitance après la notification du marché	317	Chapitre II - Marché public de maîtrise d'œuvre privée	332
Sous-section 2 - Modalités de modification de l'exemplaire unique et du certificat de cessibilité en cas de prestations confiées à un sous-traitant admis au paiement direct	317	Section 1 - Dispositions générales	332
Sous-section 3 - Paiement du sous-traitant	317	Section 2 - Engagements du maître d'œuvre privé	332
Sous-section 4 - Régime financier	318	Section 3 - Rémunération du maître d'œuvre privé	332
Paragraphe 1 - Avances	318	Livre V - AUTRES MARCHÉS PUBLICS	334

Titre Ier - CHAMP D'APPLICATION.....	334	à des tiers.....	361
Chapitre Ier - Relations internes au secteur public.....	334	Sous-section 6 - Réduction du nombre de candidats.....	361
Section 1 - Quasi-régie.....	334	Section 2 - Conditions de participation.....	362
Section 2 - Coopération entre pouvoirs adjudicateurs.....	337	Sous-section 1 - Délai de réception des candidatures.....	364
Section 3 - Marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée.....	338	Sous-section 2 - Eléments à produire par le candidat.....	364
Section 4 - Marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise.....	338	Sous-section 3 - Examen des candidatures.....	366
Chapitre II - Marchés publics conclus par un acheteur.....	338	Chapitre IV - Phase d'offre.....	368
Section 1 - Marchés publics conclus en application de règles internationales.....	338	Section 1 - Organisation de la négociation des offres.....	368
Section 2 - Marchés publics liés à la sécurité ou à la protection d'intérêts essentiels de l'Etat.....	338	Section 3 - Délais de remise des offres.....	370
Section 3 - Autres marchés.....	339	Section 3 - Choix de l'offre.....	371
Chapitre III - Marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur.....	340	Sous-section 1 - Offres irrégulières ou inappropriées.....	371
Chapitre IV - Marchés publics conclus par une entité adjudicatrice.....	340	Sous-section 2 - Choix de l'offre présentant le meilleur avantage économique global.....	372
Titre II - RÈGLES APPLICABLES.....	341	Section 4 - Accès aux contrats de concession de défense ou de sécurité d'opérateurs économiques ou de produits d'Etats tiers.....	374
Chapitre unique.....	341	Chapitre V - Achèvement de la procédure.....	374
TROISIÈME PARTIE - CONCESSIONS.....	343	Section 1 - Information des candidats et des soumissionnaires évincés.....	374
Livre préliminaire CONTRATS DE CONCESSION MIXTES.....	343	Section 2 - Signature du contrat de concession.....	376
Livre Ier - DISPOSITIONS GÉNÉRALES.....	343	Chapitre VI - Règles particulières à la passation de certains contrats de concession.....	376
Titre Ier - PRÉPARATION DU CONTRAT DE CONCESSION.....	343	Section 1 - Publicité préalable.....	377
Chapitre Ier - Définition du besoin.....	343	Section 2 - Communications et échanges d'information.....	377
Chapitre II - Mutualisation.....	345	Section 3 - Candidatures.....	377
Chapitre III - Réservation.....	345	Section 4 - Offres.....	377
Chapitre IV - Contenu du contrat de concession.....	345	Section 5 - Achèvement de la procédure.....	377
Section 1 - Règles générales relatives aux conditions d'exécution.....	345	Section 6 - Dispositions particulières aux contrats de concession de services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route.....	378
Section 2 - Droits d'entrée, redevances et tarifs.....	346	Titre III - EXÉCUTION DU CONTRAT DE CONCESSION.....	378
Section 3 - Durée.....	348	Chapitre Ier - Transparence et rapport d'information de l'autorité concédante.....	378
Section 4 - Part du contrat exécutée par des tiers.....	349	Section 1 - Mise à disposition des données essentielles.....	378
Titre II - PROCÉDURE DE PASSATION.....	350	Sous-section 1 - Mise à disposition des données essentielles par l'autorité concédante.....	378
Chapitre Ier - Détermination des règles procédurales applicables.....	350	Sous-section 2 - Mise à disposition de données par le concessionnaire en cas de gestion concédée d'un service public.....	378
Section 1 - Calcul de la valeur estimée du contrat de concession.....	350	Section 2 - Rapport d'information à l'autorité concédante.....	379
Section 2 - Passation des contrats de concessions.....	351	Section 3 - Observatoire économique de la commande publique.....	380
Sous-section 1 - Contrats de concession passés avec publicité et mise en concurrence préalables.....	351	Chapitre II - Occupation domaniale et biens de la concession.....	380
Sous-section 2 - Contrats de concession passés sans publicité ni mise en concurrence préalables.....	351	Chapitre III - Exécution financière.....	385
Chapitre II - Engagement de la procédure de passation.....	352	Section 1 - Facturation électronique.....	385
Section 1 - Publicité préalable.....	352	Sous-section 1 - Transmission et réception des factures sous forme électronique.....	385
Sous-section 1 - Avis de concession.....	352	Sous-section 2 : Portail public de facturation.....	385
Sous-section 2 - Supports de publication.....	352	Paragraphe 1 - Norme de facturation électronique.....	385
Sous-section 3 - Modalités de publication des avis de concession.....	353	Paragraphe 2 - Mentions obligatoires des factures sous forme électronique.....	385
Section 2 - Communications et échanges d'informations.....	353	Section 2 - Délais de paiement.....	386
Sous-section 1 - Consignation des étapes de la procédure.....	353	Sous-section 1 - Fixation du délai de paiement.....	386
Sous-section 2 - Confidentialité.....	355	Sous-section 2 - Intérêts moratoires, indemnités forfaitaire et complémentaire pour frais de recouvrement.....	386
Sous-section 3 - Mise à disposition des documents de la consultation.....	355	Paragraphe 1 - Dispositions générales.....	386
Sous-section 4 - Moyens de communication et échanges d'informations.....	355	Paragraphe 2 - Dispositions propres à certains contrats de concession.....	387
Chapitre III - Phase de candidature.....	355	Paragraphe 3 - Disposition propre à l'intervention d'un tiers habilité à recevoir les demandes de paiement.....	387
Section 1 - Motifs d'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession.....	355	Paragraphe 4 - Disposition propre aux indemnités de résiliation.....	387
Sous-section 1 - Exclusions de plein droit.....	356	Sous-section 3 - Interruption du délai de paiement.....	387
Sous-section 2 - Exclusions à l'appréciation de l'autorité concédante.....	357	Sous-section 4 - Intérêts moratoires, indemnités forfaitaire et complémentaire pour frais de recouvrement.....	387
Sous-section 3 - Exclusions de plein droit propres aux contrats de concession de défense ou de sécurité.....	360	Chapitre IV - Exécution du contrat de concession par des tiers.....	388
Sous-section 4 - Changement de situation des opérateurs économiques au regard des motifs d'exclusion.....	361	Chapitre V - Modification du contrat de concession.....	388
Sous-section 5 - Groupements d'opérateurs économiques et travaux ou services confiés			

Section 1 - Modifications autorisées	390
Sous-section 1 - Clauses contractuelles.....	390
Sous-section 2 - Travaux ou services supplémentaires devenus nécessaires	390
Sous-section 3 - Circonstances imprévues	391
Sous-section 4 - Substitution d'un nouveau concessionnaire	392
Sous-section 5 - Modification non substantielle	393
Sous-section 6 - Modification de faible montant	394
Section 2 - Avis de modification	394
Chapitre VI - Fin des relations contractuelles	394
Section 1 - Résiliation des contrats de concession	394
Section 2 - Modalités particulières d'indemnisation du concessionnaire	401
Chapitre VII - Règlement alternatif des différends	404
Section 1 - Conciliation et médiation.....	404
Section 2 - Transaction	404
Section 3 - Arbitrage.....	404
Livre II - AUTRES CONTRATS DE CONCESSION	405
Titre Ier - CHAMP D'APPLICATION.....	405
Chapitre Ier - Relations internes au secteur public.....	405
Section 1 - Quasi-régie	405
Section 2 - Coopération entre pouvoirs adjudicateurs.....	407
Section 3 - Contrats de concession attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée	408
Section 4 - Contrats de concession attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise.....	408
Chapitre II - Contrats de concession conclus par une autorité concédante	409
Section 1 - Contrats de concession conclus en application de règles internationales ..	409
Section 2 - Contrats de concession liés à la sécurité ou à la protection d'intérêts essentiels de l'Etat	409
Section 3 - Autres contrats de concession	409
Chapitre III - Contrats de concession conclus par un pouvoir adjudicateur	410
Chapitre IV - Contrats de concession conclus par une entité adjudicatrice	410
Chapitre V - Contrats de concession de défense ou de sécurité.....	410
Titre II - RÈGLES APPLICABLES	410
Chapitre unique.....	410
Livre III - DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER	411
ANNEXE	411

CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Titre - Préliminaire

Article L1

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

CAA Marseille, 28 Février 2022, n° 20MA00707, M. et Mme B...

« En premier lieu, le comité technique de la communauté d'agglomération n'était pas appelé à donner un avis sur la question du choix entre régie et délégation de service public, mais, conformément à l'article 33 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, sur l'incidence du projet de délibération sur l'organisation et le fonctionnement des services et sur la situation des personnels. Cette incidence était d'ailleurs mineure, dès lors que l'ensemble des communes de la communauté d'agglomération avaient précédemment eu recours à des délégations de service public, à l'exception d'une commune de petite taille employant un agent, dont les détails de la situation ont été présentés. Il ressort des pièces du dossier que les membres du comité technique ont reçu une information suffisante. Si certains représentants du personnel ont exprimé des positions hésitantes, ils étaient, quoi qu'il en soit, mis à même d'exprimer un éventuel avis. Le moyen tiré de l'irrégularité de la consultation du comité technique doit donc être écarté ».

CAA Lyon, 9 déc. 2021, n° 19LY04109, préfet de Saône-et-Loire

« Ainsi, et alors que l'activité de restauration ne constitue pas son objet statutaire exclusif, eu égard à ses compétences générales de promotion d'une activité et d'un produit, la régie de La Maison du Charolais pouvait légalement, par les délibérations contestées, décider d'engager un procédé de délégation de service public pour l'exploitation du restaurant précité compte tenu de l'arrivée à échéance au 31 décembre 2019 de la précédente délégation initialement conclue entre le département de Saône-et-Loire et la société CharolNa ».

CJUE, 3 oct. 2019, C-285/18, Ville de Kaunas, UAB « Irgita »

« L'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une règle nationale par laquelle un État membre subordonne la conclusion d'une opération interne, notamment à la condition que la passation d'un marché public ne permette pas de garantir la qualité des services réalisés, leur accessibilité ou leur continuité, tant que le choix exprimé en faveur d'un mode de prestation de services en particulier, et effectué à un stade antérieur à celui de la passation de marché public, respecte les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence ».

CE, 27 nov. 2002, n° 246764, SICAE de la région de Péronne et SICAE du secteur de Roisel

« Les communes dont les services de distribution possèdent la forme d'une société d'économie mixte à participation publique majoritaire, d'une régie municipale ou d'un service analogue peuvent librement choisir, entre ces différentes solutions, les modalités de gestion et d'organisation desdits services ».

CE, 18 mars 1988, n° 57893, Loupias

« Il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux de se prononcer sur l'opportunité des choix opérés par l'administration d'une part en écartant l'exploitation en régie directe au profit de l'affermage, et d'autre part en choisissant comme fermier la société d'aménagement urbain et rural ».

Article L2

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

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

échéant, par des dispositions particulières.

CAA Nantes, 17 novembre 2023, n°22NT03825, SELARL Pharmacie de l'Université

« Dans ces conditions, cette convention, dont la rémunération du service rendu prend la forme d'un accès privilégié à la clientèle présente dans les établissements médico-sociaux gérés par le CCAS pour une durée de trois ans en vue de la dispensation de prestations pharmaceutiques, présente le caractère d'un marché public ».

Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République

« Lorsqu'un contrat de la commande publique, au sens de l'article L. 2 du code de la commande publique, a pour objet, en tout ou partie, l'exécution d'un service public, son titulaire est tenu d'assurer l'égalité des usagers devant le service public et de veiller au respect des principes de laïcité et de neutralité du service public. Il prend les mesures nécessaires à cet effet et, en particulier, il veille à ce que ses salariés ou les personnes sur lesquelles il exerce une autorité hiérarchique ou un pouvoir de direction, lorsqu'ils participent à l'exécution du service public, s'abstiennent notamment de manifester leurs opinions politiques ou religieuses, traitent de façon égale toutes les personnes et respectent leur liberté de conscience et leur dignité.

Le titulaire du contrat veille également à ce que toute autre personne à laquelle il confie pour partie l'exécution du service public s'assure du respect de ces obligations. Il est tenu de communiquer à l'acheteur chacun des contrats de sous-traitance ou de sous-concession ayant pour effet de faire participer le sous-traitant ou le sous-concessionnaire à l'exécution de la mission de service public.

Les clauses du contrat rappellent ces obligations et précisent les modalités de contrôle et de sanction du cocontractant lorsque celui-ci n'a pas pris les mesures adaptées pour les mettre en œuvre et faire cesser les manquements constatés ».

CE, avis, 22 janv. 2019, n° 396221, relatif aux conditions de réalisation de passerelles innovantes sur la Seine

« D'une part, il ressort tout d'abord du cahier des charges que les passerelles envisagées, bien que destinées à plusieurs usages, ont vocation à être utilisées comme axe de déplacement et de franchissement de la Seine. La création de nouvelles voies et leur affectation à la circulation, y compris piétonne, relèvent de la satisfaction d'un besoin public. Les ponts figurent, en outre, sur la « liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique » publiée au Journal officiel du 27 mars 2016 en application du 1° du I de l'article 5 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et du 1° du I de l'article 6 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, pour lesquelles existe une forme de présomption de réponse à un besoin de la personne publique. En effet, lorsqu'un pouvoir adjudicateur confie la conception et la réalisation d'un pont à un opérateur économique, il n'est pas nécessaire de vérifier, comme le prévoit le 2° de ces dispositions pour les ouvrages ne figurant pas sur la liste, que ce dernier a fixé des exigences et exercé une influence déterminante sur la nature et la conception de l'ouvrage. En tout état de cause, tel semble être le cas des passerelles sur la Seine puisque le cahier des charges de l'appel à projets précise le programme attendu des candidats pour chaque site, en distinguant selon les zones (« au-dessus du fleuve », « sur les emprises des quais hauts »), et leur impose des prescriptions techniques découlant, pour certaines, des règles d'urbanisme et de sécurité, mais tenant également, pour d'autres, au maintien des activités économiques ou industrielles existantes pour lesquelles PAP a délivré des titres d'occupation. Sans être extrêmement précis, les « dix défis à relever » à teneur écologique qui figurent dans le règlement de la manifestation d'intérêt constituent également des éléments complémentaires de cadrage du besoin des personnes publiques associées au projet. Compte tenu des missions respectives de ces personnes publiques, ce contrat répondrait au moins aux besoins de la Ville de Paris.

D'autre part, ce même règlement précise, dans son annexe 1, que la proposition financière et le montage financier font partie des éléments de l'offre que les équipes candidates soumettront dans le cadre de la seconde phase de l'appel à projets. Le cahier des charges indique, lui, que les passerelles « seront destiné[e]s à différents usages urbains selon un modèle économique à inventer... ». Ainsi, s'il n'est pas possible de déterminer avec précision les termes de l'équilibre financier du contrat final, qui sont du reste encore inconnus à ce stade, la seule mention du modèle économique suffit pour démontrer que l'opération a un caractère onéreux et que le lauréat de l'appel à projets recevrait, dans

ce montage, une contrepartie, qu'il s'agisse d'un prix ou du droit d'exploiter l'ouvrage réalisé ».

Contrat

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

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

Article L3

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

Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

TA Versailles, 9 juillet 2024, n°2207150, Commune d'Orgeval

« Les requérants soutiennent que les besoins ont été mal définis dès lors que le montant estimatif du marché, valant pour le marché de construction du groupe scolaire et d'un parking et de la crèche et d'un parking s'élevait à 8,3 millions d'euros HT dans l'avis d'appel à la concurrence, alors que l'acte d'engagement signé par le maire d'Orgeval indique un montant de 14,40 millions d'euros HT pour le seul marché de construction du groupe scolaire et d'un parking et l'acte d'engagement signé par la présidente du SIVU de la petite enfance pour la construction d'une crèche indique un montant de 3,08 millions d'euros HT. **Si les défendeurs font valoir à juste titre que cette estimation imprécise n'a pas conduit à sous-estimer le seuil au-delà duquel une procédure formalisée est obligatoire et n'a pas conduit à une absence ou à un nombre trop limité de candidatures, les requérants sont fondés à soutenir que l'estimation du prix des marchés mentionnée dans l'avis d'appel à la concurrence n'était pas raisonnable...**

17. Les irrégularités mentionnées aux points 5 à 7 et 16 du présent jugement ont porté atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence. De plus, les vices mentionnés aux points 8 à 14 du présent jugement ont porté atteinte au principe de transparence de la procédure de passation des marchés publics. En outre, à l'exception du vice concernant la compétence du signataire du marché relatif à la crèche, ces vices ne peuvent pas être couverts par une mesure de régularisation. Ces illégalités, qui n'affectent ni le consentement de la personne publique ni le bien-fondé des contrats, et en l'absence de toutes circonstances particulières révélant notamment une volonté de la personne publique de favoriser un candidat, ne justifient pas une annulation des contrats litigieux. Toutefois, ces **irrégularités mettent en cause la transparence de la procédure d'attribution** et les conditions dans lesquelles la concurrence entre acheteurs a pu s'exercer, ce qui est de nature à justifier la **résiliation** de ces contrats ».

TA Lille, 5 Juillet 2024, n° 2404859, Société du grand Casino de Dinant

« La commune de Berck-sur-Mer a imposé les conditions rappelées au point 5, tenant à l'acquisition, ou, dans l'attente de celle-ci, à la mise à disposition provisoire d'un bâtiment et à la réalisation d'investissements, alors que le groupe Partouche est déjà propriétaire du bâtiment abritant actuellement le casino, qu'il n'est pas contesté que les investissements relatifs à l'acquisition et à l'aménagement de celui-ci ont été amortis complètement, et que la société Jean Metz, sa filiale, bénéficiera indirectement mais nécessairement de cet amortissement déjà pratiqué par l'effet de la reconduction du bail commercial dont elle est titulaire, sans que, par ailleurs, la qualité financière de son offre puisse être regardée comme ne reposant pas significativement sur cet amortissement. En imposant ces conditions, alors que, à l'expiration de la convention, le bâtiment abritant actuellement le casino lui fait retour gratuitement dans les conditions énoncées aux points 9 et 11, et alors qu'il lui appartenait ainsi de prévoir, dans la nouvelle convention, que ce bâtiment resterait le lieu d'exercice de l'activité à concéder, la commune de Berck-sur-Mer a octroyé un avantage à l'un des concurrents à l'attribution d'une concession dans sa capacité à présenter une offre répondant aux documents de consultation, et, ce faisant, méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats. Un tel manquement est de nature à avoir lésé la société requérante ».

CE, 29 décembre 2023, n°488288, Tribunal administratif de la Polynésie française

« Loi du pays » de la Polynésie française ayant pour effet de dispenser de toute obligation de publicité et de mise en concurrence la conclusion des délégations de service public entre un établissement public et une société dont il possède plus de la moitié du capital. ...En dispensant par principe de toute obligation de publicité et de mise en concurrence la conclusion des délégations de service public entre les établissements publics de la Polynésie française et leurs filiales, et alors que la Polynésie française n'établit pas que, par les spécificités de leur statut, seules les filiales des établissements publics pourraient assurer la gestion déléguée des services publics dont ces derniers ont la charge, quelle que soit l'activité en cause, cette « loi du pays » méconnaît les exigences constitutionnelles de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats, rappelées à l'article 28-1 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ».

CE, 10 mars 2023 n° 464830, Commune de Ramatuelle

« Les concessions sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique. **Pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une concession, avant le dépôt de leurs offres, une information suffisante sur la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. Il lui appartient à ce titre d'indiquer aux candidats les caractéristiques essentielles de la concession.**

Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Marseille, pour estimer que la société Le Chalet des Jumeaux avait été irrégulièrement privée d'une chance sérieuse de se voir attribuer le lot n° E3 et condamner la commune de Ramatuelle à l'indemniser du préjudice résultant de son éviction de la procédure de passation de ce lot, a considéré que la commune avait entaché cette procédure d'un vice qui découlait notamment de l'insuffisante définition de ses besoins, faute pour elle d'avoir précisé le " niveau de standing " des établissements qui était attendu pour chaque lot. En statuant ainsi, alors que l'autorité concédante avait informé les candidats sur les principales caractéristiques du service public concédé, et qu'elle n'était pas tenue de définir cet élément de la stratégie commerciale des établissements exploités sur chacun des lots, la cour a commis une erreur de droit ».

CE, 31 octobre, n° 470264, Société Ogoxi-Ogoxe

« Il résulte des dispositions citées au point précédent que, dans le cadre d'une procédure adaptée, l'acheteur fixe les délais de réception des candidatures et des offres, y compris le cas échéant après négociation, en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur offre, dans le respect du **principe d'égalité de traitement des candidats** ».

TA Marseille, 27 Septembre 2022, n° 2009791, Société Axia

« En premier lieu, la société Aixia soutient que la société AMP a méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats dès lors que les tarifs horaires qui lui ont été appliqués suivant le bordereau des prix unitaires des marchés dont elle est bénéficiaire sont différents de ceux appliqués aux autres prestataires des marchés de nettoyage (Onet, GSF et OMA). Toutefois, la société requérante n'est pas fondée à invoquer une telle faute dès lors **que le principe d'égalité de traitement des candidats, qui s'impose aux acheteurs, se rapporte à la méconnaissance de règles relatives à l'attribution des contrats administratifs et non à leur exécution.** »

CC, n° 2021-966 QPC du 28 janvier 2022

« Les dispositions contestées, qui n'ont pas pour objet de punir les opérateurs économiques mais d'assurer l'efficacité de la commande publique et le bon usage des deniers publics, n'instituent pas une sanction ayant le caractère d'une punition ».

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

« Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence s'opposent à ce qu'un pouvoir adjudicateur, ayant lancé une procédure d'appel d'offres pour la fourniture de dispositifs médicaux et

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

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

« Considérant, en troisième lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables ; qu'en particulier, les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel : "Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. - L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse" ; Aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global ; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé ;

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

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

Article L3-1

La commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, dans les conditions définies par le présent code.

Article L4

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

Article L5

Ces contrats sont conclus pour une durée limitée.

Article L6

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

A ce titre :

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

Contrats administratifs

TC, 10 janv. 2022, n° C4230, RATP

« La passation et l'attribution des contrats passés en application du code de la commande publique sont susceptibles de donner lieu à une procédure de référé précontractuel qui, selon que le contrat revêtira un caractère administratif ou privé, doit être intentée devant le juge administratif ou devant le juge judiciaire. Il appartient au juge du référé précontractuel saisi de déterminer si, eu égard à la nature du contrat en cause, il l'a été à bon droit....2) Dans le cadre d'un groupement de commandes constitué entre des acheteurs publics et des acheteurs privés en vue de passer chacun un ou plusieurs marchés publics et confiant à l'un d'entre eux le soin de conduire la procédure de passation, et où, l'un des acheteurs membres du **groupement** étant une personne publique, le marché qu'il est susceptible de conclure sera un contrat administratif par application de l'article 3 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, le juge du référé précontractuel compétent pour connaître de la procédure est le **juge administratif**, sans préjudice de la compétence du juge judiciaire pour connaître des litiges postérieurs à la conclusion de ceux de ces contrats qui revêtent un caractère de droit privé ».

TC, 13 sept. 2021, n° C4224, Sté cadres en mission

« La SNCF est une société anonyme qui, au sens du code de la commande publique, est une entité adjudicatrice. La procédure de passation de l'accord-cadre en cause a été lancée par la SNCF en son nom et pour son compte, ainsi que pour celui de quatre filiales, parmi lesquelles figure SNCF Réseau. Cet accord-cadre est majoritairement destiné à répondre aux besoins de SNCF Réseau, l'un des bénéficiaires des prestations de portage salarial faisant l'objet de la passation de l'accord-cadre. Si SNCF Réseau est désormais elle aussi une société anonyme, il résulte de l'article L. 2111-9-4 du code des transports que les contrats que conclut cette société pour l'exercice de ses missions prévues à l'article L. 2111-9 du même code sont des contrats administratifs par détermination de la loi. Ce contrat de la commande publique, passé par une entité adjudicatrice au nom et pour le compte de plusieurs sociétés, et destiné majoritairement à répondre aux besoins de l'une de ces sociétés dont les contrats passés en application du code de la commande publique sont des contrats administratifs par détermination de la loi, revêt lui-même un caractère administratif ».

TC, 5 juill. 2021, n° 4223, Sté Cari-Fayat

« Le contrat par lequel, dans le cadre d'un marché public de construction, une collectivité territoriale souscrit une assurance dommage-ouvrage, a le caractère de contrat administratif. La circonstance que, par le même contrat, elle souscrit également une assurance garantissant la responsabilité décennale du constructeur auquel elle a attribué le marché public de construction, qui s'analyse comme une **stipulation pour autrui**, ne modifie pas la nature de ce contrat. Le litige relatif à l'exécution d'un tel contrat, y compris en tant qu'il porte sur les obligations de l'assureur stipulées au bénéfice du constructeur, relève donc de la compétence de la juridiction administrative ».

TC, 8 févr. 2021, n° 4201, SNCF Réseau et SNCF

« Le contrat qui liait l'établissement public SNCF Réseau et la société Entropia Conseil était régi par les stipulations du cahier des clauses et conditions générales applicables aux marchés de prestations intellectuelles du groupe SNCF prévoyant, notamment, au bénéfice de la personne publique contractante, la possibilité de résilier unilatéralement le contrat. Comportant ainsi des clauses qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, impliquent, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs, ce contrat passé entre une personne publique et une personne privée est un contrat administratif ».

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

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

Contrats privés**CE, 14 Février 2023, n° 460527, Guyacom**

« En vertu de l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer des sociétés publiques locales dont elles détiennent le capital et qui revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce. La SPLANG a été créée sur le fondement de ces dispositions par la région Guyane et une communauté d'agglomération en 2012. Ainsi créée dans le cadre institué par le législateur pour permettre à une collectivité territoriale de transférer certaines missions à une personne morale de droit privé contrôlée par elle, la SPLANG ne peut être regardée comme une entité transparente. En attribuant à la société Marlink un marché de fournitures et de services relatif à la continuité opérationnelle des installations satellitaires et hertziennes dont elle assure la gestion, la SPLANG a agi en son nom et pour son propre compte. Par suite, le marché litigieux passé sur le fondement de cette ordonnance ne saurait présenter le caractère d'un contrat administratif par détermination de l'article 3 de celle-ci. Aucun autre principe ni aucune autre disposition n'est par ailleurs de nature à lui conférer un caractère administratif ».

CC, 11 mai 2022, 21-12.291, Publié au bulletin

« QUE, suivant l'article 46.4 du CCAG (arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux), le marché peut être résilié « pour motif d'intérêt général » ; que, pour rejeter la contestation, par la société Les Compagnons paveurs, de l'existence d'un motif légitime de résiliation, la cour d'appel a énoncé que le maître d'ouvrage « justifie de la substitution d'un revêtement en béton aux pavés en pierre naturelle et de sa volonté de recherche d'économies » ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui s'est déterminée par des motifs impropres à caractériser le motif d'intérêt général exigé par le CCAG, a violé la disposition susvisée, ensemble l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016.

Une cour d'appel, qui constate qu'une société d'aménagement d'économie mixte, maître de l'ouvrage, justifie, au soutien de la résiliation du marché de travaux pour un motif d'intérêt général, de la volonté de recherche d'économies, peut retenir, appréciant souverainement cet intérêt, que la contestation de l'existence d'un motif légitime n'est pas fondée ».

Droit à une indemnité**TA de Guyane, 9 novembre 2023, n° 2200739**

« Les difficultés exceptionnelles et imprévisibles rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à une indemnité au profit des entrepreneurs que dans la mesure où ceux-ci justifient soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat, soit qu'elles sont imputables à une faute de l'administration commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre ».

Circulaire n° 6338-SG du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières

PREMIÈRE PARTIE - DÉFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION

Livre Ier - CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Article L1100-1

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

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

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

3° L'**occupation domaniale**.

Les contrats de travail

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

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

Les transferts de compétences ou de responsabilités

CJUE, 18 Juin 2020, C-328/19, Porin Kaupunki

« L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens qu'un accord, aux termes duquel les communes parties à cet accord confient à l'une d'elles la responsabilité de l'organisation de services au profit de ces communes, est exclu du champ d'application de cette directive au motif qu'il constitue un transfert de compétences, au sens de l'article 4, paragraphe 2, TUE, tel qu'interprété dans l'arrêt du 21 décembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985) ».

CJUE, 28 mai 2020, C-796/18, ISE mbH c/ Ville de Cologne et Land de Berlin

« La directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doit être interprétée en ce sens qu'un accord qui, d'une part, prévoit qu'un pouvoir adjudicateur met gratuitement à la disposition d'un autre pouvoir adjudicateur un logiciel et, d'autre part, est lié à un accord de coopération en vertu duquel chaque partie à cet accord est tenue de mettre gratuitement à la disposition de l'autre partie les futurs développements de ce logiciel qu'elle pourrait concevoir, constitue un « marché public », au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de cette directive, lorsqu'il résulte tant des termes de ces accords que de la réglementation nationale applicable que ledit logiciel fera en principe l'objet d'adaptations.

L'article 12, paragraphe 4, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'une coopération entre pouvoirs adjudicateurs peut être exclue du champ d'application des règles de passation des marchés publics prévues par cette directive lorsque ladite coopération porte sur des activités accessoires aux services publics qui doivent être fournis, même à titre individuel, par chaque membre de cette coopération, pour autant que ces activités accessoires contribuent à la réalisation effective desdits services publics ».

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

Mengozi

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

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

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

« Un contrat tel que celui en cause au principal, par lequel, sans instaurer une coopération entre les entités publiques contractantes en vue de la mise en œuvre d'une mission de service public commune, une entité publique confie à une autre entité publique la mission de nettoyer certains bâtiments à usage de bureaux, de locaux administratifs et d'établissements scolaires, tout en se réservant le pouvoir de contrôler la bonne exécution de cette mission, moyennant une compensation financière censée correspondre aux coûts engendrés par la réalisation de ladite mission, la seconde entité étant en outre autorisée à recourir à des tiers ayant éventuellement la capacité d'agir sur le marché pour l'accomplissement de cette mission, constitue un marché public de services au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous d), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ».

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

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

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

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

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

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

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

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

39 L'objet de ce contrat, tel qu'il est expressément indiqué dans ses premières stipulations, consiste

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

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

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

44 Il apparaît ainsi que le contrat litigieux constitue tant le fondement que le cadre juridique pour la construction et l'exploitation futures d'une installation destinée à l'accomplissement d'un service public, à savoir la valorisation thermique des déchets. Ledit contrat n'a été conclu que par des autorités publiques, sans la participation d'une partie privée, et il ne prévoit ni ne préjuge la passation des marchés éventuellement nécessaires pour la construction et l'exploitation de l'installation de traitement des déchets ».

Les subventions

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

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

TA Bastia, 5 juillet 2024, n° 2101420, Commune d'Ajaccio

« Il résulte de l'instruction que la convention conclue le 8 avril 2013 entre l'association requérante et la commune d'Ajaccio n'a pas pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services répondant aux besoins de la commune d'Ajaccio, mais l'amélioration de la gouvernance dans le cadre de la gestion des déchets des villes de Haiphong et Paksé, **qui répond à un but d'intérêt général**. La subvention d'un montant de 166 725 84 euros prévu à l'article 6 de cette convention constitue une contribution au programme Europaid pour lequel l'association Horizons solidarités reconnaît elle-même avoir pris contact avec la commune d'Ajaccio pour qu'elle y participe avec les villes de Haiphong et Paksé. **Cette convention ne constitue donc pas un contrat de la commande publique mais une convention relative à des subventions au sens de l'article 9-1 de la loi du 12 avril 2000, lesquelles ne sont accordées que par décisions unilatérales ».**

CE, avis, 29 mai 2019, n° 428040, SAS Royal Cinéma

« Indépendamment des actions indemnitaires qui peuvent être engagées contre la personne publique,

les recours relatifs à une subvention, qu'ils aient en particulier pour objet la décision même de l'octroyer, **quelle qu'en soit la forme, les conditions mises à son octroi par cette décision ou par la convention** conclue en application de l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, ou encore les décisions de la personne publique auxquelles elle est susceptible de donner lieu, notamment les décisions par lesquelles la personne publique modifie le montant ou les conditions d'octroi de la subvention, cesse de la verser ou demande le remboursement des sommes déjà versées, ne peuvent être portés que devant le juge de l'excès de pouvoir, par le bénéficiaire de la subvention ou par des tiers qui disposent d'un intérêt leur donnant qualité à agir. Un tel recours pour excès de pouvoir peut être assorti d'une demande de suspension de la décision litigieuse, présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative (CJA) ».

CJUE, 18 oct. 2018, C-606/17, IBA Molecular Italy Srl

« IBA est une entreprise spécialisée dans la production de médicaments radiopharmaceutiques. Elle est concessionnaire exclusive en Italie du médicament 18-FDG qui est un traceur isotopique utilisé dans certains examens radiographiques.

Par un recours du 29 avril 2015, elle a contesté devant le Tribunale amministrativo regionale del Lazio (tribunal administratif régional du Latium, Italie) les mesures et les actes conventionnels par lesquels l'unité sanitaire locale n° 3 et l'hôpital de l'Angelo de Mestre ont attribué directement et sans procédure de passation de marché public préalable le marché de fourniture du médicament 18-FDG au Sacro Cuore pour trois ans.

Bien qu'étant une structure religieuse de droit privé, ce dernier participe au système public de programmation de santé de la région de Vénétie sur le fondement d'une convention ad hoc, en sa qualité d'hôpital « classé », assimilé en tant que tel à une structure publique.

Le contrat conclu dans le cadre dudit marché de fourniture prévoit que le Sacro Cuore doit fournir le médicament 18-FDG gratuitement aux neuf hôpitaux publics régionaux, moyennant la perception de frais de livraison fixés forfaitairement à 180 euros par expédition.

Au soutien de sa demande tendant à ce que soit annulée l'attribution directe au Sacro Cuore du marché de fourniture du médicament 18-FDG et à ce que soit subséquemment organisée une procédure d'appel d'offres pour la fourniture de ce médicament, IBA a contesté les actes suivants :

- l'octroi d'une subvention de 700 000 euros versée par la région de Vénétie au Sacro Cuore et affectée à la couverture du coût représenté par la fourniture gratuite du médicament 18-FDG à tous les organismes de santé de cette région intéressés ;
- la convention type relative à la constitution du rapport de fourniture entre chaque structure de santé publique régionale et le Sacro Cuore, élaborée par la région de Vénétie, et
- différents actes régionaux et étatiques concernant l'attribution litigieuse et les conditions de réalisation de la production et de la fourniture dudit médicament.

L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens **que la notion de « contrats à titre onéreux » englobe la décision par laquelle un pouvoir adjudicateur attribue directement à un opérateur économique déterminé, et donc sans organiser de procédure de passation de marché public, un financement intégralement affecté à la fabrication de produits devant être fournis gratuitement par celui-ci à différentes administrations qui sont exemptées du paiement de toute contrepartie audit fournisseur, à l'exception du versement, à titre de frais de livraison, d'une somme forfaitaire de 180 euros par expédition**

2) L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), et l'article 2 de la directive 2004/18 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui, en **assimilant les hôpitaux privés « classés » aux hôpitaux publics en raison de leur intégration dans le système de la programmation publique de santé nationale régie par des conventions ad hoc, différentes des rapports ordinaires d'accréditation avec les autres opérateurs privés participant au système de fourniture des prestations de santé, les soustrait à la réglementation nationale et à celle de l'Union en matière de marchés publics, y compris dans les cas où ils sont chargés de fabriquer et de fournir gratuitement aux structures de santé publiques des produits spécifiques nécessaires à l'accomplissement du service de santé en contrepartie d'un financement public affecté à la fabrication et à la fourniture de ces produits ».**

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

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

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

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

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

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

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

« Il résulte des termes de la convention conclue le 21 décembre 2005 entre le DEPARTEMENT DE L'OISE et la société X Multimédia, qu'en contrepartie du versement d'une somme de 65 000 euros hors taxes par le DEPARTEMENT DE L'OISE, cette société s'engageait à créer un site Internet d'accès à certains de ses logiciels pédagogiques au profit des élèves des collèges du département de l'Oise ; que, de plus, un certain nombre d'élèves inscrits dans des établissements scolaires désignés par la collectivité auraient un accès libre aux logiciels développés par cet éditeur ; qu'en outre, les personnes accédant au site verraient apparaître sur leurs écrans une mention de la participation financière du département au développement de celui-ci ainsi que le logo de cette collectivité territoriale ; Considérant que, dans le cadre du dispositif mis en place par le département lui-même, sa contribution financière, qualifiée d'aide par la convention, alors même que le département fait valoir l'absence de lien direct avec des prestations individualisées, a été calculée et versée en contrepartie d'un service rendu en exécution d'un contrat passé à l'initiative du département ; qu'un tel versement n'avait pas, ainsi, le caractère de subvention, mais celui de prix d'une prestation effectuée pour le compte du département ».

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

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

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

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

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

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

CE, 6 juillet 1990, n° 88224, CODIAC

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

CE, 26 janvier 1990, n° 108190, Woerth

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

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

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

L'occupation domaniale

Circ. n° INTA1919298J, 22 juill. 2019

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

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

Article L2122-6 CG3P

« Une autorisation d'occupation temporaire ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ou d'une autorité concédante soumise à l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

Dans le cas où un titre d'occupation serait nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce contrat prévoit, dans le respect des dispositions du présent code, les conditions de l'occupation du domaine »

Article L1311-2 CGCT

« Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou en vue de l'affectation à une association cultuelle d'un édifice du culte ouvert au public. Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif. Un tel bail peut être conclu même si le bien sur lequel il porte, en raison notamment de l'affectation du bien résultant soit du bail ou d'une convention non détachable de ce bail, soit des conditions de la gestion du bien ou du contrôle par la personne publique de cette gestion, constitue une dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ d'application de la contravention de voirie.

Un tel bail ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur ou d'une autorité concédante soumis au code de la commande publique. Dans le cas où un tel bail serait nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce contrat prévoit, dans le respect des dispositions du présent code, les conditions de l'occupation du domaine ».

CAA de Lyon, 24 novembre 2022, n°20LY01375, L'association « Sauvegarde Sud-Morvan »

« En deuxième lieu, et comme il a été rappelé précédemment, les conclusions présentées par l'association " Sauvegarde Sud-Morvan " et autres sont dirigées contre la convention du 10 juin 2021 uniquement en ce qu'elle concerne le domaine public communal. Par suite, les moyens tirés d'une violation des et de l'article L. 2422-7 du même code, qui sont inopérants, doivent être écartés. Même en admettant que ce dernier moyen serait dirigé contre cette convention en tant qu'elle vise des voies du domaine public communal, il n'en serait pas moins inopérant **compte tenu des prescriptions de l'article L. 1100-1 du code de la commande publique qui écartent l'application de ce code pour les contrats ayant pour objet l'occupation domaniale.** Aucun des moyens invoqués ici ne saurait donc recevoir satisfaction ».

CAA de PARIS, 27 mai 2021, 20PA02414, Société Paris Tennis

« En ce qui concerne la détermination de la nature de la convention en litige :

2. La société Paris Tennis soutient, à l'appui de sa requête, que la convention conclue entre le Sénat et la Ligue de Paris de Tennis pour l'exploitation des six courts de tennis présents dans le jardin du Luxembourg constitue une délégation de service public, soumise de ce fait à une obligation de mise en

concurrence.

3. Si l'article 1er de la convention en litige stipule qu'elle a pour " objectif de promouvoir et de développer dans le cadre de la FFT, une pratique et un enseignement sportif de qualité, largement ouverts à tous les publics du quartier, en s'appuyant notamment sur les associations et clubs présents sur le site ", un tel objectif ne suffit pas, à lui seul, à caractériser l'existence d'une mission de service public. En outre, si cette même convention stipule que le titulaire doit donner " à titre informatif " les caractéristiques détaillées du projet qu'il entend développer et qu'il est contraint de respecter des horaires et de maintenir un service minimum en cas de travaux, le Sénat ne s'est pour autant réservé aucun droit de contrôle sur la gestion même de l'activité sportive par la Ligue de Paris de Tennis, dont il ne détermine notamment pas les tarifs appliqués aux utilisateurs. Par ailleurs, aux termes de l'article 4.3 de la convention, le titulaire n'a également que l'obligation d'informer le Sénat de la répartition de l'utilisation des courts entre les clubs, les associations et les joueurs individuels. Enfin, si la mise à disposition d'équipements sportifs au profit d'associations privées et la présence d'un programme d'investissements visant à préserver la conformité de l'utilisation des installations sportives à l'exploitation du domaine public, permettent de valoriser ce domaine, ceci n'a pas pour objet de confier au cocontractant du Sénat la satisfaction d'un besoin de celui-ci que la Ligue de Paris de Tennis aurait intérêt à satisfaire.

4. Il résulte par ailleurs de l'ensemble des onze articles de cette convention que les seules annexes auxquelles ils renvoient, sont relatives aux plans des installations existantes, aux horaires d'ouverture et à la réglementation du jardin du Luxembourg, à la consistance et aux conditions de réalisation des travaux de rénovation des courts, ainsi qu'aux assurances à souscrire par l'attributaire. Dans ces conditions, la circonstance que certaines de ces annexes ne figureraient pas au dossier ou seraient incomplètes, est sans incidence sur la qualification du contrat.

5. Il ressort de tous ces éléments que, contrairement à ce que soutient la société requérante, la convention en litige revêt le caractère d'une convention d'autorisation d'occupation temporaire du domaine public, et non d'une délégation de service public.

CE, 10 juill. 2020, n° 434582, Sté Paris Tennis

« Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le Sénat, affectataire du palais du Luxembourg, de l'hôtel du Petit Luxembourg, de leurs jardins et de leurs dépendances historiques en application de l'article 2 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaire, a conclu avec la Ligue de Paris de Tennis un contrat ayant pour objet d'autoriser celle-ci à occuper temporairement une partie de ces dépendances domaniales afin d'y exploiter six courts de tennis, ainsi que des locaux d'accueil, des vestiaires et des sanitaires. La cour administrative d'appel, après avoir relevé qu'aucune des stipulations de la convention ne permettait de caractériser l'existence d'une mission de service public que le Sénat aurait entendu déléguer à cet organisme et que si, un certain nombre d'obligations pesaient sur le cocontractant, en termes notamment d'horaires et de travaux d'entretien, le Sénat ne s'était réservé aucun droit de contrôle sur la gestion même de l'activité sportive de la Ligue de Paris de Tennis, n'a pas entaché son arrêt d'erreur de qualification juridique en déduisant de l'ensemble de ces éléments que la convention en cause devait être regardée comme un contrat d'occupation du domaine public et non comme une concession de service public ».

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

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

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

LITTORAL »

« En l'état de l'instruction et compte tenu, notamment, des explications apportées à l'audience, le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 2122-1-4 du CG3P est de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée. En effet, l'article L. 2122-1-4, créé par l'article 3 de l'Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 et entré en vigueur le 1er juillet 2017, précise : « Lorsque la délivrance du titre mentionné à l'article L. 2122-1 intervient à la suite d'une manifestation d'intérêt spontanée, l'autorité compétente doit s'assurer au préalable par une publicité suffisante, de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente. ». Il ressort de l'arrêté du préfet de région du 9 août 2017 que le deuxième dossier de demande de concession a été reçu en préfecture le 11 juillet 2017. Les dispositions précitées lui sont donc applicables, de sorte que l'autorisation de concession devait donner lieu à une publicité spécifique dès juillet 2017. L'association MSM produit au dossier plusieurs avis d'insertion dans la presse quotidienne. Toutefois les deux avis publiés dans La Provence et La Marseillaise le 6 juillet 2017, soit antérieurement au dépôt du deuxième dossier de demande, ne peuvent viser que la première demande de concession, déposée le 24 octobre 2016 et ayant donné lieu à l'autorisation du préfet du 26 novembre 2016, retirée par la suite. En outre, ces avis visent les articles R. 2124-1 à R. 2124-12 du CG3P et non l'article L. 2122-1-4, se bornent à porter à la connaissance du public la demande de concession déposée et ne sollicitent aucune « autre manifestation d'intérêt concurrente ». Les avis publiés les 20 et 23 janvier 2017 concernent également le site initial, ainsi qu'il a été ajouté en manuscrit sur les factures. Les avis du 27 avril 2018 s'en tiennent à annoncer l'enquête publique, enfin l'avis du 17 janvier 2019 ne fait qu'annoncer l'émission par le préfet de l'arrêté du 19 novembre 2018 autorisant la concession. Il suit de là qu'en l'état de l'instruction, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 2122-1-4 du CG3P apparaît propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée. »

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

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

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

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

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

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

Titre I - LES MARCHES PUBLICS

Article L. 1110-1

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

Chapitre I - LE MARCHÉ PUBLIC

Section 1 - Définition

Article L. 1111-1

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

Acheteur (s)

Article L. 1210-1

Opérateurs économiques

Règlement (UE) n° 2022/576 du Conseil du 8 avril 2022 : Article 5 duodecies

« Il est interdit d'attribuer ou de poursuivre l'exécution de tout marché public ou contrat de concession relevant du champ d'application des directives sur les marchés publics, ainsi que de l'article 10, paragraphes 1, 3, 6 a) à 6 e), 8, 9 et 10, des articles 11, 12, 13 et 14 de la directive 2014/23/UE, des articles 7 et 8, de l'article 10, points b) à f) et h) à j), de la directive 2014/24/UE, de l'article 18, de l'article 21, points b) à e) et g) à i), des articles 29 et 30 de la directive 2014/25/UE et de l'article 13, points a) à d), f) à h) et j), de la directive 2009/81/CE, à ou avec :

- a) un ressortissant russe, ou une personne physique ou morale, une entité ou un organisme établi en Russie;
 - b) une personne morale, une entité ou un organisme dont plus de 50 % des droits de propriété sont détenus, directement ou indirectement, par une entité visée au point a) du présent paragraphe; ou
 - c) une personne physique ou morale, une entité ou un organisme agissant pour le compte ou selon les instructions d'une entité visée au point a) ou b) du présent paragraphe, y compris, lorsqu'ils représentent plus de 10 % de la valeur du marché, les sous-traitants, fournisseurs ou entités aux capacités desquels il est recouru au sens des directives sur les marchés publics.
2. Par dérogation au paragraphe 1, les autorités compétentes peuvent autoriser l'attribution et la poursuite de l'exécution des contrats destinés :
- a) à l'exploitation, à l'entretien, au déclassement et à la gestion des déchets radioactifs, à l'approvisionnement en combustible et au retraitement du combustible et à la sûreté des capacités nucléaires civiles, et à la poursuite de la conception, de la construction et du déclassement exigés pour la réalisation d'installations nucléaires civiles, ainsi qu'à la fourniture de matériaux précurseurs pour la production de radio-isotopes médicaux et d'applications médicales similaires, de technologies critiques pour la surveillance des rayonnements dans l'environnement, et à une coopération nucléaire civile, en particulier dans le domaine de la recherche et du développement;
 - b) à la coopération intergouvernementale dans le domaine des programmes spatiaux;
 - c) à la fourniture de biens ou de services strictement nécessaires qui ne peuvent être fournis que par les personnes visées au paragraphe 1 ou qui ne peuvent l'être qu'en quantités suffisantes;
 - d) au fonctionnement des représentations diplomatiques et consulaires de l'Union et des États membres en Russie, y compris les délégations, les ambassades et les missions, ou d'organisations internationales jouissant d'immunités conformément au droit international;
 - e) à l'achat, à l'importation ou au transport de gaz naturel et de pétrole, y compris de produits pétroliers raffinés, ainsi que de titane, d'aluminium, de cuivre, de nickel, de palladium et de minerai de fer depuis ou via la Russie vers l'Union; ou

f) à l'achat, à l'importation ou au transport vers l'Union de charbon et d'autres combustibles fossiles solides jusqu'au 10 août 2022.

3. L'État membre concerné informe les autres États membres et la Commission de toutes les autorisations accordées en vertu du présent article dans un délai de deux semaines suivant l'autorisation.

4. Les interdictions visées au paragraphe 1 ne s'appliquent pas à l'exécution jusqu'au 10 octobre 2022 des contrats conclus avant le 9 avril 2022 ».

TA Marseille, 20 novembre 2024, n°2305285, Société GDV

« L'association Saint-Nabor services, personne morale de droit privée, doit être regardée comme un opérateur économique au sens des dispositions de l'article L. 1220-1 précitées. Par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que le statut d'association de l'attributaire du marché est de nature à fausser la concurrence du secteur d'activité concerné ».

CJUE, 14 juill. 2022, aff. C-436/20, Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)

« Les articles 76 et 77 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale **qui réserve aux entités privées sans but lucratif la faculté de conclure, moyennant une mise en concurrence de leurs offres, des accords en vertu desquels ces entités fournissent des services sociaux d'aide à la personne, en contrepartie du remboursement des coûts qu'elles supportent, quelle que soit la valeur estimée de ces services, même si ces entités ne satisfont pas aux exigences prévues à cet article 77, pour autant, d'une part, que le cadre légal et conventionnel dans lequel se déploie l'activité desdites entités contribue effectivement à la finalité sociale ainsi qu'à la poursuite des objectifs de solidarité et d'efficacité budgétaire sur lesquels cette réglementation est fondée et, d'autre part, que le principe de transparence, tel qu'il est notamment précisé à l'article 75 de cette directive, est respecté ».**

CE, 8 décembre 2020, n° 436532, Métropole Aix-Marseille Provence

« il résulte des dispositions de l'article 13 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, rappelées au point 4, que **si deux personnes morales différentes constituent en principe des opérateurs économiques distincts, elles doivent néanmoins être regardées comme un seul et même soumissionnaire lorsque le pouvoir adjudicateur constate leur absence d'autonomie commerciale, résultant notamment des liens étroits entre leurs actionnaires ou leurs dirigeants, qui peut se manifester par l'absence totale ou partielle de moyens distincts ou la similarité de leurs offres pour un même lot**. Par suite, dès lors qu'il a relevé, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, d'une part, que les offres litigieuses des sociétés CMT Services et Compagnie méridionale d'applications thermiques pour le lot n° 12 émanaient de deux sociétés filiales d'un même groupe et, d'autre part, qu'elles étaient identiques et ne pouvaient être considérées comme des offres distinctes présentées par des opérateurs économiques manifestant leur autonomie commerciale, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, qui a suffisamment motivé son ordonnance, n'a pas commis d'erreur de droit en en déduisant que la métropole devait être regardée comme ayant retenu, pour le même lot, deux offres présentées par un même soumissionnaire. Il n'a pas davantage dénaturé les pièces du dossier ni commis d'erreur de droit en jugeant que la métropole avait ainsi méconnu les stipulations du règlement de la consultation, qui lui imposaient d'écarter l'ensemble des offres de la société CMT Services et de la société Compagnie Méridionale d'applications thermiques pour ce lot comme irrégulières, et qu'elle avait ainsi manqué à ses obligations de mise en concurrence ».

CJUE, 11 juin 2020, C- 219/19, Parsec Fondazione Parco delle Scienze e della Cultur

« L'article 19, paragraphe 1, et l'article 80, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, lus à la lumière du considérant 14 de cette directive, doivent être interprétés en ce sens qu'ils **s'opposent à une réglementation nationale qui exclut la possibilité pour des entités sans but lucratif de participer à une procédure de passation d'un marché public de services**

d'ingénierie et d'architecture, alors même que ces entités sont habilitées par le droit national à offrir les services visés par le marché concerné ».

CAA Bordeaux, 25 juillet 2019, n° 17BX03405, Centre hospitalier Esquirol

« Le prix proposé par l'établissement public de santé doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans qu'il bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié. **Ces règles s'appliquent enfin sans préjudice des coopérations que les personnes publiques peuvent organiser entre elles, dans le cadre de relations distinctes de celles d'opérateurs intervenant sur un marché concurrentiel.**

... aucun élément n'a été produit par le pouvoir adjudicateur ou par le CHU permettant de justifier que le prix proposé par l'établissement public attributaire a été déterminé sans distorsion de la libre concurrence, c'est à dire en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, et que cet établissement public n'a pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public ».

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

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

2) a) Une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence. En particulier, le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié. Ces règles s'appliquent enfin sans préjudice des coopérations que les

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

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

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

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

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

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

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

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

par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié ».

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

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

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

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

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

Satisfaire leurs besoins

CE, 3 avr. 2024, n° 472476, Sté Victor Hugo 21 : publié au Recueil Lebon

Le contrat par lequel un pouvoir adjudicateur prend à bail ou acquiert des biens immobiliers qui doivent faire l'objet de travaux à la charge de son cocontractant constitue un marché de travaux au sens des articles 4 et 5 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, repris respectivement aux articles L. 1111-1 et L. 1111-2 du code de la commande publique (CCP), lorsqu'il résulte des stipulations du contrat qu'il exerce une influence déterminante sur la conception des ouvrages. Tel est le cas lorsqu'il est établi que cette influence est exercée sur la structure architecturale de ce bâtiment, telle que sa dimension, ses murs extérieurs et ses murs porteurs. Les demandes de l'acheteur concernant les aménagements intérieurs ne peuvent être considérées comme démontrant une influence déterminante que si elles se distinguent du fait de leur spécificité ou de leur ampleur.

39-04-01 Marché de travaux dont une clause prévoit le versement de loyers et de « surloyers » en contrepartie de travaux d'aménagement et de constructions de bâtiments....Clause, indivisible du reste du contrat, constituant des paiements différés prohibés par l'article 60 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, désormais codifié à l'article L. 2191-5 du code de la commande publique (CCP). ...Eu égard à la nature de cette clause, le contenu du contrat présente un caractère illicite, ce qui en justifie l'annulation.

CJUE, 22 avril 2021, aff. C-537/19, Commission c/ République d'Autriche

« S'agissant des spécifications que Wiener Wohnen a formulées, il ressort des éléments du dossier dont dispose la Cour que cet immeuble a été conçu comme un immeuble de bureaux classique, sans que soient visés des groupes déterminés de locataires ni des besoins spécifiques. Les ailes A et B dudit immeuble suivent un système de grille, habituel pour les immeubles de bureaux de la taille de celui-ci, garantissant que la disposition intérieure reste aussi flexible que possible et adaptée à de futurs locataires.

81. À cet égard, il est usuel qu'une entreprise, qu'elle soit privée ou publique, qui cherche à louer un immeuble de bureaux, fasse préciser certains souhaits quant aux caractéristiques que ce site devrait,

dans la mesure du possible, réunir, qu'il s'agisse d'un bâtiment encore à construire ou d'un changement de locataire à l'occasion duquel des travaux de remise à niveau sont effectués. De telles démarches ne permettent pas de requalifier un contrat de location en marché de travaux (...)

Étant donné que les standards législatifs ou réglementaires dans les matières susmentionnées ont considérablement évolué au cours des dernières décennies, en étant toujours plus exigeants, et qu'ils continuent d'évoluer en ce sens, ne saurait être considérée comme constituant une exigence exorbitante de la part d'une entité publique telle que Wiener Wohnen, qui cherche à louer pour une longue période un bâtiment destiné à abriter son administration centrale, la volonté de disposer d'un bâtiment dont les caractéristiques ne se limitent pas au respect des standards en vigueur lors de la conclusion du contrat de location en cause, mais qui présente également une certaine pérennité quant au respect des standards applicables dans le temps. Si le nombre de ces demandes et le degré de détails de celles-ci sont élevés, il demeure que le critère déterminant dans ce contexte est néanmoins celui de savoir si ces demandes vont au-delà des exigences habituelles d'un locataire en ce qui concerne un immeuble tel que l'immeuble Gate 2.

Or, si la Commission a établi, sur la base des documents intitulés « Descriptif du bâtiment et de ses équipements », du 16 mai 2012, et « Complément au descriptif du bâtiment et de ses équipements », du 22 mai 2012, tous deux annexés au contrat de location en cause, que les demandes présentées par Wiener Wohnen étaient nombreuses et détaillées, avec des exemples concrets à l'appui, il ne ressort pas, en revanche, de ses écritures que Wiener Wohnen aurait présenté un nombre non négligeable de demandes ayant eu pour effet que, en ce qu'elles visaient à satisfaire des besoins qui lui étaient propres, cette entité aurait exercé une influence déterminante sur la conception de l'immeuble Gate 2 (...);

97. Il découle, ainsi, de l'ensemble des considérations qui précèdent que la Commission n'a pas établi, à suffisance de droit, que, en ce que Wiener Wohnen a attribué directement le marché du 25 mai 2012 relatif à l'immeuble de bureaux sis Guglgasse 2-4, à Vienne, sans réaliser une procédure de mise en concurrence et sans communiquer l'avis y afférent, la République d'Autriche a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 2 et 28 ainsi que de l'article 35, paragraphe 2, de la directive 2004/18».

CAA Paris, 17 janv. 2020, n° 19PA01355, Société Beaumont Goodwill

« Les contrats de vente immobilière du 28 juin 2018 dont la société Beaumont Goodwill demande l'annulation, et dont elle ne soutient pas qu'ils seraient administratifs par détermination de la loi, ont été conclus entre deux personnes morales de droit privé. Elle soutient qu'ils relèvent d'un marché de droit public dès lors que la société Renault, par l'intermédiaire de sa filiale SIMCRA, a agi dans le cadre de l'appel à projets " Réinventer Paris II - Les Dessous de Paris " dont la ville de Paris est l'initiatrice et la conceptrice et qui définit des prestations visant à satisfaire un besoin individualisé de la personne publique pour le compte de laquelle ces contrats ont été passés. Toutefois, il ressort des pièces du dossier que le règlement de l'appel à projets précise en son article A.2.1 intitulé " Transférer des droits immobiliers en vue de la réalisation des projets ", que : " Les projets de " Réinventer Paris-Les dessous de Paris " **ne répondent pas à un besoin spécifique des partenaires mais relèvent de l'initiative de leurs porteurs et répondent à leurs propres besoins.** Par conséquent, le présent appel à projet ne s'inscrit pas dans le champ de la commande publique. Les partenaires n'ont aucunement vocation à se voir rétrocéder une partie du bien, à en assumer la gestion en tout ou partie ou encore à apporter un financement spécifique au projet ; (...). Il ressort également des pièces du dossier que si la société Renault est un des partenaires désignés par la ville de Paris dans ce document, elle a, par l'intermédiaire de la SIMCRA, lancé sa propre procédure d'appel à projets, élaboré son propre règlement de consultation qui précise en son article 2.3 que le règlement de " Réinventer Paris II - Les Dessous de Paris " n'est fourni qu' " à titre indicatif seulement " afin de connaître " les attentes de la ville de Paris en matière de renouvellement urbain " et que " les conditions du règlement relatives à la cession de biens publics ne sont pas applicables au cas particulier ". Il n'est ni établi ni même allégué que le produit de la vente ou que les travaux envisagés par le lauréat sur les biens immobiliers cédés par la SIMCRA auraient vocation à revenir à la ville de Paris. Ainsi, la seule **circonstance que ces ventes soient intervenues dans le cadre de l'appel à projets de la ville de Paris et réponde aux objectifs d'intérêt général définis par cette dernière tant en termes architecturaux, sociaux,**

qu'environnementaux pour la sélection des projets, ne suffit pas à les faire regarder comme répondant aux seuls besoins du pouvoir adjudicateur, au sens du code des marchés publics, ou intervenant dans son intérêt économique direct. Par suite, c'est à bon droit que le tribunal a considéré que ces contrats de vente étaient des contrats de droit privé et que le litige relevait de la compétence du juge judiciaire ».

CE, avis, 22 janv. 2019, n° 396221, relatif aux conditions de réalisation de passerelles innovantes sur la Seine

« D'une part, il ressort tout d'abord du cahier des charges que les passerelles envisagées, bien que destinées à plusieurs usages, ont vocation à être utilisées comme axe de déplacement et de franchissement de la Seine. La création de nouvelles voies et leur affectation à la circulation, y compris piétonne, relèvent de la satisfaction d'un besoin public. Les ponts figurent, en outre, sur la « liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique » publiée au Journal officiel du 27 mars 2016 en application du 1° du I de l'article 5 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et du 1° du I de l'article 6 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, pour **lesquelles existe une forme de présomption de réponse à un besoin de la personne publique. En effet, lorsqu'un pouvoir adjudicateur confie la conception et la réalisation d'un pont à un opérateur économique, il n'est pas nécessaire de vérifier, comme le prévoit le 2° de ces dispositions pour les ouvrages ne figurant pas sur la liste, que ce dernier a fixé des exigences et exercé une influence déterminante sur la nature ou la conception de l'ouvrage.** En tout état de cause, tel semble être le cas des passerelles sur la Seine puisque le cahier des charges de l'appel à projets précise le programme attendu des candidats pour chaque site, en distinguant selon les zones (« au-dessus du fleuve », « sur les emprises des quais hauts »), et leur impose des prescriptions techniques découlant, pour certaines, des règles d'urbanisme et de sécurité, mais tenant également, pour d'autres, au maintien des activités économiques ou industrielles existantes pour lesquelles PAP a délivré des titres d'occupation. Sans être extrêmement précis, les « dix défis à relever » à teneur écologique qui figurent dans le règlement de la manifestation d'intérêt constituent également des éléments complémentaires de cadrage du besoin des personnes publiques associées au projet. Compte tenu des missions respectives de ces personnes publiques, ce contrat répondrait au moins aux besoins de la Ville de Paris.

D'autre part, ce même règlement précise, dans son annexe 1, que la proposition financière et le montage financier font partie des éléments de l'offre que les équipes candidates soumettront dans le cadre de la seconde phase de l'appel à projets. Le cahier des charges indique, lui, que les passerelles « seront destiné[s] à différents usages urbains selon un modèle économique à inventer... ». Ainsi, s'il n'est pas possible de déterminer avec précision les termes de l'équilibre financier du contrat final, qui sont du reste encore inconnus à ce stade, la seule mention du modèle économique suffit pour démontrer que l'opération a un caractère onéreux et que le lauréat de l'appel à projets recevrait, dans ce montage, une contrepartie, qu'il s'agisse d'un prix ou du droit d'exploiter l'ouvrage réalisé ».

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

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

Travaux

Article L. 1111-2

Fournitures

Article L. 1111-3

Services

Article L. 1111-4

En contrepartie d'un prix ou de tout équivalent

CJUE, 14 juill. 2022, aff. C-436/20, Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)

« Le caractère onéreux d'un marché public suppose que chacune des parties s'engage à réaliser une prestation en contrepartie d'une autre, sans pour autant exclure que la contrepartie du pouvoir adjudicateur consiste **uniquement dans le remboursement des frais encourus** pour fournir le service convenu (voir, en ce sens, arrêt du 10 septembre 2020, Tax-Fin-Lex, C-367/19, EU:C:2020:685, points 25 et 26 ainsi que jurisprudence citée). Partant, un contrat ne saurait échapper à la notion de « marché public de services » du seul fait que, comme cela semble être le cas en l'occurrence, la rémunération prévue est limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu (arrêt du 28 janvier 2016, CASTA e.a., C-50/14, EU:C:2016:56, point 52) ».

CE, 9 juin 2021, n° 448948 et 448949, Ville de Paris

« Les contrats pour la conclusion desquels la ville de Paris a lancé la procédure litigieuse ont pour objet de confier à leur titulaire l'enlèvement des véhicules abandonnés dans les parcs de fourrière placés sous sa responsabilité, conformément à l'article L. 325-8 du code de la route. La fréquence et le volume des enlèvements auxquels le titulaire s'engage à procéder sont fixés par les stipulations du contrat. Le service ainsi rendu par les entreprises de démolition automobile cocontractantes ne fait l'objet d'aucune rémunération sous la forme d'un prix, les stipulations des conventions projetées, qui reprennent les clauses types définies à l'article R. 325-45 du code de la route, indiquant que ces entreprises ont le droit, en contrepartie de leurs obligations, de disposer des accessoires, pièces détachées et matières ayant une valeur marchande issus des véhicules. Aucune stipulation de ces conventions ne prévoit par ailleurs de compensation, par la ville de Paris, des éventuelles pertes financières que pourrait subir son cocontractant du fait des risques inhérents à l'exploitation commerciale des produits issus de ces enlèvements. Dans ces conditions, ces conventions, qui prévoient que la rémunération du service rendu prend la forme du droit d'exploiter les véhicules abandonnés et qui transfèrent à leurs titulaires le risque inhérent à cette exploitation, présentent le caractère de concessions de service ».

Conclusion, Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

« L'absence de tout prix versé par la ville de Paris conduit à écarter la qualification de marché public, au regard de la définition donnée par l'article L. 1111-1. Celui-ci n'exclut certes pas l'idée de « tout équivalent » à un prix. L'abandon de recettes d'exploitation pouvait auparavant être regardé comme un prix lorsqu'il n'existait pas de catégorie contractuelle de concession de service pour des services qui n'étaient pas des services publics ».

CE, 18 mai 2021 n° 443153 Communauté d'agglomération de Lens-Liévin

« Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le titulaire du contrat conclu le 12 août 1991 s'est engagé à réaliser l'aménagement de la friche Sabès située à Liévin, en vue d'y créer une zone d'activité commerciale et artisanale contribuant au développement économique de la ville et, à cette fin, d'effectuer les démolitions nécessaires, de réaliser les équipements secondaires de la zone, de procéder le cas échéant à la construction de bâtiments à vocation commerciale ou artisanale, de procéder aux études nécessaires et de coordonner l'opération. Selon les stipulations de l'article 3 du contrat relevées par le juge du fond : **" La ville s'engage à garantir, dans les conditions déterminées par le cahier des charges, si la demande en est faite par les organismes prêteurs, le service des intérêts et le remboursement des emprunts que la société contractera pour la réalisation de la présente opération et à inscrire, en conséquence, à son budget les sommes correspondantes. / Elle s'engage à mettre à la disposition de la Société le produit des emprunts qu'elle aurait souscrit pour la réalisation de cette opération "**. Les stipulations de l'article 5 du même contrat, également relevées par le juge du fond, prévoient que : **" L'opération de concession est réalisée**

sous le contrôle de la ville et à ses risques financiers. En conséquence, à l'expiration de la concession, la Ville bénéficiera du solde positif ou prendra en charge le solde négatif résultant des comptes de l'opération, dans les conditions précisées au cahier des charges. ". La cour a de plus retenu, d'une part, que l'article 29 du cahier des charges stipule que le bilan de clôture arrêté par le titulaire fixe " le montant définitif de la participation financière du concédant aux travaux d'aménagement de la zone nécessaire pour équilibrer les comptes, majoré de la rémunération de la société et de la perte cumulée " et, d'autre part, que les stipulations des articles 25 et 28 du cahier des charges prévoient en outre que **la personne publique contractante s'engage à contribuer au remboursement des annuités des emprunts garantis du titulaire, si ses recettes ne suffisent pas y pourvoir, et que le titulaire perçoit une rémunération globale et forfaitaire pour ses frais généraux et de fonctionnement.** Elle a souverainement déduit de ces stipulations, sans les dénaturer, que le concessionnaire n'a pris aucun risque financier dans cette opération, le concédant, c'est-à-dire la collectivité publique, supportant seul tous ces risques. Il s'ensuit que la cour a ni commis une erreur de droit ni une erreur de qualification juridique, en estimant que le contrat litigieux, bien que formellement conclu en qualité de concession d'aménagement soumis aux dispositions citées au point 4 de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme, dès lors que la rémunération du cocontractant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'opération d'aménagement, constitue un marché public ».

CE, 4 mars 2021, n° 438859, Dpt de la Loire

« Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Lyon que le contrat faisant l'objet de la procédure de passation en litige a pour objet l'émission et la distribution de titres de paiement à destination des agents du département de la Loire. Si les stipulations du projet de contrat ne font pas obstacle à ce que, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires encadrant chaque catégorie de titre préfinancé, **le cocontractant qui projette d'exécuter le service prélève une commission à l'occasion du remboursement des titres aux personnes physiques ou morales les ayant acceptés en paiement ou place les sommes versées par le département durant le laps de temps précédant leur remboursement, le coût de l'émission des titres et de leur distribution est intégralement payé par le département et le cocontractant bénéficie, à titre de dépôt, des fonds nécessaires pour verser leur contre-valeur aux personnes physiques ou morales auprès desquelles les titres seront utilisés.** Il résulte de ce qui précède que le cocontractant ne supporte aucun risque d'exploitation. Dans ces conditions, le contrat en litige ne revêt pas le caractère d'un contrat de concession, mais celui d'un marché public. Il s'ensuit que le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Lyon n'a pas méconnu le champ d'application de la loi en faisant application des dispositions du code de la commande publique relatives au calcul de la valeur estimée des marchés publics ».

CJUE, 10 septembre 2020, Tax-Fin-Lex d.o.o., C-367/19

« Selon la jurisprudence de la Cour, il ressort du sens juridique habituel des termes « à titre onéreux » que ceux-ci désignent un contrat par lequel chacune des parties s'engage à réaliser une prestation en contrepartie d'une autre ... Il s'ensuit qu'un contrat par lequel un pouvoir adjudicateur n'est juridiquement tenu de fournir aucune prestation en contrepartie de celle que son cocontractant s'est engagé à réaliser ne relève pas de la notion de « contrat à titre onéreux », au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24.

28. La circonstance, évoquée par la juridiction de renvoi et inhérente à toute procédure de marché public, que **l'obtention de ce contrat pourrait avoir une valeur économique pour le soumissionnaire, en ce qu'elle lui ouvrirait l'accès à un nouveau marché ou lui permettrait d'obtenir des références, est trop aléatoire et ne saurait, par conséquent, ainsi que l'a relevé, en substance, M. l'avocat général aux points 63 à 66 de ses conclusions, suffire pour qualifier ce contrat de « contrat à titre onéreux »...**

30. Il s'ensuit que l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 ne saurait constituer une base juridique susceptible de fonder le rejet d'une offre proposant un prix de zéro euro. Dès lors, cette disposition ne permet pas d'écarter automatiquement une offre soumise dans le cadre d'un marché public, telle qu'une offre au prix de zéro euro, par laquelle un opérateur propose de fournir au pouvoir adjudicateur les travaux, les fournitures ou les services que celui-ci souhaite acquérir sans demander de contrepartie ».

CAA Lyon, 09 Janvier 2020, n° 18LY00267, EHPAD

« Les médicaments étant dispensés directement aux résidents, qui en acquittaient le prix, l'accord conclu entre l'établissement public et M. A... ne constituait pas un contrat de fourniture de biens mais un contrat de prestation de service. **Cet accord n'était pas conclu à titre onéreux, en l'absence de toute rémunération de M. A... en contrepartie du service rendu, et ne constituait donc pas un marché public.** Toutefois, alors même que le titulaire de l'officine ne participait pas à l'organisation ou à la supervision de l'administration des médicaments, M. A... doit être regardé, eu égard à la mission qui lui était confiée et aux modalités selon lesquelles elle était organisée et exécutée, comme participant directement à la mission de service public confiée à l'EHPAD, à qui incombe la prise en charge médico-sociale des résidents. Dès lors, l'accord conclu entre l'EHPAD et M. A... revêt le caractère d'un contrat administratif ».

CJUE, 28 mai 2020, C-796/18, ISE mbH c/ Ville de Cologne et Land de Berlin

« La directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doit être interprétée en ce sens qu'un accord qui, d'une part, prévoit qu'un pouvoir adjudicateur met gratuitement à la disposition d'un autre pouvoir adjudicateur un logiciel et, d'autre part, est lié à **un accord de coopération en vertu duquel chaque partie à cet accord est tenue de mettre gratuitement à la disposition de l'autre partie les futurs développements de ce logiciel qu'elle pourrait concevoir, constitue un « marché public »,** au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de cette directive, lorsqu'il résulte tant des termes de ces accords que de la réglementation nationale applicable que ledit logiciel fera en principe l'objet d'adaptations.

L'article 12, paragraphe 4, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'une coopération entre pouvoirs adjudicateurs peut être exclue du champ d'application des règles de passation des marchés publics prévues par cette directive lorsque ladite coopération porte sur des activités accessoires aux services publics qui doivent être fournis, même à titre individuel, par chaque membre de cette coopération, pour autant que ces activités accessoires contribuent à la réalisation effective desdits services publics ».

CJUE, 18 oct. 2018, C-606/17, IBA Molecular Italy Srl

« IBA est une entreprise spécialisée dans la production de médicaments radiopharmaceutiques. Elle est concessionnaire exclusive en Italie du médicament 18-FDG qui est un traceur isotopique utilisé dans certains examens radiographiques.

Par un recours du 29 avril 2015, elle a contesté devant le Tribunale amministrativo regionale del Lazio (tribunal administratif régional du Latium, Italie) les mesures et les actes conventionnels par lesquels l'unité sanitaire locale n° 3 et l'hôpital de l'Angelo de Mestre ont attribué directement et sans procédure de passation de marché public préalable le marché de fourniture du médicament 18-FDG au Sacro Cuore pour trois ans.

Bien qu'étant une structure religieuse de droit privé, ce dernier participe au système public de programmation de santé de la région de Vénétie sur le fondement d'une convention ad hoc, en sa qualité d'hôpital « classé », assimilé en tant que tel à une structure publique.

Le contrat conclu dans le cadre dudit marché de fourniture prévoit que le Sacro Cuore doit fournir le médicament 18-FDG gratuitement aux neuf hôpitaux publics régionaux, moyennant la perception de frais de livraison fixés forfaitairement à 180 euros par expédition.

Au soutien de sa demande tendant à ce que soit annulée l'attribution directe au Sacro Cuore du marché de fourniture du médicament 18-FDG et à ce que soit subséquemment organisée une procédure d'appel d'offres pour la fourniture de ce médicament, IBA a contesté les actes suivants :

- l'octroi d'une subvention de 700 000 euros versée par la région de Vénétie au Sacro Cuore et affectée à la couverture du coût représenté par la fourniture gratuite du médicament 18-FDG à tous les organismes de santé de cette région intéressés ;
- la convention type relative à la constitution du rapport de fourniture entre chaque structure de santé publique régionale et le Sacro Cuore, élaborée par la région de Vénétie, et
- différents actes régionaux et étatiques concernant l'attribution litigieuse et les conditions de réalisation de la production et de la fourniture dudit médicament.

L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens **que la notion de « contrats à titre onéreux » englobe la décision par laquelle un pouvoir adjudicateur attribue directement à un opérateur économique déterminé, et donc sans organiser de procédure de passation de marché public, un financement intégralement affecté à la fabrication de produits devant être fournis gratuitement par celui-ci à différentes administrations qui sont exemptées du paiement de toute contrepartie audit fournisseur, à l'exception du versement, à titre de frais de livraison, d'une somme forfaitaire de 180 euros par expédition**

2) L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), et l'article 2 de la directive 2004/18 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui, en **assimilant les hôpitaux privés « classés » aux hôpitaux publics en raison de leur intégration dans le système de la programmation publique de santé nationale régie par des conventions ad hoc, différentes des rapports ordinaires d'accréditation avec les autres opérateurs privés participant au système de fourniture des prestations de santé, les soustrait à la réglementation nationale et à celle de l'Union en matière de marchés publics, y compris dans les cas où ils sont chargés de fabriquer et de fournir gratuitement aux structures de santé publiques des produits spécifiques nécessaires à l'accomplissement du service de santé en contrepartie d'un financement public affecté à la fabrication et à la fourniture de ces produits** ».

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

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

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

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

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

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

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

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

Section 2 - Objet

Article L1111-2

Un marché de travaux a pour objet :

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

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

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

CE, 3 avril 2024, n° 472476, Société Victor Hugo 21

« Le contrat par lequel un pouvoir adjudicateur prend à bail ou acquiert des biens immobiliers qui doivent faire l'objet de travaux à la charge de son cocontractant constitue un marché de travaux au sens des articles 4 et 5 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, repris respectivement aux articles L. 1111-1 et L. 1111-2 du code de la commande publique (CCP), lorsqu'il résulte des stipulations du contrat qu'il exerce une influence déterminante sur la conception des ouvrages. Tel est le cas lorsqu'il est établi **que cette influence est exercée sur la structure architecturale de ce bâtiment, telle que sa dimension, ses murs extérieurs et ses murs porteurs. Les demandes de l'acheteur concernant les aménagements intérieurs ne peuvent être considérées comme démontrant une influence déterminante que si elles se distinguent du fait de leur spécificité ou de leur ampleur**.

Marché de travaux dont une clause prévoit le versement de loyers et de « surloyers » en contrepartie de travaux d'aménagement et de constructions de bâtiments... Clause, indivisible du reste du contrat, constituant des paiements différés prohibés par l'article 60 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, désormais codifié à l'article L. 2191-5 du code de la commande publique (CCP). ... Eu égard à la nature de cette clause, le contenu du contrat présente un caractère illicite, ce qui en justifie **l'annulation** ».

CC, 26 octobre 2023, n° 22-19.444

« Que la conclusion par des personnes publiques de contrats **emportant cession d'un immeuble de leur domaine privé, dont l'objet principal est de confier à un opérateur économique la réalisation de travaux en vue de la construction, selon des spécifications précises imposées par lesdites personnes publiques, d'ouvrages qui, même destinés à des tiers, répondent à un besoin d'intérêt général défini par lesdites collectivités**, est soumise aux obligations de publicité et de mise en concurrence résultant des principes généraux du droit de la commande publique ; qu'en retenant, pour écarter l'exception d'incompétence soulevée par la commune, que cette dernière "ne démontr[ait] pas la réalisation d'un programme immobilier dont les caractéristiques essentielles auraient été définies par elle et que l'acquéreur avait pour obligation de réaliser des travaux directement pour son compte", après avoir pourtant constaté que la commune avait décidé de réaliser une opération permettant d'augmenter l'offre de logements sociaux sur son territoire, en établissant un cahier des charges précis, afin que l'opérateur retenu à l'issue de cette procédure édifie des logements sur les parcelles cédées, parmi lesquels un pourcentage déterminé de logements sociaux, ce dont il s'évinçait que la commune avait confié à l'acquéreur la réalisation de travaux répondant à un besoin d'intérêt général préalablement défini, la cour d'appel a violé les principes généraux du droit de la commande publique, ensemble la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor An III ».

CAA de MARSEILLE, 11 avril 2022, n°21MA00539, Mme G... I... et M. M... N...

« Il résulte du paragraphe 2 que la promesse de vente en cause contient une clause, qui doit être regardée comme indivisible, par laquelle la commune de Grasse commande un bâtiment pour un prix de 450 000 euros. Il ressort toutefois des pièces du dossier, du **manque de spécification précise de l'ouvrage envisagé**, que, alors même que la commune en retire un intérêt direct compte tenu notamment de leur montant, **ces travaux ne constituent pas l'objet principal du contrat entre la commune et la Sarl Astrid Promotion, lequel porte sur l'aliénation d'un immeuble, dont ils ne sont que l'accessoire**. Le contrat autorisé par la délibération attaquée n'a donc pas la nature d'un marché public ».

CAA Marseille, 14 juin 2021, n° 20MA02803, Sté nouvelle d'entreprise de spectacles

« En premier lieu, indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public. Même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission.

En l'espèce, l'activité de projection cinématographique et d'animation culturelle que la société L'Yre Canet entend mener dans le bâtiment à édifier sur le fondement du bail attaqué n'a pas été qualifiée de service public par la loi. Si elle peut être regardée comme présentant, pour la commune de Canet en Roussillon, le caractère d'une activité d'intérêt général, ni le bail emphytéotique conclu le 23 avril 2018, ni la délibération l'approuvant ne comportent de stipulations impartissant des objectifs précis à la société L'Yre Canet ou assurant le contrôle de cette activité par la commune, la stipulation du bail intitulée " contrôle du bailleur " ne pouvant être comprise, au vu de la généralité de ses termes, que comme prévoyant un contrôle d'ordre général sur l'utilisation des lieux par l'emphytéote et non sur la consistance, les modalités et les résultats de son activité. Par ailleurs, si la convention de subvention approuvée le 12 février 2018 par le conseil municipal de Canet-en-Roussillon prévoit, en contrepartie du versement d'une subvention à la société L'Yre Canet, la réalisation d'un certain nombre d'entrées hebdomadaires ou l'obtention par la société L'Yre Canet d'un classement " arts et essais ", ces conditions suspensives, qui ressortent d'un contrat distinct de celui attaqué par la société nouvelle d'entreprise de spectacles, n'impliquent aucun contrôle effectif de la commune sur les conditions dans lesquelles la société mène ces activités, dont la commune n'a au demeurant pas pris l'initiative et sur l'organisation desquelles elle n'exerce aucun droit de regard susceptible de caractériser une volonté de confier une mission de service public à la société L'Yre Canet. Enfin, la circonstance que l'activité menée par la société L'Yre Canet fait l'objet d'une promotion par la commune et que cette activité est encadrée par des dispositions législatives et réglementaires, même reliée aux stipulations du bail et de la convention de subvention qui viennent d'être évoquées, ne sauraient davantage faire regarder cette activité comme un service public. Il en résulte que le contrat en cause ne constituant pas une délégation de service public, la commune n'a méconnu ni les dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, ni aucun autre principe ou disposition imposant une procédure de publicité et de mise en concurrence avant la passation d'un tel contrat.

9. En deuxième lieu, aux termes des dispositions de l'article 4 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 : " (...) Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. (...) ".

10. Si le contrat attaqué prévoit l'édification d'un cinéma et des ouvrages annexes, lesquels feront retour à la commune à l'expiration du bail conformément aux principes et dispositions régissant un tel contrat, le bail emphytéotique administratif contesté ne comporte, s'agissant des ouvrages à édifier, aucune prescription technique émanant de la commune susceptible de caractériser un besoin précisé par celle-ci et de faire regarder la collectivité comme le maître de l'ouvrage direct de cette opération. Dès lors, si le contrat en cause satisfait un besoin d'intérêt général d'ordre touristique et culturel qui n'est pas étranger à la commune, il ne vise pas à satisfaire un intérêt économique direct de celle-ci et il ne saurait par conséquent être rangé au nombre des marchés publics. La commune de Canet-en-Roussillon n'a donc méconnu aucune disposition ou principe en s'abstenant de faire précéder la passation du bail en cause de la procédure de publicité et de mise en concurrence applicable aux marchés publics.

CAA Nancy, 15 avril 2021, n°19NC02073, M. E C.

« Si aucune disposition législative n'interdit aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers au moyen de contrats de vente en l'état futur d'achèvement, elles ne sauraient recourir à de tels contrats lorsque l'objet de l'opération consiste en la construction même d'un immeuble pour le compte de la collectivité publique, lorsque l'immeuble est entièrement destiné à devenir sa

propriété et lorsqu'il a été conçu en fonction des besoins propres de la personne publique.

13. En l'espèce, il ressort des pièces du dossier que la société Demathieu et Bard Immobilier a déposé une demande de permis de construire le 11 mars 2014, que, le 7 juillet 2014, un compromis de vente a été signé entre elle et la société d'aménagement et de restauration de Metz Métropole (SAREMM), que le permis de construire lui a été accordé, le 4 décembre 2014, pour la construction d'un immeuble de bureaux d'une surface de plancher de 9 765 m² et que la société Demathieu et Bard Immobilier a alors engagé des démarches de commercialisation dès la fin décembre 2014. Il ressort également des pièces du dossier que lors de la conférence des maires du 2 avril 2015, a été évoqué, pour la première fois, le projet de futur siège de Metz Métropole et l'opportunité d'acheter un siège social plutôt que de continuer à payer des loyers onéreux. Les trois pistes possibles (achat-construction-acquisition programme VEFA) ont été présentées lors du comité de pilotage du 5 mai 2015. La collectivité a alors acté l'opportunité de deux programmes en VEFA, dont celui de la société Demathieu et Bard Immobilier, et a interrogé France Domaine sur l'évaluation de la valeur vénale de surfaces de bureaux des deux programmes retenus. **Les échanges entre Metz Métropole et le promoteur n'apparaissent donc qu'à partir de 2015**, ce dernier ayant également proposé son projet immobilier à la caisse primaire d'assurance maladie, le 13 novembre 2016, qui n'a pas retenu son offre. Par ailleurs, **l'ensemble immobilier, qui permet des aménagements de bureaux et de décroissement, ne comporte pas de caractéristiques particulières qui auraient eu pour objet de répondre aux besoins de Metz Métropole**. Au demeurant, Metz Métropole a procédé ultérieurement à des aménagements spécifiques pour un montant de 3,4 millions d'euros dans le cadre d'un marché public de travaux et a conclu un marché public de maîtrise d'oeuvre « pour l'aménagement intérieur de la maison métropole » pour un montant de 3,52 millions d'euros. **Metz Métropole n'a donc exercé aucune influence déterminante sur sa nature ou la conception de l'ensemble immobilier, lequel n'a été conçu ni à l'initiative de Metz Métropole, ni en fonction de ses besoins, de sorte que l'opération en cause ne peut être qualifiée de marché public de travaux** ».

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

« Quelles qu'aient été les conditions de réalisation de l'établissement d'accueil des personnes âgées dépendantes de la commune de Rieumes, construit dans les circonstances rappelées au points 2 et 3, et achevé dans le courant de l'année 2008, le bail emphytéotique conclu entre la commune de Rieumes et l'OPH de Haute-Garonne et la convention de mise à disposition conclue entre ce dernier et l'EHPAD La Prade de Rieumes, établis en 2013 en exécution d'un protocole d'accord transactionnel, **ont uniquement pour objet de régir pour l'avenir les modalités de fonctionnement de cet établissement**. Ainsi, la cour administrative d'appel de Bordeaux a dénaturé l'objet de ces trois documents contractuels en estimant qu'il portait sur l'exécution de travaux ou la réalisation d'un ouvrage alors qu'il visait seulement à donner un fondement juridique aux relations entre les parties pour l'avenir pour l'exploitation d'un équipement construit près de cinq ans auparavant. Par suite, **la cour administrative d'appel de Bordeaux a commis une erreur de qualification juridique des faits en estimant que l'ensemble contractuel formé par ces trois conventions présentait le caractère d'un marché public de travaux** au sens des dispositions de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 citées au point 6 et en annulant, pour ce motif, l'ensemble des délibérations litigieuses des 9 et 16 avril 2013 ».

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

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

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

Dans l'affaire au principal, le projet d'acte d'engagement de donner en location», qui est mentionné

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

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

Concl.

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

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

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

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

« Considérant qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose aux collectivités locales de faire précéder la simple cession d'un immeuble du domaine privé de mesures de publicités et d'organiser une mise en concurrence des acquéreurs éventuels ; que toutefois, la conclusion par ces personnes publiques de contrats emportant cession d'un immeuble de leur domaine privé dont l'objet principal est de confier à un opérateur économique la réalisation de travaux en vue de la construction, selon des spécifications précises imposées par les ledites personnes publiques, d'ouvrages qui, même destinés à des tiers, répondent à un besoin d'intérêt général défini par lesdites collectivités, est soumise aux obligations de publicité et de mise en concurrence résultant es principes généraux de la commande publique ».

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

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

publics, lorsque, comme en l'espèce, l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres. Par suite, la délibération est entachée d'excès de pouvoir ».

Article L1111-3

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

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

TA Montreuil, 13 juin 2024, n°2205803, Région Ile-de-France

« Le contrat conclu à titre onéreux entre la région Ile-de-France, acheteur, et la société BIFP, opérateur économique, a pour objet la fourniture de produits au sens de l'article L. 1111-3 du code de la commande publique précité, à savoir des tests de dépistage du COVID-19, et répond à un besoin de la région, personne publique. Il doit donc être qualifié de marché de fournitures. La région Ile-France étant une personne morale de droit public, le contrat de fourniture doit être qualifié de contrat administratif, de sorte que la juridiction administrative est compétente pour connaître du litige né de son exécution ».

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

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

6. En deuxième lieu, il résulte de l'instruction, en particulier du règlement de la consultation, que le montant annuel du marché est estimé à 100 000 euros HT. La rémunération du titulaire du marché est ainsi constituée, d'une part, par la facturation des médicaments aux résidents des trois établissements gérés par le centre communal qui ont souscrit au dispositif et, d'autre part, par la facturation aux établissements eux-mêmes des produits pharmaceutiques d'usage courant qui leur sont destinés, sur la base des prix unitaires prévus au bordereau annexé à l'acte d'engagement. Ainsi, eu égard à la part prépondérante que revêtent ces deux modalités de rémunération du titulaire du marché, celui-ci a été conclu à titre onéreux, conformément à l'article 1er du code des marchés publics, alors même que selon l'article 4 du CCAP " la préparation des médicaments par le pharmacien dispensateur revêt un caractère gratuit dans la mesure où les médicaments sont achetés par les résidents des trois établissements auprès de la pharmacie titulaire du marché " et qu'une trousse d'urgence, un stock tampon et un chariot d'urgence sont mis gracieusement à la disposition des établissements par la pharmacie titulaire du marché. Dès lors doit être écarté le moyen tiré de ce que le marché en cause n'aurait pas été conclu à titre onéreux ».

Article L1111-4

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

TA Strasbourg, 7 juin 2023, n°2101024, Lycée Georges de la Tour

« Le contrat du 23 octobre 2019 conclu entre le lycée Georges de la Tour, acheteur, et l'agence Chenel et vacances, opérateur économique, a pour objet la réalisation d'une prestation de services au sens de l'article L. 1111-4 du code de la commande publique précité, à savoir l'organisation d'un voyage en contrepartie d'un prix. **Il doit donc être qualifié de marché de services.** Le lycée étant une personne morale de droit public, il en résulte que le contrat de voyage de groupe doit être qualifié de contrat administratif, de sorte que la juridiction administrative est compétente pour connaître du litige né de son exécution ».

Article L1111-5

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

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

Chapitre II - LE MARCHE DE PARTENARIAT**Article L. 1112-1**

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

Cette mission globale peut en outre comprendre :

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

Chapitre III - LE MARCHE PUBLIC DE DEFENSE OU DE SECURITE**Article L. 1113-1**

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

- 1° La fourniture d'équipements, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, qui sont destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre, qu'ils aient été spécifiquement conçus à des fins militaires ou qu'ils aient été initialement conçus pour une utilisation civile puis adaptés à des fins militaires ;
- 2° La fourniture d'équipements destinés à la sécurité, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale ;
- 3° Des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement mentionné au 1° ou au 2°, y compris la fourniture d'outillages, de moyens d'essais ou de soutien spécifique, pour tout ou partie du cycle de vie de l'équipement. Pour l'application du présent alinéa, le cycle de vie de l'équipement est l'ensemble des états successifs qu'il peut connaître, notamment la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait, le démantèlement et l'élimination ;
- 4° Des travaux et services ayant des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services destinés à la sécurité et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou

classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale.

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

CE, 4 févr. 2021, n° 445396, Ministre des armées

« En premier lieu, s'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que les salariés chargés de l'exécution du marché en litige auront accès au système de contrôle d'accès, détection d'intrusion, vidéosurveillance, dont les informations font l'objet d'une " diffusion restreinte ", **le juge des référés du tribunal administratif n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant qu'une telle circonstance n'impliquait pas nécessairement que les services prévus par le marché fassent intervenir des informations protégées dans l'intérêt de la sécurité nationale au sens des dispositions précitées. Il n'a pas non plus dénaturé les pièces du dossier ni les faits de l'espèce en jugeant, d'une part, qu'il ne résultait pas de l'instruction que les informations en cause seraient protégées au sens de ces mêmes dispositions et, d'autre part, que les installations contenant des informations protégées ou classifiées bénéficiaient d'une protection spécifique par des personnels militaires.**

En deuxième lieu, aux termes de l'article R. 2343-4 du code de la commande publique : " Lorsqu'un marché de défense ou de sécurité, au titre de sa passation ou de son exécution, nécessite ou comporte des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale, l'acheteur exige la production de la ou des habilitations nécessaires ". Contrairement à ce qui est soutenu, le juge des référés n'a pas déduit de ce que le pouvoir adjudicateur n'avait pas exigé la production d'une habilitation sur le fondement de ces dispositions que le marché litigieux ne pouvait être regardé comme un marché de défense ou de sécurité. Il n'a donc pas commis l'erreur de droit qui lui est reprochée sur ce point.

En troisième lieu, aux termes du premier alinéa de l'article 78 de l'instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale, dans sa réaction alors en vigueur, issue de l'arrêté du 30 novembre 2011 : " **L'expression "contrat sensible" recouvre tout contrat ou marché, quels que soient son régime juridique ou sa dénomination, à l'exception des contrats de travail, dont l'exécution s'exerce au profit d'un service ou dans un lieu abritant des informations ou supports classifiés dans lequel un cocontractant de l'administration (...) prend des mesures de précaution (...) tendant à assurer que les conditions d'exécution de la prestation ne mettent pas en cause la sûreté ou les intérêts essentiels de l'Etat ". Le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit en ne déduisant pas de son caractère de " contrat sensible ", à le supposer établi, que le marché en litige constituerait un marché de défense ou de sécurité.**

8. Compte tenu des pièces du dossier qui lui était soumis et de ce qui a été dit ci-dessus, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de qualification juridique en refusant de regarder le marché litigieux comme un marché de défense ou de sécurité au sens du 4° de l'article L. 1113-1 du code de la commande publique ».

CE, 18 déc. 2019, n° 431696, Ministre de la transition écologique et solidaire

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

Titre II - LES CONTRATS DE CONCESSION

Article L. 1120-1

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

Chapitre I - LE CONTRAT DE CONCESSION

Section 1 - Définition

Article L. 1121-1

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

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

CE, 29 décembre 2023, n°472655, Société des Autoroutes Paris-Rhin-Rhône

« En dernier lieu, si Mme B... fait valoir que la concession autoroutière confiée à la société AREA s'est avérée beaucoup plus rentable que ce qui avait été initialement anticipé, cette seule circonstance n'est pas de nature à démontrer qu'aucun risque lié à l'exploitation de l'ouvrage n'a été transféré au concessionnaire, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1121-1 du code de la commande publique ».

CE, 8 juin 2023, n°407003, Avis portant sur la sécurisation des mesures permettant d'assurer une meilleure prise en compte de l'intérêt public dans l'équilibre des contrats de concession

« 20. Si le concédant constatait, en cours d'exécution du contrat, une importante augmentation de la rémunération du concessionnaire, il lui appartiendrait, pour apprécier les conséquences à en tirer, de tenir compte du transfert de risque auquel procède le contrat de concession, et qui est le corollaire de l'équilibre de ce dernier.

21. Le transfert de risques, d'origine jurisprudentielle, est, tant au regard du droit de l'Union européenne que du droit interne, le critère qui permet de distinguer le contrat de concession du contrat de marché public. Il est aujourd'hui codifié à l'article L. 1121-1 du code de la commande publique. Les risques transférés au concessionnaire, et que celui-ci est réputé avoir acceptés au moment de la conclusion du contrat, sont financiers mais aussi économiques. Ce dernier type de risques englobe des facteurs exogènes au contrat (tels que la baisse ou la hausse des taux d'intérêt, l'absence ou l'existence d'une inflation, l'évolution des coûts de construction ou de matières premières comme le pétrole).

22. Or, si le transfert de risques, pour des raisons évidentes, joue essentiellement dans les cas d'évolutions défavorables au concessionnaire, il doit jouer également dans les cas d'évolutions favorables à ce dernier.

23. Par voie de conséquence, la seule circonstance que le concessionnaire ait optimisé le financement de sa dette en raison de taux historiquement bas, voire négatifs, comme cela a été le cas dans la période récente, ou qu'une baisse des coûts de construction et d'entretien, corrélée à une inflation particulièrement faible, lui ait procuré des bénéfices importants, ne pourrait suffire à fonder légalement une résiliation pour motif d'intérêt général, au regard du risque de pertes que le concessionnaire a accepté de courir en contrepartie des possibilités de gains que peut lui procurer une situation économique favorable. »

CAA de NANTES, 17 novembre 2023, n°22NT03825, SELARL Pharmacie de l'Université

« La qualification du contrat en litige n'a aucun rapport avec l'éviction de la Pharmacie de l'Université ; les critères de sélection auraient été identiques qu'il s'agisse d'un contrat de marché public ou d'une concession ;

le contrat conclu sur le fondement de l'article L. 5126-10 du code de la santé publique ne relève pas du champ de la commande publique et n'est soumis à aucune obligation de publicité et de mise en concurrence préalable ; **il s'agit d'un contrat sui generis** ; en tout état de cause, il ne peut s'agir d'un contrat de concession au sens de l'article L. 1121-1 du code de la commande publique en l'absence de transfert d'un risque d'exploitation ; en tout état de cause, la Pharmacie de l'Université n'a été lésée par aucun manquement commis aux règles de procédures imposées aux concessions ; le contrat conclu n'est pas illicite ».

C. Cass., 22 juin 2022, 19-25.434, Société Bernard dépannage, publié au Bulletin

« Pour déclarer l'action recevable, le juge du référé contractuel relève que si le concessionnaire ne verse aucun paiement au dépanneur pour l'exécution du contrat, l'agrément qu'il donne à celui-ci en lui permettant d'intervenir de façon exclusive sur un secteur d'autoroute déterminé a pour contrepartie économique le prix facturé aux usagers, sans l'exposer pour autant véritablement aux aléas du marché compte tenu de sa situation monopolistique.

15. Il déduit de ces éléments que malgré l'absence de définition de la notion de marché dans le code de la voirie routière, les contrats de dépannage et de remorquage sur les autoroutes, qui permettent à la société concessionnaire d'assurer une mission qui lui incombe en vertu du contrat de concession pour les travaux, fournitures ou services, doivent être qualifiés de marchés entrant dans le champ d'application de l'article L. 122-12 de ce code.

16. En statuant ainsi, après avoir relevé que **le contrat qui lui était soumis ne prévoyait aucune rémunération versée par le concessionnaire à l'entreprise de dépannage, la situation de monopole de l'entreprise de dépannage désignée pour accomplir la mission n'étant pas exclusive de l'existence d'un aléa susceptible d'affecter le volume et la valeur de la demande de dépannage sur la portion d'autoroute concernée, le juge du référé contractuel a violé les textes susvisés ».**

CE, 24 mars 2022, n° 449826, Cne Toulouse

« Le juge de cassation exerce un contrôle de qualification juridique des faits constitutifs, dans un contrat confiant la gestion d'un service public à un opérateur économique, d'un transfert du risque lié à l'exploitation de ce service caractérisant une délégation de service public

... **Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond, et notamment des stipulations de l'ensemble des conventions que, si la commune de Toulouse a apporté des soutiens financiers significatifs et quantitativement importants à son cocontractant, celui-ci a toujours conservé un risque lié à l'exploitation de la galerie, son équilibre financier n'étant pas garanti par les sommes apportées par la commune. L'association a ainsi supporté les aléas de la gestion du musée et a subi des pertes d'exploitation ayant conduit à son placement en procédure de redressement judiciaire.** Il s'ensuit qu'en jugeant que les conventions conclues entre celle-ci et la commune ne lui transféraient pas un risque d'exploitation et en en déduisant qu'elles ne constituaient pas des délégations de service public, le tribunal administratif a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis. Son jugement doit, par suite, être annulé, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens du pourvoi ».

Une ou plusieurs autorités concédantes

CE, 9 juin 2020, n°436922, Métropole de Nice côte d'azur

« Lorsqu'une personne publique a vocation à exercer la compétence nécessaire à la conclusion et à l'exécution d'un contrat de la commande publique, notamment parce qu'elle est en cours de création ou de transformation ou parce qu'une procédure, par laquelle la compétence nécessaire doit lui être dévolue, est déjà engagée, aucune règle ni aucun principe ne font obstacle à ce qu'elle engage elle-même la procédure de passation du contrat, alors même qu'elle n'est pas encore compétente à cette

date pour le conclure. [...] Une personne publique peut par ailleurs signer un contrat dont la procédure de passation a été engagée et conduite pas une autre personne publique, à laquelle, à la date de la signature du contrat, elle est substituée de plein droit, sans que cette procédure soit, en l'absence de vice propre, entachée d'irrégularité »

CE, 7 novembre 2019, n° 431146, SEVEDE

« Il résulte des dispositions de ce quatrième et dernier alinéa que, dans l'hypothèse d'un retrait de la compétence transférée à un établissement public de coopération intercommunale, ses communes membres se trouvent de plein droit substituées à l'établissement pour l'ensemble des contrats en cours, quelle que soit leur nature, conclus par cet établissement pour l'exercice de cette compétence. Sauf accord contraire des parties, l'exécution de ces contrats se poursuit sans autre changement jusqu'à leur échéance ».

Un ou plusieurs opérateurs économiques

CAA NANTES, 02 octobre 2020, n°19NT01392, Edeis Concession

« Aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public. Lorsqu'une personne publique est candidate à l'attribution d'un contrat de concession, il appartient à l'autorité concédante, **dès lors que l'équilibre économique de l'offre de cette personne publique diffère substantiellement de celui des offres des autres candidats, de s'assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que l'ensemble des coûts directs et indirects a été pris en compte pour la détermination de cette offre**, afin que ne soient pas faussées les conditions de la concurrence et que soient respectés le principe de l'égal accès aux contrats de la commande publique. Le respect de ces exigences suppose également que l'établissement public candidat n'ait pas bénéficié, pour déterminer l'équilibre économique de son offre, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public. Il incombe ainsi au juge du contrat, saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le contrat n'a pas été attribué à une personne publique qui a présenté une offre qui, faute de prendre en compte l'ensemble des coûts exposés, a faussé les conditions de la concurrence ».

CE, 18 septembre 2019, n° 430368, CCIRB

« Lorsqu'une personne publique est candidate à l'attribution d'un contrat de concession, il appartient à l'autorité concédante, dès lors que l'équilibre économique de l'offre de cette personne publique diffère substantiellement de celui des offres des autres candidats, de s'assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que l'ensemble des coûts directs et indirects a été pris en compte pour la détermination de cette offre, afin que ne soient pas faussées les conditions de la concurrence.... », b) Il incombe au juge du référé précontractuel, saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le contrat n'a pas été attribué à une personne publique qui a présenté une offre qui, faute de prendre en compte l'ensemble des coûts exposés, a faussé les conditions de la concurrence.,,,

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

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

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

Les articles 49 et 56 TFUE ainsi que les principes de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation

nationale et aux actes adoptés en vue de son application, tels que ceux en cause dans l'affaire au principal, qui prévoient, pour la concession de la gestion du service du jeu de loto automatisé et des autres jeux numériques à cote fixe, une valeur de base du marché élevée, à condition que cette valeur soit formulée de manière claire, précise et univoque et qu'elle soit objectivement justifiée, ce qu'il incombe à la juridiction nationale de vérifier.

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

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

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

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

Risque lié à l'exploitation

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

« Les concessions d'aménagement

Les concessions d'aménagement, prévues aux articles L. 300-4 et suivants et R.* 300-4 et suivants du code de l'urbanisme, permettent à l'État, aux collectivités territoriales ainsi que leurs établissements publics, de concéder à un tiers, aménageur, sous sa maîtrise d'ouvrage, la réalisation d'une opération ayant pour objet de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur, de lutter contre l'insalubrité et l'habitat indigne ou dangereux, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels. L'aménageur assure la réalisation des travaux et équipements concourant à l'opération prévue dans la concession d'aménagement, ainsi que les études et toutes missions nécessaires à leur exécution. Il peut également être chargé par le concédant d'acquérir des biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par voie d'expropriation ou de préemption. Le concessionnaire se rémunère en procédant à la vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession.

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

TA Nîmes, 29 Septembre 2023, n° 2204002, Soc. Terres de cuisines

« La commune ne peut se prévaloir de la circonstance que le paiement conduirait la société à ne plus assurer le risque économique dès lors qu'en application de l'article 5 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, désormais codifié à l'article L.1121-1 du code de la commande publique, il est légalement admis, dans le cadre d'un contrat de concession, que l'autorité concédante puisse verser un prix notamment sous la forme d'une subvention d'exploitation, en supplément du droit conféré au concessionnaire d'exploiter le service public à ses risques et périls, cette possibilité exprimée dans l'article 40.1 du contrat en cause porte pour la partie payée par la personne publique dans le cadre de la SFE " sur la différence entre les repas facturés (servis) et ceux livrés ou commandés, et sur les variations de la fréquentation, c'est-à-dire les résultats d'exploitation de plus ou moins 20% ", la baisse de 29% de la fréquentation sur l'année 2019/2020 confirme

l'existence d'un risque lié à l'exploitation du service qui en tout état de cause, n'est pas de nature à suspendre contractuellement le versement de la SFE annuelle, dès lors que l'exécution du contrat n'est pas suspendue et que les conditions financières n'ont pas été modifiées ».

CE, 9 juin 2021, n° 448948 et 448949, Ville de Paris

« Les contrats pour la conclusion desquels la ville de Paris a lancé la procédure litigieuse ont pour objet de confier à leur titulaire l'enlèvement des véhicules abandonnés dans les parcs de fourrière placés sous sa responsabilité, conformément à l'article L. 325-8 du code de la route. **La fréquence et le volume des enlèvements auxquels le titulaire s'engage à procéder sont fixés par les stipulations du contrat. Le service ainsi rendu par les entreprises de démolition automobile cocontractantes ne fait l'objet d'aucune rémunération sous la forme d'un prix, les stipulations des conventions projetées, qui reprennent les clauses types définies à l'article R. 325-45 du code de la route, indiquant que ces entreprises ont le droit, en contrepartie de leurs obligations, de disposer des accessoires, pièces détachées et matières ayant une valeur marchande issus des véhicules.** Aucune stipulation de ces conventions ne prévoit par ailleurs de compensation, par la ville de Paris, des éventuelles pertes financières que pourrait subir son cocontractant du fait des risques inhérents à l'exploitation commerciale des produits issus de ces enlèvements. Dans ces conditions, ces conventions, qui prévoient que la rémunération du service rendu prend la forme du droit d'exploiter les véhicules abandonnés et qui transfèrent à leurs titulaires le risque inhérent à cette exploitation, présentent le caractère de concessions de service. »

CE, 04 mars 2021, n°437232, Société Socri Gestion

« Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le contrat litigieux est relatif, ainsi qu'il a été dit au point 3, à une promesse de vente par la SA3M d'un terrain destiné à recevoir des bâtiments et ouvrages, et qu'après la réalisation de cette cession, cette société ne disposera plus sur ce terrain, ces bâtiments et ces ouvrages d'aucun droit d'exploitation qu'elle serait susceptible d'attribuer à la société IF Ecopôle en contrepartie de prestations effectuées par cette dernière. Après avoir relevé, par une appréciation souveraine de l'objet de ce contrat, qui n'est pas susceptible, sauf dénaturation non soulevée en l'espèce, d'être contestée devant le juge de cassation, que le droit de la société IF Ecopôle d'exploiter les terrains cédés, ainsi que les biens qu'elle y ferait édifier, prenait sa seule source dans le **droit de propriété transféré par ce contrat, et non dans un droit d'exploitation conféré par la société SA3M, qui s'est privée définitivement de ce droit en consentant à l'aliénation des terrains en cause**, la cour administrative d'appel de Marseille a pu, sans commettre d'erreur de droit ni d'erreur de qualification juridique des faits, en déduire que ce contrat ne pouvait être qualifié de concession de travaux publics et, par suite, n'était pas un contrat administratif en vertu de l'article 1er de l'ordonnance du 15 juillet 2009 ».

CE, 4 mars 2021, n° 438859, Dpt de la Loire

« En premier lieu, aux termes de l'article L. 1111-1 du code de la commande publique : " Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent ". Aux termes de l'article L. 1121-1 du même code : " Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. / La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés ". Il résulte de ces dispositions qu'un contrat par lequel un acheteur public confie l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques ne constitue un contrat de concession que s'il transfère un risque réel lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service et si le transfert de ce risque trouve sa contrepartie, au moins partiellement, dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service. Le risque d'exploitation est

constitué par le fait de ne pas être assuré d'amortir les investissements ou les coûts liés à l'exploitation du service.

3. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Lyon que le contrat faisant l'objet de la procédure de passation en litige a pour objet l'émission et la distribution de titres de paiement à destination des agents du département de la Loire. **Si les stipulations du projet de contrat ne font pas obstacle à ce que, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires encadrant chaque catégorie de titre préfinancé, le cocontractant qui projette d'exécuter le service prélève une commission à l'occasion du remboursement des titres aux personnes physiques ou morales les ayant acceptés en paiement ou place les sommes versées par le département durant le laps de temps précédant leur remboursement, le coût de l'émission des titres et de leur distribution est intégralement payé par le département et le cocontractant bénéficie, à titre de dépôt, des fonds nécessaires pour verser leur contre-valeur aux personnes physiques ou morales auprès desquelles les titres seront utilisés. Il résulte de ce qui précède que le cocontractant ne supporte aucun risque d'exploitation ».**

CAA Nantes, 30 mars 2020, n°18NT02671, Société Jean-Claude Decaux c/ Communauté d'agglomération du Morbihan

« Il résulte de l'instruction que le contrat litigieux, conclu entre la communauté d'agglomération Golfe du Morbihan - Vannes Agglo et la société Abri Services Nantes a pour objet la mise à disposition, l'installation, l'entretien, la maintenance et l'exploitation d'abris voyageurs et leurs équipements annexes et de panneaux d'information municipale sur le territoire des communes de Vannes, Saint-Avé et, selon les variantes, Séné et Ploeren. Les stipulations de l'article 4-1 de l'acte d'engagement prévoient **que le titulaire du contrat est rémunéré par la possibilité d'exploiter commercialement les faces publicitaires des abrisbus et des panneaux d'affichage, en dehors des faces réservées aux collectivités.** Il résulte en outre de ces mêmes stipulations que le titulaire doit verser à la communauté d'agglomération **une redevance annuelle qui ne peut être inférieure à 200 000 euros TTC. Le titulaire est exposé aux aléas de toute nature qui peuvent affecter le volume et la valeur de la demande d'espaces de mobilier urbain par les annonceurs publicitaires sur le territoire de la communauté d'agglomération, sans qu'aucune stipulation du contrat ne prévoie la prise en charge, totale ou partielle, par la commune des pertes qui pourraient en résulter.** Si le contrat litigieux prévoit également la possibilité du versement d'un prix par la collectivité publique en raison d'opérations complémentaires de pose, dépose ou déplacement de mobilier urbain, il résulte de l'instruction et notamment de l'article 8-2 du CCTP que cinq opérations de pose, dépose, ou déplacement annuelles doivent être effectuées gratuitement par le titulaire du contrat et que ce n'est qu'au-delà de cette quantité annuelle et sur décision de la collectivité que d'autres opérations peuvent être effectuées et rémunérées au cocontractant. **Compte tenu du caractère accessoire de ces prestations portant sur les équipements objets du contrat litigieux, celui-ci, dont l'attributaire se voit transférer un risque lié à l'exploitation des ouvrages à installer, constitue un contrat de concession** de service soumis aux dispositions de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et du décret du 1er février 2016 relatif aux concessions.

CE, 21 oct. 2019, n° 419155, Sté Alliance

« Une indemnité d'imprévision suppose un déficit d'exploitation qui soit la **conséquence directe d'un événement imprévisible, indépendant de l'action du cocontractant de l'administration, et ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat.** Le concessionnaire est alors en droit de réclamer au concédant une indemnité représentant la part de la charge extracontractuelle que l'interprétation raisonnable du contrat permet de lui faire supporter. Cette indemnité est calculée en tenant compte, le cas échéant, des autres facteurs qui ont contribué au bouleversement de l'économie du contrat, l'indemnité d'imprévision ne pouvant venir qu'en compensation de la part de déficit liée aux circonstances imprévisibles.

En premier lieu, il ressort des pièces de la procédure que par son jugement du 13 juillet 2016 devenu sur ce point définitif, le tribunal administratif de Saint-Pierre-et-Miquelon a prononcé la résiliation du contrat en raison d'un bouleversement de l'économie du contrat résultant d'un déficit d'exploitation ayant pour origine la surestimation par l'Etat du volume de fret transporté ...

En deuxième lieu, il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la cour administrative

d'appel de Bordeaux a relevé, au terme d'une appréciation souveraine exempte de dénaturation, qu'il ne résultait pas de l'instruction que la diminution du fret de 16 % par rapport aux prévisions de trafic réalisées lors de l'élaboration du contrat soit principalement à l'origine des déficits d'exploitation dont la société Alliance faisait état, **lesquels devaient être regardés comme étant largement la conséquence de l'état de fragilité financière initiale de la société, qui n'était ni imprévisible ni extérieur à l'action du cocontractant, et des conditions dans lesquelles avaient été définis les termes de la délégation, qui n'étaient pas davantage imprévisibles.** Dès lors que la part du déficit d'exploitation qui était directement imputable à des circonstances imprévisibles et extérieures ne suffisait pas à caractériser un bouleversement de l'économie du contrat, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en en déduisant que la société n'était pas fondée à solliciter le versement d'une indemnité d'imprévision ».

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

« Pour soutenir que la convention litigieuse constitue une délégation de service public en sens des dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, ce dont elle indique s'être d'ailleurs assurée lors de la définition de ses clauses en recourant à un assistant à maîtrise d'ouvrage, la commune de Saint-Benoît se prévaut, comme elle d'a déjà fait devant les premiers juges, de ce que les services de restauration collective organisés par les collectivités publiques constituent une activité de service public pouvant donner lieu à délégation de service public et de ce que le délégataire assure, en l'espèce, la gestion de ce service à ses risques et périls en percevant auprès des usagers un prix fixé par la collectivité. Toutefois, il résulte des termes mêmes des stipulations précitées des articles 44.1, 44.2 et 45.3 du contrat litigieux que **le prix des prestations réalisées par le délégataire intègre, d'une part, une subvention forfaitaire d'exploitation annuelle (SFE) couvrant les charges fixes et devant représenter au moins 60 % du montant total de sa rémunération annuelle ainsi que, d'autre part, une provision destinée à couvrir les éventuels impayés susceptibles de se produire en cours d'exécution du contrat, le délégataire percevant en outre un complément de prix unitaire au repas servi couvrant les charges variables, notamment liées à l'approvisionnement en denrées alimentaires. Ainsi, le risque économique du délégataire ne porte que sur la différence entre les repas comptabilisés et/ou commandés et les repas servis ainsi que sur les impayés.** A cet égard, et ainsi que l'a relevé le tribunal, il résulte du compte d'exploitation prévisionnel joint à son offre par la SOGECCIR, gestionnaire sortant de la cuisine municipale de Saint-Benoît, que pour chacune des dix années d'exécution du contrat, celle-ci évalue ses recettes, d'un montant total de 4 940 986 euros, égal au montant prévisionnel des dépenses, comme provenant de 3 161 728 euros de la subvention forfaitaire d'exploitation annuelle (SFE), de 1 055 258 euros de la subvention unitaire au repas servi et pour seulement 724 000 euros des recettes des écoles, de sorte que les recettes retirées par la SOGECCIR en provenance des usagers ne représentent que 15 % du montant total des recettes, 64 % provenant de la SFE, et 21 % de la subvention complémentaire versée au titre des charges variables. En outre, le risque d'une différence entre le nombre de repas servis et le nombre de repas commandés se trouve notablement réduit par le dispositif de commande prévu par les stipulations précitées de l'article 16.2 de la convention litigieuse, en vertu desquelles le prévisionnel de repas établi par la commune de Saint Benoît doit être confirmé au délégataire la veille du jour de consommation pour les scolaires ou avant 9 h 00 le jour-même de consommation pour les accueils de loisirs, tant en période scolaire qu'en période de vacances. Par ailleurs, compte tenu de l'objet du service, consistant en la fourniture de repas pour les cantines scolaires, pour les crèches et pour les centres aérés, pour un total prévu, par l'article 14 du contrat, de 140 jours par an environ pour la restauration scolaire, 90 jours par an environ pour les accueils de loisirs et 226 jours par an environ pour les 3 EAJ existants, le nombre d'usagers n'est pas non plus susceptible de variations substantielles durant l'exécution de la convention. Dans ces conditions, et alors même qu'ainsi que le soutient la commune de Saint-Benoît en appel, le nouveau dispositif de pointage et de facturation instauré à compter de 2014 exigeait un important changement de pratique pour le délégataire et pour les familles et avait engendré une dégradation des impayés au 31 décembre 2014 de 198 081 euros, la part de risque transférée au délégataire n'implique pas une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que le cocontractant ne peut être regardé comme supportant un risque lié à l'exploitation du service, ainsi que l'a d'ailleurs jugé le Conseil d'Etat dans un arrêt n° 407213 du 24 mai 2017 rendu dans le cadre du recours, formé par la société " Régal des Iles ", contre la convention

provisoire pour la gestion du service public de restauration municipale signée le 28 novembre 2016 par la collectivité territoriale avec la société Dupont Restauration Réunion. Par suite, la convention litigieuse ne revêt pas le caractère d'une délégation de service public, mais celui d'un marché public de services ».

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

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

CJUE, 21 mai 2015, Kansanela-Kalaitos, Aff C-269/14

« Un tel risque doit être compris comme étant le risque d'exposition aux aléas du marché, lequel peut notamment se traduire par le risque de concurrence de la part d'autres opérateurs, le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d'absence de couverture des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service ».

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

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

Le régime des concessions d'aménagement emportant transfert d'un risque économique lié à l'opération d'aménagement est aligné sur le régime des contrats de concession de l'ordonnance et du décret relatif aux contrats de concession. Ainsi, l'ancien article R.* 300-11-7 du code de l'urbanisme prévoyait un régime de procédure et de publicité adaptés aux caractéristiques de chaque contrat pour les concessions d'aménagement d'un montant inférieur au seuil européen. Cet article a été abrogé. Le décret relatif aux contrats de concession maintient toutefois une garantie procédurale pour la passation de ces concessions d'aménagement qui présentent les caractéristiques des contrats de concession. En effet, quelle que soit la valeur estimée du contrat de concession, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice organise la procédure en respectant les dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et son décret d'application n° 2016-86 du 1er février 2016108. À l'inverse, **les concessions d'aménagement qui n'emportent pas transfert d'un risque économique lié à l'opération d'aménagement relèvent du droit des marchés publics.** Dans ce cas, l'ordonnance n° 2015-899 et son décret d'application n° 2016-360 s'appliquent, sous réserve des règles spécifiques édictées par les articles R.* 300-11-2 et R.* 300-11-3 du code de l'urbanisme ».

TC, 7 avril 2014, n° C3949

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

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

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

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

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

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

[...]

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

L'ouvrage ou le service

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

« Les contrats de revitalisation artisanale et commerciale

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

L'adoption de cette disposition résulte du constat de l'inadaptation de la formule de la concession d'aménagement pour dynamiser le commerce en ville, lorsque la mission confiée par la collectivité ne relève pas d'une opération globale d'aménagement comprenant des équipements publics. Ces contrats, attribués après mise en concurrence, autorisent l'opérateur à acquérir les biens nécessaires à leur mise en œuvre, le cas échéant, par voie de préemption. Il peut, de plus, procéder à la vente ou à la location des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre d'intervention. Le critère de distinction entre les contrats de revitalisation artisanale et commerciale qui relèvent du droit des marchés publics et ceux qui relèvent du droit des concessions réside dans la question de savoir si un

risque d'exploitation est supporté par le cocontractant. Le régime des contrats de revitalisation artisanale et commerciale emportant transfert d'un risque économique lié à l'opération d'aménagement est aligné sur le régime des contrats de concession de l'ordonnance et du décret relatif aux contrats de concession. Quelle que soit la valeur estimée du contrat de concession, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice organise la procédure en respectant les dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et son décret d'application n° 2016-86 du 1er février 2016. À l'inverse, lorsqu'il n'y a pas de transfert de risque de l'opération, ce contrat sera qualifié de marché public et soumis à l'ordonnance n° 2015-899 et à son décret d'application n° 2016-360, sous réserve des dispositions spécifiques de l'article 4 du décret n° 2015-815 du 3 juillet 2015 relatif à la procédure d'attribution des contrats de revitalisation artisanale et commerciale ».

CE, 23 janv. 2020, n° 426421, Sté Touristique de la Trinité

« Si les jeux de casino ne constituent pas, par eux-mêmes, une activité de service public, les conventions conclues pour leur installation et leur exploitation ont, compte tenu de ce que le cahier des charges impose au cocontractant des obligations relatives notamment à la prise en charge du financement d'infrastructures et de missions d'intérêt général en matière de développement économique, culturel et touristique et que sa rémunération est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, le caractère d'une délégation de service public ou d'une concession de travaux publics ».

CAA Bordeaux, 30 déc. 2019, n° 17BX04004 et 18BX04275, SA Ingénierie Gestion Industrie Commerce

« L'existence d'une délégation de service public suppose de caractériser la volonté d'une personne publique d'ériger des activités d'intérêt général en mission de service public et d'en confier la gestion à un tiers, sous son contrôle. En l'espèce, la production d'électricité pour la céder à EDF ne peut être regardée comme relevant d'un intérêt public communal. Au surplus, la convention en cause ne met à la charge de la société IGIC aucune obligation de service public, et son article 12, intitulé " contrôle de la commune ", se borne à prévoir la fourniture à la commune du bilan d'exploitation de l'exercice, ainsi qu'un droit de visite des installations. Ainsi, cette convention, dépourvue de clause exorbitante de droit commun, ne caractérise pas la volonté de la commune d'Aulus-les-Bains d'ériger en mission de service public l'activité en cause et de la confier à la société IGIC sous son contrôle, nonobstant la circonstance que l'article 2 de la convention se réfère à " la théorie du contrat public de concession ".

En troisième lieu, il est constant, s'agissant de la construction de la centrale de production d'énergie hydroélectrique, que la commune d'Aulus-les-Bains n'a pas assuré la direction technique des actions de construction, ne deviendra propriétaire des ouvrages qu'au terme du contrat, et n'a joué ainsi ni pendant la réalisation des ouvrages ni lors de leur exploitation, le rôle de maître d'ouvrage. Par suite, l'opération en vue de laquelle a été passée la convention litigieuse ne présente pas le caractère d'une opération de travaux publics.

En quatrième lieu, en application de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, dont les dispositions ont été reprises en substance par le code de la commande publique, les contrats de concession de travaux conclus par une personne publique et portant sur la réalisation d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante sont des contrats administratifs. Toutefois, à supposer même que le contrat litigieux réponde à cette définition, cette ordonnance, selon les termes de son article 20, s'applique " aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis de concession est envoyé à la publication à compter du 1er avril 2019 ".

Il résulte de qui précède que les créances nées de l'exécution de la convention du 16 décembre 1989, qui est un contrat de droit privé, ne sont pas de nature administrative. Par suite, la juridiction administrative n'est pas compétente pour se prononcer sur leur bien-fondé ».

CE, 14 février 2017, n°405157, SMPA

« La convention de terminal conclue dans le cadre de l'article R. 5312-84 du code des transports entre le Grand port maritime de Bordeaux (GPMB) et une société confiée à cette dernière le soin de réaliser les investissements nécessaires, d'assurer la pérennité de l'exploitation et de permettre le

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

Section 2 - Objet du contrat de concession

Article L. 1121-2

Un contrat de concession de travaux a pour objet :

- 1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au présent code ;
- 2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante.

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

Article L. 1121-3

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

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

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

TA Pau, 18 mars 2024, n°2100415, Association Adia Feria Parentis

« L'association Adia Feria Parentis dispose de l'exclusivité de l'organisation de ces spectacles taurins. Elle s'engage à effectuer les démarches administratives et sanitaires nécessaires à l'acquisition et au transport des animaux et à assumer les coûts en résultant, notamment à s'acquitter des impôts et taxes ainsi que du paiement des assurances. Elle est chargée également des démarches de recrutement des toreros, de la mise à disposition de bénévoles assurant l'accueil du public et de deux ambulances pour chaque novillada, et enfin des opérations de publicité, de communication, partenariat, mécénat et relations publiques. [...] Sont reversées intégralement à l'association la recette des guichets le jour de chaque novillada, la recette des locations, la recette de la vente des novillos à l'issue de la manifestation, l'association se chargeant elle-même de la vente. L'association Ada Feria Parentis

renonce par la convention à rechercher auprès de la commune de Parentis-en-Born la prise en charge financière d'un éventuel déficit des manifestations. Enfin, cette convention ne s'applique qu'à l'organisation des spectacles taurins de la feria de la Sen Bertomiu de sorte que l'association doit recueillir l'autorisation préalable de la commune en cas d'organisation d'autres manifestations. Il s'ensuit que **la commune de Parentis-en-Born conserve un droit de regard sur l'organisation des spectacles taurins de la feria de la Sen Bertomiu par l'association requérante d'une part et que les aléas de l'exploitation de ce service public culturel et touristique confié à l'association Ada Feria Parentis pendant cette feria reposent entièrement sur cette association d'autre part, de sorte que la convention du 13 juin 2019 peut être regardée comme un contrat de concession au sens des articles L. 1121-1 et L. 1121-3 du code de la commande publique ».**

CE 9 juin 2021, Ville de Paris, n° 448948

« Aux termes de l'article L. 2 du code de la commande publique : " Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques ". Aux termes de l'article L. 1121-1 du même code : " Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix ".

Il ressort des pièces des dossiers soumis au juge des référés que les contrats pour la conclusion desquels la ville de Paris a lancé la procédure litigieuse ont pour objet de confier à leur titulaire l'enlèvement des véhicules abandonnés dans les parcs de fourrière placés sous sa responsabilité, conformément à l'article L. 325-8 du code de la route. La fréquence et le volume des enlèvements auxquels le titulaire s'engage à procéder sont fixés par les stipulations du contrat. Le service ainsi rendu par les entreprises de démolition automobile cocontractantes ne fait l'objet d'aucune rémunération sous la forme d'un prix, les stipulations des conventions projetées, qui reprennent les clauses types définies à l'article R. 325-45 du code de la route, indiquant que ces entreprises ont le droit, en contrepartie de leurs obligations, de disposer des accessoires, pièces détachées et matières ayant une valeur marchande issus des véhicules. Aucune stipulation de ces conventions ne prévoit par ailleurs de compensation, par la ville de Paris, des éventuelles pertes financières que pourrait subir son cocontractant du fait des risques inhérents à l'exploitation commerciale des produits issus de ces enlèvements. Dans ces conditions, **ces conventions, qui prévoient que la rémunération du service rendu prend la forme du droit d'exploiter les véhicules abandonnés et qui transfèrent à leurs titulaires le risque inhérent à cette exploitation, présentent le caractère de concessions de service ».**

CAA Marseille, 18 sept. 2020, n° 19MA02861, Cne Saint-Chaffrey

« Il ressort des pièces du dossier qu'après avoir constaté qu'elle en était devenue propriétaire à compter du 1er juin 2016 à la suite de l'expiration du bail à construction, la commune de Saint-Chaffrey a décidé, par délibération de son conseil municipal du 30 mai 2016, **d'affecter dans sa totalité l'immeuble en litige " au service public de l'exploitation du domaine skiable et au service public d'accueil et d'animation touristique, toute saison, de la station de Serre-Chevalier "** y compris le niveau où était situé le restaurant. Toutefois, si l'activité de ce restaurant d'altitude contribue à l'accueil de touristes dans la station de Serre-Chevalier et concourt ainsi au développement de son attrait touristique, cette seule circonstance, compte tenu des modalités d'exploitation de l'établissement et de son intérêt propre, **ne suffit pas à lui conférer le caractère d'un service public**. A cet égard, à supposer même que la commune ait décidé **d'imposer à l'exploitant du restaurant, dans la continuité des obligations** résultant du bail à construction, l'ouverture continue de l'établissement en période hivernale correspondant à la période d'ouverture de la station de ski et en période estivale correspondant aux vacances scolaires, cette seule sujétion ne suffit pas à établir qu'elle aurait ainsi entendu lui confier une mission de service public. Au demeurant, **la commune n'a pas engagé une procédure de délégation de service public pour sélectionner l'exploitant du restaurant**, mais s'est bornée à proposer à la SAS Le Relais Ratier la délivrance d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public. Par ailleurs, si ces locaux, mis à la disposition de la SAS Le Relais Ratier pendant

la durée du bail à construction, étaient aménagés depuis leur création pour permettre l'exploitation d'un restaurant d'altitude et d'un bar, un tel aménagement ne saurait être regardé comme un aménagement indispensable à l'exécution des missions du service public d'accueil et d'animation touristique au sens de l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques. Enfin, la circonstance que ces locaux soient situés à proximité des remontées mécaniques et de la gare téléphérique qui appartiennent au domaine public communal, ne saurait suffire à caractériser l'existence d'un tel aménagement indispensable.

En second lieu, il est constant que les parcelles cadastrées section E n° 544, 2220 et 2223, qui constituent le terrain d'assiette de la construction objet du bail conclu le 21 août 1986, sont situées sur le front de neige de la station de sports d'hiver de Serre-Chevalier. Si une piste de ski alpin, qui a fait l'objet d'un aménagement spécial en vue de son affectation au service public de l'exploitation des pistes de ski fait partie du domaine public de la commune qui est responsable de ce service public, il ne ressort d'aucune des pièces du dossier que les parcelles en cause auraient fait l'objet de tels aménagement nécessaires à l'exécution des missions du service public de l'exploitation des pistes de ski. Dès lors, ces parcelles, qui sont en l'espèce clairement délimitées et dissociables de celles ayant fait l'objet d'aménagements en piste de ski alpins appartiennent au domaine privé de la commune de Saint-Chaffrey. La construction autorisée par le bail sur ces parcelles, propriété de la commune depuis le 1er juin 2016, qui n'empiète pas sur la piste de ski, ne saurait être regardée comme l'accessoire de cette piste. Il ressort également des pièces du dossier que les locaux qui abritent le restaurant, qui bénéficient d'un accès direct et autonome, ne sont pas reliés aux autres locaux du rez-de-chaussée qui composent l'ensemble immobilier et sont divisibles de ces locaux dont il est soutenu qu'ils sont affectés au service public. Par suite, ce restaurant ne saurait être regardé comme un accessoire des locaux appartenant au domaine public.

Il résulte de ce qui précède que les locaux abritant le restaurant n'ont pu devenir, depuis que la commune de Saint-Chaffrey en est devenu propriétaire, des dépendances du domaine public communal et qu'ils appartiennent au domaine privé de la commune ».

CAA Bordeaux, 30 déc. 2019, n° 17BX04004 et 18BX04275, SA Ingénierie Gestion Industrie Commerce

« En deuxième lieu, l'existence d'une délégation de service public suppose de caractériser la volonté d'une personne publique d'ériger des activités d'intérêt général en mission de service public et d'en confier la gestion à un tiers, sous son contrôle. En l'espèce, **la production d'électricité pour la céder à EDF ne peut être regardée comme relevant d'un intérêt public communal. Au surplus, la convention en cause ne met à la charge de la société IGIC aucune obligation de service public**, et son article 12, intitulé " contrôle de la commune ", se borne à prévoir la fourniture à la commune du bilan d'exploitation de l'exercice, ainsi qu'un droit de visite des installations. Ainsi, cette convention, dépourvue de clause exorbitante de droit commun, ne caractérise pas la volonté de la commune d'Aulus-les-Bains d'ériger en mission de service public l'activité en cause et de la confier à la société IGIC sous son contrôle, nonobstant la circonstance que l'article 2 de la convention se réfère à " la théorie du contrat public de concession ».

En troisième lieu, il est constant, s'agissant de la construction de la centrale de production d'énergie hydroélectrique, que la commune d'Aulus-les-Bains **n'a pas assuré la direction technique des actions de construction, ne deviendra propriétaire des ouvrages qu'au terme du contrat, et n'a joué ainsi ni pendant la réalisation des ouvrages ni lors de leur exploitation, le rôle de maître d'ouvrage**. Par suite, l'opération en vue de laquelle a été passée la convention litigieuse ne présente pas le caractère d'une opération de travaux publics ».

CE, 18 septembre 2019, n° 430368, communauté des communes de l'île-Rousse-Balagne et Office d'équipement hydraulique de la Corse

« 6. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Bastia que **le contrat de concession du service public de distribution d'eau potable de la CCIRB a pour objet l'exploitation des installations de production, de stockage et de distribution d'eau potable en vue d'assurer la fourniture d'eau aux usagers du service**. Un contrat ayant un tel objet est au nombre de ceux que vise le 2° de l'article 10 du décret du 1er février 2016 précité. Il résulte dès lors de ce qui a été dit au point précédent que le juge des référés a commis une erreur de droit en jugeant

qu'en égard à la valeur estimée du contrat, la CCIRB était tenue de procéder à une hiérarchisation des critères d'attribution des offres et d'indiquer cette hiérarchie dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation ».

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

« En 2011, le conseil municipal d'Hédé-Bazouges a décidé de créer la zone d'aménagement concertée (ZAC). Par un avis d'appel public à la concurrence du 29 octobre 2012, la commune a engagé une procédure de consultation en vue de conclure une convention d'aménagement. Par une délibération du 23 mai 2013, le conseil municipal a décidé de conclure cette convention avec la société d'aménagement et de développement d'Ille-et-Vilaine (SADIV). Le 20 juin 2013, la commune de Hédé-Bazouges a informé le groupement formé des sociétés Espacil et Terrain Service du rejet de leur offre. La convention de concession a été signée, après autorisation du conseil municipal, le 20 décembre 2013. La société Terrain Service, concurrente évincée, relève appel du jugement du 10 novembre 2016 par lequel le tribunal administratif de Rennes a rejeté sa demande tendant à l'annulation de cette convention, ou à défaut à sa résiliation, et à la condamnation de la commune à lui verser une somme en réparation du préjudice subi du fait de son éviction illégale (recours dit Tropic). Parmi les nombreux arguments invoqués à l'appui de son recours, deux méritent d'être rappelés.

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

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

CE, 05 février 2018, 416581, Ville de Paris

« Le contrat relatif à l'exploitation sur le domaine public de la commune de mobiliers urbains d'information à caractère général ou local supportant de la publicité est, compte tenu de ses stipulations, une concession de services au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ».

Article L. 1121-4

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

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

Article L. 1122-1

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

Livre II - LES ACTEURS DE LA COMMANDE PUBLIQUE
Titre I - LES ACHETEURS ET LES AUTORITÉS CONCÉDANTES

Article L1210-1

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

Chapitre I - LES POUVOIRS ADJUDICATEURS

Article L. 1211-1

Les pouvoirs adjudicateurs sont :

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

CJUE, 31 mars 2022, affaire C-195/21, LB contre Smetna palata na Republika Bulgaria

« Etant le mieux placé pour évaluer ses propres besoins, le **pouvoir adjudicateur s'est vu reconnaître par le législateur de l'Union un large pouvoir d'appréciation, lors de la détermination des critères de sélection**, ce dont témoigne notamment l'utilisation récurrente du verbe « **pouvoir** » à l'article 58 de la directive 2014/24. Ainsi bénéficie-t-il, conformément au paragraphe 1 de cet article, d'une certaine latitude pour définir les conditions de participation à une procédure de passation de marché qu'il estime liées et proportionnées à l'objet du marché et propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière, ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Plus particulièrement, selon le paragraphe 4 dudit article, le pouvoir adjudicateur apprécie librement les conditions de participation qu'il estime propres, de son point de vue, à garantir notamment l'exécution du marché à un niveau de qualité qu'il considère approprié.

TJ Paris, 21 janv. 2022, n°20/00412, Sondages de l'Elysée

« Aucune disposition constitutionnelle légale ou réglementaire n'a entendu soustraire la présidence de la République à l'application de l'application des dispositions du Code des marchés publics lequel prévoit expressément que celles-ci doivent être respectées par l'Etat dont elle est l'organe exécutif sommital ».

Personnes morales de droit public

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

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

Les personnes morales de droit privé

CE, 28 février 2020, n° 438405, Conseil national de l'ordre des médecins

« L'objet des contrats en cause et sur la nature exacte des difficultés concrètes auxquelles le Conseil national affirme être confronté, qui n'apparaissent pas telles qu'elles le mettraient dans l'impossibilité de se conformer aux dispositions issues du décret attaqué sans porter atteinte au bon fonctionnement

des missions dont il a la charge, il ne résulte pas de l'instruction que l'exécution du décret en cause porte atteinte de manière suffisamment grave et immédiate à la situation du Conseil national et aux intérêts qu'il invoque ».

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

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

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

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

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

influence décisive sur les décisions les plus importantes et les orientations stratégiques de l'entité. En conséquence, il convient d'analyser au cas par cas si ce critère alternatif est rempli. En conclusion, et contrairement à ce qu'affirme la compagnie nationale des commissaires aux comptes, il n'est pas possible de considérer, d'une manière générale, voire pour certaines catégories seulement d'association, du secteur médico-social, que la qualification de pouvoir adjudicateur doit être écartée. Seule une étude au cas par cas est susceptible de permettre de se prononcer sur ce point ».

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

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

Créées

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

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

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

TA de Nantes, 1^{er} Février 2023, n° 2001624

« Par suite, la circonstance que les sociétés publiques locales soient des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique ne permet pas de regarder le contrat conclu entre la SPL Saumur Agglopropreté et la société Passenaud Henri Récupération comme étant un contrat de droit public. De même, la circonstance tirée de ce que le contrat aurait pour objet l'exécution d'un service public administratif financé par la taxe d'enlèvement des ordures ménagères est sans incidence sur sa qualification dès lors qu'il n'a été conclu ni en vertu d'un mandat ni au nom et pour le compte d'une personne publique ».

TA de Montreuil, 16 novembre 2022, n° 2207258

« Toutefois, s'il se déduit de l'ensemble de ces éléments un lien de dépendance étroite du comité d'organisation des Jeux Olympiques à l'égard de l'État et de la Ville de Paris, de nature à permettre à ces derniers d'influencer ses décisions notamment en matière de passation des marchés et, par suite, à regarder le comité comme un pouvoir adjudicateur au sens de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique, il ne résulte pas de l'instruction que, dans le cadre du présent marché, l'association " comité d'organisation des Jeux Olympiques et Paralympiques de Paris 2024 " aurait agi pour le compte d'une personne publique en passant le contrat litigieux, ni que celui-ci constitue l'accessoire d'un contrat de droit public. En particulier, eu égard au rôle déterminant des conditions et décisions fixées par le Comité international olympique, il ne résulte pas de l'instruction que le contrat de partenariat marketing conclu avec le groupe Accor et la société Résa-Events aurait été signé par le COJO Paris 2024 au nom et pour le compte de la Ville de Paris, l'existence d'un " mandat administratif " entre le COJO Paris 2024 et la Ville de Paris n'étant à cet égard nullement établie ».

CJUE, 3 février 2021, C-155/19, Federazione Italiana Giuoco Calcio

« L'article 2, paragraphe 1, point 4, sous a), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'une entité investie de missions à caractère public définies exhaustivement par le droit national peut être considérée comme ayant été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial au sens de cette disposition, alors même qu'elle

a été créée sous la forme non pas d'une administration publique, mais d'une association relevant du droit privé et que certaines de ses activités, pour lesquelles elle jouit d'une capacité d'autofinancement, n'ont pas de caractère public. [...]»

CE, Section de l'administration, 2 juillet 2019, n°397661, Avis relatif aux contrats de partenariat marketing conclus par le Comité d'organisation des jeux olympiques et paralympiques

« Par suite, nonobstant les activités lucratives que peut exercer le Comité d'organisation des jeux olympiques, dont le but principal n'est pas la recherche de bénéfices, sa création répond à un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. [...] Il se déduit de l'ensemble des éléments qui précèdent l'existence d'un lien de dépendance étroite du Comité d'organisation des jeux olympiques à l'égard de l'État et de la Ville de Paris, de nature à permettre à ces derniers d'influencer ses décisions notamment en matière de marchés.

Il résulte de ce qui est dit aux points 3 à 7 que le Comité d'organisation des jeux olympiques doit être regardé comme un pouvoir adjudicateur au sens des dispositions précitées de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique. »

CJUE 5 octobre 2017, C-567/15, LitSpecMet UAB

« L'article 1er, paragraphe 9, deuxième alinéa, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, telle que modifiée par le règlement (UE) no 1251/2011 de la Commission, du 30 novembre 2011, doit être interprété en ce sens qu'une société qui, d'une part, est détenue entièrement par un pouvoir adjudicateur dont l'activité est de satisfaire des besoins d'intérêt général et qui, d'autre part, réalise tant des opérations pour ce pouvoir adjudicateur que des opérations sur le marché concurrentiel doit être qualifiée d'« organisme de droit public » au sens de cette disposition, pour autant que les activités de cette société sont nécessaires pour que ledit pouvoir adjudicateur puisse exercer son activité et que, afin de satisfaire des besoins d'intérêt général, ladite société se laisse guider par des considérations autres qu'économiques, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier. Est dépourvu d'incidence, à cet égard, le fait que la valeur des opérations internes puisse dans l'avenir représenter moins de 90 %, ou une partie non essentielle, du chiffre d'affaires global de la société ».

CE, 23 décembre 2011, n° 351505, Établissement public d'aménagement Euroméditerranée

« Considérant que l'article 2 du code des marchés publics dispose que : " Les pouvoirs adjudicateurs soumis au présent code sont : 1° L'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial " ; qu'il résulte ainsi de l'article 1er du décret du 13 octobre 1995 créant l'établissement public d'aménagement Euroméditerranée sous la forme d'un établissement public industriel et commercial de l'État, que cet établissement n'est pas, lorsqu'il agit pour son compte en qualité de maître d'ouvrage, soumis aux dispositions du code des marchés publics ; qu'il n'est alors soumis qu'aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, dès lors qu'indépendamment de son mode de fonctionnement, la nature de sa mission de service public en matière d'aménagement de la ville de Marseille, qu'aucun autre organisme ne partage, conduit à le regarder comme un organisme de droit public créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ».

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

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

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

par un pouvoir adjudicateur pour le compte de cette entreprise ».

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

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

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

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

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

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

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

Financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur

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

« L'article 1^{er}, paragraphe 9, deuxième alinéa, sous c), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens qu'un organisme, tel un ordre professionnel de droit public, ne remplit ni le critère relatif au financement majoritaire par les pouvoirs publics lorsque cet organisme est financé majoritairement par les cotisations payées par ses membres, dont la loi l'habilite à fixer et à percevoir le montant, dans le cas où cette loi ne détermine pas l'étendue et les modalités des actions que ledit organisme entreprend dans le cadre de l'accomplissement de ses missions légales, que ces cotisations sont destinées à financer, ni le critère relatif au contrôle de la gestion par les pouvoirs publics du seul fait que la décision par laquelle le même organisme fixe le montant desdites cotisations doit être approuvée par une autorité de tutelle ».

CJCE 13 décembre 2007, C-337/06, Bayerischer Rundfunk

« L'article 1er, sous b), deuxième alinéa, troisième tiret, première hypothèse, de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, doit être interprété en ce sens qu'il y a financement majoritaire par l'État lorsque les activités d'organismes de radiodiffusion publics tels que ceux en cause au principal sont financées majoritairement par une redevance mise à la charge des détenteurs d'un poste récepteur, qui est

imposée, calculée et perçue suivant des règles telles que celles en cause au principal.

L'article 1er, sous b), deuxième alinéa, troisième tiret, première hypothèse, de la directive 92/50 doit être interprété en ce sens que, en cas de financement des activités d'organismes de radiodiffusion publics tels que ceux en cause au principal suivant les modalités exposées dans le cadre de l'examen de la première question préjudicielle, la condition relative au « financement par l'État » n'exige pas l'ingérence directe de l'État ou d'autres pouvoirs publics lors de la passation, par de tels organismes, d'un marché tel que celui en cause au principal ».

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

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

Contrôle

CE, avis, 11 avril 2024, n° 489440, Région Nouvelle-Aquitaine

« Il résulte de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires mentionnées au point précédent que les personnes morales de droit privé gestionnaires des établissements et services sociaux et médico-sociaux énumérés à l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, y compris les organismes à but lucratif, ne sont soumises qu'à un contrôle de régularité, y compris lorsqu'est en cause, s'agissant des établissements à but non lucratif, des dysfonctionnements dans leur gestion financière. Si certains de ces contrôles, en matière de garantie d'emprunt et de programmes d'investissements, sont exercés a priori, ils sont destinés à garantir le respect de la réglementation tarifaire et n'ont, pas davantage que les autres contrôles, pour objet ou pour effet de remettre en cause l'autonomie de gestion de ces personnes privées. Les établissements et services sociaux et médico-sociaux ne sont ainsi pas soumis, du fait de ces dispositions, à un contrôle actif de leur gestion permettant aux autorités publiques d'influencer leurs décisions en matière d'attribution de marchés ».

CJUE, 3 février 2021, C-155/19, Federazione Italiana Giuoco Calcio

« La deuxième branche de l'alternative visée à l'article 2, paragraphe 1, point 4, sous c), de la directive 2014/24 doit être interprétée en ce sens que, dans le cas où une fédération sportive nationale jouit, en vertu du droit national, d'une autonomie de gestion, la gestion de cette fédération ne peut être considérée comme étant soumise au contrôle d'une autorité publique que s'il ressort d'une analyse d'ensemble des pouvoirs dont cette autorité dispose à l'encontre de ladite fédération qu'il existe un contrôle de gestion actif qui, dans les faits, remet en cause cette autonomie au point de permettre à ladite autorité d'influencer les décisions de la même fédération en matière de marchés publics. La circonstance que les différentes fédérations sportives nationales exercent une influence sur l'activité de l'autorité publique concernée en raison de leur participation majoritaire au sein des principaux organes collégiaux délibérants de celle-ci n'est pertinente que s'il peut être établi que chacune de ces fédérations, prise isolément, est en mesure d'exercer une influence significative sur le contrôle public exercé par cette autorité à son égard avec pour conséquence que ce contrôle serait neutralisé et qu'une telle fédération sportive nationale retrouverait ainsi la maîtrise de sa gestion, et ce nonobstant l'influence des autres fédérations sportives nationales se trouvant dans une situation analogue. »

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

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

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

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

Composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur**CJUE, 13 avril 2010, C-91/08, Wall AG c/ Ville de Francfort-sur-le-Main**

« Lorsqu'une entreprise concessionnaire conclut un contrat relatif à des services entrant dans le champ de la concession dont elle a été chargée par une collectivité territoriale, l'obligation de transparence découlant des articles 43 CE et 49 CE ainsi que des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité ne s'applique pas si cette entreprise : a été créée par cette collectivité territoriale aux fins de l'élimination des déchets et du nettoyage de la voirie, mais est également active sur le marché ; appartient à ladite collectivité territoriale à hauteur de 51%, les décisions de gestion ne pouvant cependant être adoptées qu'à la majorité des trois quarts des voix de l'assemblée générale de cette entreprise; a un quart seulement des membres du conseil de surveillance, y compris le président de celui-ci, nommé par cette même collectivité territoriale, et tire plus de la moitié de son chiffre d'affaires de contrats synallagmatiques relatifs à l'élimination des déchets et au nettoyage de la voirie sur le territoire de ladite collectivité territoriale, cette dernière les finançant par les impôts locaux versés par ses administrés. »

CAA Paris, 20 avril 2005, n° 02PA02193, Commune de Boulogne-Billancourt

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'association pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt a été créée en vue d'assurer, pour le compte de la commune de Boulogne-Billancourt, la gestion de la patinoire et de la piscine municipales ; que cette association était, jusqu'au 28 février 1996, administrée par un conseil d'administration composé de 13 membres dont 11 membres de droit appartenant au conseil municipal de Boulogne-Billancourt ; que plus de la moitié de ses ressources était constituée par des subventions municipales ; qu'enfin, la commune exerçait un contrôle prépondérant sur les modalités de fonctionnement des équipements sportifs gérés par l'association ; que, dans ces conditions, ladite association doit être regardée, en dépit de sa forme juridique, comme ayant la nature d'un service de la commune et comme ayant agi, en souscrivant, le 10 août 1989, un contrat de gardiennage avec la société Mayday Sécurité, pour le compte de la commune ; que ce contrat a, par suite, la nature d'un contrat administratif dont il appartient au juge administratif de connaître ».

Organismes de droit privé constitués en vue de réaliser certaines activités en commun**TA de Rennes, 16 mai 2024, n° 2201215**

« La société Eskale d'Armor exerce une mission de service de l'outillage public portuaire qui est un service public industriel et commercial, de sorte qu'elle est un pouvoir adjudicateur selon le 3° de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique ».

Chapitre II - LES ENTITES ADJUDICATRICES**Article L. 1212-1**

Les entités adjudicatrices sont :

1° Les **pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux** définies aux articles L. 1212-3 et L. 1212-4 ;

2° Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les **entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux** définies aux articles L. 1212-3 et L. 1212-4 ;

3° Lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de **droits spéciaux ou exclusifs** ayant pour effet de leur réserver l'exercice de ces activités et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer celle-ci.

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

Les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur**TA de Montpellier, 23 octobre 2024, n° 2405599**

« Il résulte de l'instruction, notamment de l'article 3.1 du CCTP que l'objet du marché en litige porte sur la sécurité et la sûreté, principalement du port de commerce, et des activités s'y déroulant, sur une zone de 140 hectares destinée aux activités des transporteurs maritimes et plus accessoirement, sur des zones plus réduites, du port de pêche et du port de plaisance. Cette mission relève donc, à titre principal, des " achats ou activités d'exploitation ", visés au 3° précité de l'article L. 1212-3 du code de la commande publique, destinés à la mise à disposition d'un port maritime aux entreprises de transport au sens de l'article 12 " Ports et aéroports " de la directive 2014/25/UE, l'article 5 de la même directive prévoyant qu'un marché destiné à couvrir plusieurs activités suit les règles applicables à l'activité à laquelle il est principalement destiné, en l'espèce, le marché pour des prestations de gardiennage et surveillance des sites gérés par Port Sud de France concerne bien, principalement le port de commerce. Par suite, la requérante n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que le Port Sud de France a lancé le marché en litige, en qualité d'entité adjudicatrice, selon la procédure prévue aux articles R. 2161-21 et R. 2161-22 du code de la commande publique ».

TA de Toulouse, 3 mai 2024, n° 2402187

« Il ressort des énonciations de l'avis de publicité du marché en litige, qui a pour objet l'achat et la livraison de chlore gazeux pour le traitement de l'eau, que ce chlore gazeux servira, outre au traitement des piscines publiques, " à la désinfection de l'eau potable en vue de son transport " et il n'est pas contesté par la société requérante que ce second usage constitue la principale prestation attendue du marché. La communauté d'agglomération du Grand Cahors doit dès lors être regardée comme ayant agi, pour mettre en œuvre la procédure de passation de ce marché, dans le cadre de l'exercice de son activité d'opérateur de réseaux et, par suite, en qualité d'entité adjudicatrice au sens de l'article L. 1212-1 précité du code de la commande publique ».

TA de Lille, 24 mai 2023, n° 2302910

« Le SIDEN-SIAN est un établissement public de coopération intercommunale qui a la qualité de pouvoir adjudicateur au sens du 2° de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique. Selon ses statuts, il exerce notamment les compétences suivantes : " production par captages ou pompages, protection des points de prélèvement, traitement, transport et stockage d'eau destinée à la consommation humaine ", et " Distribution d'eau destinée à la consommation humaine ", relevant de l'activité d'opérateur de réseaux au sens et pour l'application du 1° de l'article L. 1212-1 du code de la commande publique. Le SIDEN-SIAN a ainsi agi, pour mettre en œuvre la procédure de passation du marché en litige, en qualité d'entité adjudicatrice au sens de l'article L. 1212-1 précité du code de la commande publique et le juge du référé précontractuel ne peut donc être saisi que sur le fondement des articles L. 551-5 et suivants du code de justice administrative. En conséquence, les conclusions à fin d'annulation de cette procédure, présentées par la société Coquart. Eu sur le fondement des articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative, lesquels ne trouvent à s'appliquer qu'aux pouvoirs

adjudicateurs, sont irrecevables et ne peuvent qu'être rejetées. »

TA de La Réunion, 22 septembre 2022, n° 2201073

« Les textes relatifs aux entités adjudicatrices, qui dérogent au droit commun, sont d'interprétation stricte. Il suit de là que la CIREST, lorsqu'elle concède le service public des transports, même partiellement, ne peut être regardée comme exerçant elle-même une activité d'exploitation du réseau au sens du 4° de l'article L. 1212-3 du code de la commande publique. Il résulte de ce qui précède que la CIREST doit être considérée comme ayant agi, non en qualité d'entité adjudicatrice, mais en qualité de pouvoir adjudicateur. »

CJUE, 28 oct. 2020, C-521/18, Pegaso Srl Servizi Fiduciari , Sistemi di Sicurezza Srl, YW c/ Poste Tutela SpA, en présence de Poste Italiane SpA

« L'article 13, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, doit être interprété en ce sens **qu'il s'applique à des activités consistant dans la fourniture de services de conciergerie, d'accueil et de surveillance des portiques des bureaux des fournisseurs de services postaux, dès lors que de telles activités présentent un lien avec l'activité relevant du secteur postal**, en ce sens qu'elles servent effectivement à l'exercice de cette activité en permettant la réalisation de celle-ci de manière adéquate, eu égard à ses conditions normales d'exercice ».

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

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

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

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

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

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

applicables aux marchés conclus par les pouvoirs adjudicateurs et non à ceux conclus par les entités adjudicatrices ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen du pourvoi, l'ordonnance attaquée doit être annulée ».

CE, 14 décembre 2009, n° 330052, Département du Cher

« Considérant qu'en jugeant que l'acte par lequel le Département du Cher se proposait de confier à un tiers l'exécution du service de transport scolaire n'était pas constitutif d'une activité d'exploitation de réseau ni davantage une activité de mise à disposition de réseau au sens de l'article 135 du code marchés publics, nonobstant la circonstance que le contrat envisagé comporte des stipulations manifestant le contrôle du département sur les conditions d'organisation et de fonctionnement du service public en cause, et qu'ainsi le département ne pouvait être regardé comme une entité adjudicatrice au sens des dispositions précitées, le juge des référés, qui n'a pas dénaturé les pièces du dossier, n'a pas commis d'erreur de droit ».

CE, 19 octobre 2001, n° 233173, SITCAT

« Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la directive n° 93/38 CEE du 14 juin 1993 modifiée portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications : "Les activités relevant du champ d'application de la présente directive sont les suivantes : c) l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus ou autobus ou câble" ; que le marché envisagé par le syndicat intercommunal des transports en commun de l'agglomération toulonnaise a pour objet la constitution du réseau de transport, préalable nécessaire à son exploitation ; qu'à la date à laquelle la procédure de passation de ce marché a été engagée, le syndicat intercommunal des transports en commun de l'agglomération toulonnaise était responsable de l'exploitation du réseau ; qu'ainsi, le marché envisagé par ce syndicat est un marché de services relevant du secteur des transports au sens de la directive n° 93/38/CEE précitée ».

Entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux

TA de Bastia, 7 avril 2023, n° 2300354

« La SA La Poste, entreprise publique de droit privé, a la qualité d'entité adjudicatrice par application combinée des dispositions citées au point 4 du 2° de l'article L. 1212-1 du code de la commande publique et du 5° de l'article L. 1212-3 du même code. C'est dès lors à bon droit qu'elle soutient que le contrat afférent à la réalisation des prestations de transport de fonds en Corse relève du droit privé. D'une part, le président du tribunal administratif de Bastia n'est compétent, en application des dispositions de l'article L. 551-5 du code de justice administrative citées au point 2, qu'en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation de contrats administratifs par des entités adjudicatrices. D'autre part, en application des dispositions de l'article 5 de l'ordonnance du 7 mai 2009 citées au point 3, en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par des entités adjudicatrices des contrats de droit privé ayant pour objet une prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, les personnes ayant intérêt à conclure un tel contrat et susceptibles d'être lésées par ce manquement doivent saisir la juridiction judiciaire. Il suit de là que le présent litige ne relève pas de la compétence du juge administratif ».

Cass. com., 19 oct. 2022, n° 19-24.007

« Contrairement à ce que soutient la SA IRM diesel la société Hague énergie n'exerce pas l'activité d'opérateur de réseaux définie par l'article 26,1° de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 dans les termes suivants : "Sont soumises aux dispositions du présent chapitre les activités d'opérateur de réseaux suivantes lorsqu'elles sont exercées par une entité adjudicatrice : 1° L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur, les achats destinés à l'organisation ou à la mise à disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz ou en chaleur ; " En effet selon l'extrait Kbis versé aux débats la société Hague énergie a pour activité "la

conception, la construction et l'exploitation de centrales de production d'énergie, la fourniture de vapeur et la gestion d'utilités industrielles comprenant l'exploitation et la maintenance des utilités, l'approvisionnement en combustibles des installations de production de vapeur et des travaux d'optimisation énergétique et environnemental pour des sites industriels quelle qu'en soit la nature appartenant à tout tiers public ou privé". Or aucune de ces activités ne constitue une activité d'exploitation de réseaux au sens des dispositions de l'article 26,1° précité, seul EDF exploitant le réseau de distribution de l'électricité et non la société Hague énergie. L'un des éléments exigés par l'article 4-I,2° faisant défaut la société Hague énergie n'est pas une entité adjudicatrice soumise à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et la SA IRM diesel ne peut lui reprocher d'avoir violé les règles de passation des marchés privés posées par le décret n°2015-1308 du 20 octobre 2005 pris en application de l'ordonnance ».

Droit spéciaux et exclusifs

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

TC, 13 Septembre 2021, n° C4224, SAS Cadres en mission c. SNCF Réseau

« La SNCF est une société anonyme qui, au sens du code de la commande publique, est une entité adjudicatrice. La procédure de passation de l'accord-cadre en cause a été lancée par la SNCF en son nom et pour son compte, ainsi que pour celui de quatre filiales, parmi lesquelles figure SNCF Réseau. Cet accord-cadre est majoritairement destiné à répondre aux besoins de SNCF Réseau, l'un des bénéficiaires des prestations de portage salarial faisant l'objet de la passation de l'accord-cadre. Si SNCF Réseau est désormais elle aussi une société anonyme, il résulte de l'article L. 2111-9-4 du code des transports que les contrats que conclut cette société pour l'exercice de ses missions prévues à l'article L. 2111-9 du même code sont des contrats administratifs par détermination de la loi ».

CJCE, 12 décembre 1996, C-302/94, The Queen c/ Secretary of State for Trade and Industry

« La directive 92/44/CEE du Conseil, du 5 juin 1992, relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, s'applique aux "organismes de télécommunications", au sens de l'article 2, point 1, de la directive 90/387/CEE, du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications. Constituent, en particulier, des "organismes de télécommunications" au sens de cette disposition les deux entreprises auxquelles un État membre a réservé, selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires, l'exploitation des lignes internationales et notamment intracommunautaires de télécommunications ainsi que l'entreprise à laquelle un État membre a réservé, dans les mêmes conditions, l'exploitation d'un réseau public de télécommunications sur une partie de son territoire. Un État membre peut ne soumettre aux obligations de l'article 7 de la directive 92/44 que certains des "organismes de télécommunications", dès lors que cette soumission est suffisante pour permettre aux utilisateurs de disposer d'un nombre minimal de lignes louées conformes aux spécifications prévues par cette directive sur l'ensemble du territoire national. Un État membre peut, en particulier, ne soumettre aux obligations de cette disposition que les "organismes de télécommunications" qui sont les principaux exploitants de lignes de télécommunications dans chacune des zones géographiques composant son territoire ».

Article L1212-2

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

indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance.

L'article L. 2192-15

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

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

Article L1212-3

Sont des activités d'opérateur de réseaux :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article L1212-4

Ne sont pas des activités d'opérateur de réseaux :

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

- a) La production de gaz ou de chaleur par l'entité concernée est le résultat inévitable de l'exercice d'une activité autre que celles mentionnées à l'article L. 1212-3 ;
- b) L'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter à des fins commerciales cette production et ne dépasse pas 20 % du chiffre d'affaires de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes ;

2° L'alimentation en électricité des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise

publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :

- a) La production d'électricité par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées à l'article L. 1212-3 ;
- b) La quantité d'électricité utilisée pour l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 30 % de la production totale d'énergie de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes ;

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

- a) La production d'eau potable par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées à l'article L. 1212-3 ;
- b) La quantité d'eau utilisée pour l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 30 % de la production totale d'eau potable de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes.

Titre II LES OPERATEURS ECONOMIQUES, LES CANDIDATS ET LES SOUMISSIONNAIRES

Article L. 1220-1

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

Fiche technique DAJ - Mise en œuvre de l'interdiction d'attribuer ou d'exécuter des contrats de la commande publique avec la Russie, p.2

« Les pouvoirs adjudicateurs, entités adjudicatrices et autorités concédantes ont désormais l'interdiction d'attribuer ou de poursuivre l'exécution de l'un de ces contrats dans quatre hypothèses :

- si l'attributaire est un ressortissant russe ou une personne physique ou morale, une entité ou un organisme établi sur le territoire russe ;
- si l'attributaire est détenu à plus de 50 %, et de ce manière directe ou indirecte, par une entité établie sur le territoire russe ;
- si l'attributaire est une personne physique ou morale, une entité ou un organisme agissant pour le compte ou sur instruction d'une entité établie sur le territoire russe ou d'une entité détenue à plus de 50 % par une entité elle-même établie sur le territoire russe ;
- si le sous-traitant, le fournisseur ou toute entité aux capacités de laquelle il est recouru se trouve dans l'un des trois cas susmentionnés, et le montant de ses prestations représente plus de 10 % de la valeur du marché ».

CJUE, 11 juin 2020, C-219/19, ANAC

« Certes, les États membres ont la faculté d'habiliter ou non certaines catégories d'opérateurs économiques à fournir certaines prestations et qu'ils peuvent, notamment, autoriser ou ne pas autoriser des entités qui ne poursuivent pas un but lucratif et dont l'objet est orienté principalement vers l'enseignement et la recherche à opérer sur le marché en fonction de la circonstance que l'activité en question est compatible ou non avec leurs objectifs institutionnels et statutaires. Toutefois, si, et dans la mesure où, de telles entités sont habilitées à offrir certains services sur le marché, le droit national ne peut interdire à celles-ci de participer à des procédures de passation de marchés publics qui portent sur la prestation des mêmes services. »

CE, 18 sept. 2019, n°430368, Communauté de communes de l'Ile-Rousse-Balagne

« Lorsqu'une personne publique est candidate à l'attribution d'un contrat de concession, il appartient à l'autorité concédante, dès lors que l'équilibre économique de l'offre de cette personne publique diffère substantiellement de celui des offres des autres candidats, de s'assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que l'ensemble des coûts directs et indirects a été pris en compte pour la détermination de cette offre, afin que ne soient pas faussées les conditions de la concurrence.... », b) Il incombe au juge du référé précontractuel, saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le contrat n'a

pas été attribué à une personne publique qui a présenté une offre qui, faute de prendre en compte l'ensemble des coûts exposés, a faussé les conditions de la concurrence...», 2) La candidature d'un établissement public à un contrat de concession n'est pas soumise à la condition de l'existence d'un intérêt public local. Le moyen tiré de ce que cette candidature n'est pas justifiée par un tel intérêt est donc inopérant ».

CAA Bordeaux, 25 juil. 2019, n°17BX03405, Centre hospitalier d'Esquirol

« D'autre part, si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce qu'un établissement public de santé se porte candidat à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, il ne peut légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel **intérêt public**, c'est à dire si elle constitue le prolongement de la mission de service public dont l'établissement public de santé a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission. Une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence. En particulier, le prix proposé par l'établissement public de santé doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans qu'il bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié. Ces règles s'appliquent enfin sans préjudice des coopérations que les personnes publiques peuvent organiser entre elles, dans le cadre de relations distinctes de celles d'opérateurs intervenant sur un marché concurrentiel ».

CJUE 28 janv. 2016, C-50/14, Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA)

« Les art. 49 et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui, telle celle en cause au principal, permet aux autorités locales de confier la fourniture de services de transport sanitaire par voie d'attribution directe, en l'absence de toute forme de publicité, **à des associations de bénévolat**, pour autant que le cadre légal et conventionnel dans lequel se déploie l'activité de ces organismes contribue effectivement à une **finalité sociale ainsi qu'à la poursuite des objectifs de solidarité et d'efficacité budgétaire**. Lorsqu'un État membre permet aux autorités publiques de recourir directement à des associations de bénévolat pour l'accomplissement de certaines missions, une autorité publique qui entend conclure des conventions avec de telles associations n'est pas tenue, en vertu du droit de l'Union, de comparer préalablement les propositions de diverses associations. Lorsqu'un État membre, qui permet aux autorités publiques de recourir directement à des associations de bénévolat pour l'accomplissement de certaines missions, autorise ces associations à exercer certaines activités commerciales, il revient à cet État membre de fixer les limites dans lesquelles ces activités peuvent être accomplies. Ces limites doivent néanmoins assurer que lesdites activités commerciales soient marginales au regard de l'ensemble des activités de telles associations et soutiennent la poursuite de l'activité bénévole de celles-ci ».

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

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

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

« Les compétences dont disposent les collectivités territoriales ou les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) s'exercent, hormis celles qui leur sont confiées pour le compte de l'Etat, en vue de satisfaire un intérêt public local. Si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou ces EPCI se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique

pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est à dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission.... Une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence. En particulier, le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié ».

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

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

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

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

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

Article L. 1220-2

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

À participer ou est invité à participer

CAA Versailles, 27 févr. 2020, n°17VE01238, société LABRENNE

« Comme le soutient la SNCF, il résulte des termes de l'article 28 du décret du 20 octobre 2005 que l'entité adjudicatrice dispose de la possibilité de limiter le nombre de candidatures et de sélectionner les participants à une procédure restreinte ou négociée parmi les opérateurs qualifiés. Toutefois et conformément aux principes généraux du droit de la commande publique, s'agissant notamment du respect de la liberté d'accès à la commande publique, de l'égalité de traitement des candidats et de la transparence des procédures, **la SNCF était tenue d'inviter ceux des opérateurs qualifiés qui avaient été admis à négocier lors de la première procédure d'attribution à participer à la reprise de la négociation consécutive à la défaillance de la société Carrard** ».

CE, 18 déc. 2019, n° 432590, Port autonome de Nouvelle-Calédonie

« Toutefois, d'une part, le principe d'impartialité ne fait pas obstacle à ce qu'un acheteur public attribue

un contrat de délégation de service public à une société d'économie mixte locale dont il est actionnaire, sous réserve que la procédure garantisse l'égalité de traitement entre les candidats et que soit prévenu tout risque de conflit d'intérêts ».

CAA Bordeaux, 25 juil. 2019, n°17BXO3405

« D'autre part, si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce qu'un établissement public de santé se porte candidat à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, il ne peut légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est à dire si elle constitue le prolongement de la mission de service public dont l'établissement public de santé a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission. Une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence. En particulier, le prix proposé par l'établissement public de santé doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans qu'il bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié. Ces règles s'appliquent enfin sans préjudice des coopérations que les personnes publiques peuvent organiser entre elles, dans le cadre de relations distinctes de celles d'opérateurs intervenant sur un marché concurrentiel ».

CJUE, 6 oct. 2015, C-203/14, Consorci Sanitari del Maresme

L'art. 1^{er}, § 8, de la Dir. 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens que la notion d'«opérateur économique» figurant au 2^e al. de cette disposition inclut les administrations publiques, lesquelles peuvent donc participer à des appels d'offres publics si et dans la mesure où elles sont habilitées à offrir des services contre rémunération sur un marché.

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

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

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

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

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

« Tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment

directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles ».

Article L. 1220-3

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

Offre

TA de Lille, 21 Décembre 2022, n° 2209178

« Aux termes de l'article L. 1220-2 du même code : " Un candidat est un opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un contrat de la commande publique ", et selon son article L. 1220-3 " Un soumissionnaire est un opérateur économique qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un contrat de la commande publique ". Il résulte de ces dispositions que si des personnes morales différentes constituent en principe des opérateurs économiques distincts, elles doivent néanmoins être regardées comme un seul et même soumissionnaire lorsque le pouvoir adjudicateur constate leur absence d'autonomie commerciale, résultant notamment des liens étroits entre leurs actionnaires ou leurs dirigeants, qui peut se manifester par l'absence totale ou partielle de moyens distincts ou la similarité de leurs offres pour un même lot. »

CE, 4 oct. 2019, n°421022, Synd. mixte de développement durable de l'Est-Var pour le traitement et la valorisation des déchets ménagers (SMIDDEV)

« En second lieu, il ressort des énonciations de son arrêt que la cour administrative d'appel de Marseille a jugé **que les vices tirés, d'une part, de l'irrégularité de l'offre présentée par la société Ehol et, d'autre part, de la méconnaissance du principe d'intangibilité de l'offre par cette dernière étaient " eu égard à leur nature et à leurs conséquences sur le choix de l'attributaire du marché ", pris " séparément et à plus forte raison ensemble ", propres à justifier l'annulation du marché en litige. En statuant ainsi sans rechercher, d'une part, si les vices retenus présentaient un caractère d'une particulière gravité justifiant l'annulation du marché ni, d'autre part, si cette annulation n'était pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général, la cour a commis une erreur de droit et insuffisamment motivé son arrêt ».**

CE, 18 sept. 2019, n°430368, Communauté de communes de l'Ile-Rousse-Balagne

« Lorsqu'une personne publique est candidate à l'attribution d'un contrat de concession, il appartient à l'autorité concédante, dès lors que l'équilibre économique de l'offre de cette personne publique diffère substantiellement de celui des offres des autres candidats, de s'assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que l'ensemble des coûts directs et indirects a été pris en compte pour la détermination de cette offre, afin que ne soient pas faussées les conditions de la concurrence. Il incombe au juge du référé précontractuel, saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le contrat n'a pas été attribué à une personne publique qui a présenté une offre qui, faute de prendre en compte l'ensemble des coûts exposés, a faussé les conditions de la concurrence ».

Livre III - LES CONTRATS MIXTES

FICHE DAJ

Article L. 1300-1

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

Ce contrat mixte est soumis aux dispositions du présent livre.

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

Chapitre I CONTRATS MIXTES COMPORTANT DES PRESTATIONS DISSOCIABLES

Article L. 1311-1

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

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

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

Article L. 1311-2

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

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

Chapitre II CONTRATS MIXTES COMPORTANT DES PRESTATIONS INDISSOCIABLES

Article L. 1312-1

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

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

Objectivement indissociables

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

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

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

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

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

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

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

Objet principal

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

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

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

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

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

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

« Or, conformément à la jurisprudence de la Cour, lorsqu'un contrat contient à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux ainsi que des éléments ayant trait à un autre type de marché, c'est l'objet principal du contrat qui détermine les règles communautaires applicables.

Il convient de constater en outre que les ouvrages concernés ont été réalisés conformément aux spécifications très détaillées explicitées par la ville de Cologne dans le contrat principal. Il ressort de ce

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

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

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

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

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

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

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

« Il ressort, en outre, de la jurisprudence de la Cour que, lorsqu'un contrat contient à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux ainsi que des éléments ayant trait à un autre type de marché, c'est l'objet principal du contrat qui détermine quelle directive communautaire relative à des marchés publics trouve en principe à s'appliquer (voir arrêt du 18 janvier 2007, Auroux e.a., C-220/05,

Rec. p. I-385, point 37).

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

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

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

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

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

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

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

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

Article L. 1312-2

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

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

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

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

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

Article L1321-1

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

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

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

Article L1321-2

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

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

Article L1322-1

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

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

Article L1322-2

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

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

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

Article L1323-1

L'acheteur ou l'autorité concédante applique, au choix, le livre III de la deuxième partie relatif aux marchés de défense ou de sécurité ou le droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la troisième partie au contrat portant à la fois sur des prestations qui relèvent des unes et des prestations qui relèvent des autres, à condition que la passation d'un contrat unique soit justifiée par

des raisons objectives.

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

Article L1330-1

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

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

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

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

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

Livre IV - DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

PARTIE II - MARCHES PUBLICS

Livre préliminaire MARCHÉS PUBLICS MIXTES

Article L2000-1

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

Article L2000-2

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

Article L2000-3

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

Article L2000-4

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

Article L2000-5

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

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

Livre Ier - DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article L2100-1

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

Article R2100-1

La Banque de France, l'Institut d'émission des départements d'outre-mer, l'Institut d'émission

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

Article L2100-2

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

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

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

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

Ces contrats peuvent toujours être conclus en lots séparés.

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

Titre I - PREPARATION DU MARCHÉ PUBLIC

Chapitre I - DEFINITION DU BESOIN

Article L2111-1

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

La nature et l'étendue des besoins

CAA de Paris, 17 octobre 2023, n°21PA03925, Société Multiservices - Tahiti Vidanges

« En troisième lieu, si la société requérante soutient que la procédure d'appel d'offres **n'a nullement défini les besoins à satisfaire**, au sens de l'article LP 221-1 du code des marchés publics de la Polynésie française et de ses établissements publics, et que la Polynésie française a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence, **ces vices, à les supposer même établis, ne présentent en tout état de cause pas un caractère de particulière gravité de nature à justifier l'annulation du marché** »

CAA de LYON, 22 septembre 2022, n°20LY02670, Société Peinta Concept

« Il résulte de l'instruction que le maître d'ouvrage avait défini avec précision ses besoins. Le fait que des désordres soient apparus en cours d'exécution des travaux, s'il traduit des défauts d'exécution, ne suffit pas à établir que le pouvoir adjudicateur aurait commis des fautes dans l'expression de ces besoins ».

Cour de cassation, civile, 15 juin 2022, 21-10.286, Société Azurial

« Alors que les contrats de travail des salariés affectés à un marché de nettoyage sont transférés au nouveau prestataire de nettoyage, dès lors que des prestataires sont appelés à se succéder pour des **travaux effectués dans les mêmes locaux**, à la suite de la cessation d'un contrat commercial ou d'un **marché public** ; que la seule circonstance que le nouveau marché de nettoyage n'ait pas un objet

strictement identique à l'ancien est indifférent, et ne saurait faire obstacle au transfert de plein droit des contrats de travail, **dès lors que les prestations de nettoyage sont successivement effectuées dans les mêmes locaux**

...L'article 7 de la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011, qui garantit aux salariés affectés sur un marché la continuité de leur contrat de travail, ne prévoit que le transfert des salariés attachés au marché ayant fait l'objet du changement de prestataire pour des travaux effectués dans les mêmes locaux. Il en résulte que **le marché dévolu au nouveau prestataire doit avoir le même objet et concerner les mêmes locaux**.

Ayant constaté que la société HLM de l'Oise avait repris en direct l'entretien des parties communes des locaux sur lesquels était affecté le salarié pour le faire réaliser par son propre personnel, à l'exception de prestations ponctuelles confiées à la société Nettoise, ce dont il résultait que **le contrat conclu avec cette société n'avait pas le même objet que celui précédemment conclu avec la société Azurial**, la cour d'appel en a exactement déduit que le salarié était resté au service de cette dernière ».

CAA de MARSEILLE, 31 janvier 2022, n°19MA02136, SAS Climatisation Chauffage Ibanez et M. A...

« La SAS Climatisation Chauffage Ibanez et M. A... soutiennent que la commune d'Eyne a commis une faute de nature à exonérer les constructeurs d'une partie de leur responsabilité décennale. Elles font valoir que la commune d'Eyne, en sa qualité de maître de l'ouvrage, a omis de commander une étude géologique et qu'elle a sous-évalué le coût des travaux. Il résulte de l'instruction, en particulier des conclusions de l'expertise, qu'une étude géologique était requise pour définir les solutions techniques adaptées pour l'installation, notamment au regard des écoulements et de l'enfouissement de canalisations. Toutefois, **étant donné la taille de la commune, qui compte moins de deux cents habitants, l'absence de compétence technique** de ses services pour une telle installation et les obligations de conseil du maître d'œuvre sur ce point, l'absence d'étude géologique ne peut en l'espèce être regardée comme une faute imputable au maître de l'ouvrage ».

CAA Lyon, 19 Décembre 2019, n°18LY00943, Société France Collectivité Hygiène

« Il résulte de l'instruction que le lot n° 1 des accords-cadres, conclu sans minimum, ni maximum, vise à satisfaire les **besoins des membres du groupement de commandes en matière de " matériels et produits d'entretien courants "**, dont la nature est précisée par la classification CPV (vocabulaire commun pour les marchés publics de l'Union européenne) mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de la consultation et par le bordereau des prix unitaires (BPU) qui fournit une liste précise de ces matériels et produits, classés par famille de produits, et précise la quantité estimative annuelle de ces produits les plus couramment commandés par les établissements, membres du groupement. Il résulte des mentions portées au BPU, invitant les candidats à préciser par famille de produits le taux de remise consenti sur les produits non listés, que des commandes de produits hors BPU étaient à envisager. La société FCH disposait, comme les autres candidats, des informations indicatives comprises dans le règlement de la consultation portant sur le montant des commandes des trois dernières années pour chacun des membres du groupement de commandes, incluant nécessairement le montant des commandes de produits non listés dans le BPU. **L'ensemble de ces éléments étaient suffisants pour permettre aux candidats de présenter leur offre. Par suite, la société FCH n'est pas fondée à soutenir que les membres du groupement de commandes n'auraient pas suffisamment défini leurs besoins ».**

CAA Lyon, 28 Novembre 2019, n°17LY03290, Société Ellipse

« L'article 7.2 du règlement de la consultation informait les candidats des critères retenus pour l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse ainsi que de leur pondération. En outre, si la société Ellipse soutient que le centre hospitalier n'avait pas précisé ses attentes s'agissant du critère de la valeur technique, pondéré à 35 %, et de celui de l'assistance technique, pondéré à 15 %, **le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) définissait clairement la nature et l'étendue des besoins du centre hospitalier** et, en particulier, l'organisation et les fonctionnalités souhaitées pour son site Intranet, les spécifications techniques, ainsi que les modalités de mise en œuvre imposant au prestataire une assistance au paramétrage de la solution Intranet proposée et la

mise en place de tous les éléments nécessaires à son fonctionnement, la formation des personnes ressources du centre hospitalier ainsi que la maintenance corrective et évolutive ».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

« Qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions (des articles 5, 36 et 68 du code des marchés publics) que si les prescriptions du programme fonctionnel détaillé peuvent être modifiées après la remise des offres, ces modifications ne peuvent porter sur la nature et l'étendue des besoins de la personne publique, lesquelles peuvent seulement faire l'objet des précisions nécessaires pour répondre aux éléments d'information complémentaires apparus au cours de la procédure et à la

condition que ces précisions soient portées en temps utile à la connaissance de tous les candidats ayant fait une offre pour leur permettre de l'adapter ».

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

« L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Avec précision

CE, 27 Septembre 2024, n° 490697, Sté ETPO

« Contrairement à ce qu'allègue la société ETPO, **il ne résulte pas de l'instruction, notamment pas des modifications apportées par la région Guadeloupe aux documents de la consultation, notamment quant au délai maximal d'exécution des travaux du lot n° 2, qu'elle n'aurait pas déterminé avec suffisamment de précision la nature et l'étendue des besoins à satisfaire en méconnaissance des dispositions citées au point précédent.** »

CAA Marseille, 25 oct. 2021, n° 19MA02455, Sté W4W

« Il résulte de la lecture du jugement querellé que le tribunal n'a pas statué sur le moyen invoqué par la société W4W tiré de la faute, selon elle commise par la région PACA, **pour ne pas avoir, préalablement au lancement de la procédure d'appel d'offres, correctement évalué ses besoins.** Dès lors, **la société W4W est fondée à demander l'annulation du jugement pour avoir omis de statuer sur ce chef de responsabilité** après avoir omis de se prononcer sur ce moyen. Par suite, il y a lieu de prononcer l'annulation du jugement n° 1610020 du 2 avril 2019 rendu par le tribunal administratif de Marseille. »

CE, 26 Février 2020, n°436428, Commune de Saint-Julien-en-Genevois

« Pour annuler la procédure de passation de la concession en litige, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Grenoble a relevé que le règlement de la consultation mentionnait la possibilité de commander des prestations supplémentaires, évaluées au titre du critère de jugement des offres n° 8, **mais qu'en l'absence de limite quantitative pour ces prestations,** la commune avait insuffisamment défini l'étendue des besoins et s'était ainsi réservé une **marge de choix discrétionnaire ne garantissant pas l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure** ».

CE, 18 décembre 2012, n°363208, UGAP

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

CE, 12 mars 2012, n° 354355, Dynacité

« Considérant, en troisième lieu, que DYNACITE et la SOCIETE DALKIA FRANCE soutiennent que le juge des référés a commis une erreur de droit en relevant une inégale information des candidats alors qu'ils avaient une égale connaissance des consommations énergétiques cibles définies par le règlement de consultation ; que toutefois, **le juge des référés a, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, estimé que les candidats avaient élaboré leurs offres compte tenu des consommations énergétiques présentées à tort comme réelles par le règlement de la consultation,** alors qu'elles ne correspondaient pas aux consommations effectives ; que, par suite, le juge des référés n'a ni méconnu les dispositions de l'article 5 du code des marchés publics relatif à la détermination de leurs besoins par les pouvoirs adjudicateurs, ni commis une erreur de droit en

relevant, par une ordonnance suffisamment motivée, un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence».

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

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

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

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

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

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la **REGION DE LA REUNION a décidé,** dans le cadre de ses compétences et **après avoir défini ses propres besoins, de faire réaliser des prestations de formation** afin de contribuer à la mise en œuvre du plan régional de formation professionnelle des jeunes qu'elle avait arrêté »

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

« Par une appréciation souveraine qui n'est pas entachée de dénaturation, que **le tonnage de 3 600 tonnes par an fixé dans le cahier des clauses techniques particulières ne correspondait pas à la quantité d'ordures ménagères collectées au cours des années précédentes qui ne dépassait pas 2 800 tonnes** et que les articles 5-3 et 7 du même cahier des clauses techniques particulières imposaient aux candidats l'option de collecte de nuit et le déchargement des bennes à ordures à une société exploitée par la société Coved, le président du tribunal administratif a pu légalement déduire que cette double circonstance était de nature à créer une situation de concurrence inégale en faveur de la société Coved, bénéficiaire du marché de collecte précédent et concessionnaire de l'usine de traitement, constitutive d'un manquement aux obligations de mise en concurrence au sens des dispositions précitées de l'article L. 22 précité ».

CE, 14 mars 1997, n° 170319, Préfet des Pyrénées-Orientales

« Il ne ressort pas des pièces du dossier que, dans les circonstances de l'espèce, le département, n'avait pas procédé initialement à une **évaluation sincère et raisonnable du montant du marché** ; que, par suite, il n'était pas tenu de publier l'avis d'appel public à la concurrence au Bulletin officiel des annonces de marché public ».

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

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

CE, 8 mars 1996, n° 165075, Cne de Petit-Bourg

« Considérant, d'une part, qu'en se fondant sur des plans utilisés lors de la réalisation antérieure de lotissements voisins et **en s'abstenant de procéder avant tout appel à la concurrence à un relevé topographique exact du terrain et aux études de sol nécessaires, la commune ne s'est pas mise en mesure de déterminer exactement la consistance des travaux objet de marché** ; que les travaux supplémentaires, objet de l'avenant litigieux, dont la nécessité n'a été révélée que par un relevé topographique et par des sondages postérieurs à la conclusion du marché, ne présentent pas le caractère de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties ; »

CE, 18 nov. 1988, n°76131, Min. de l'Intérieur c/ SARL Les Voyages Brounais

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que **si les prestations soumises à l'appel d'offres n'avaient pas manifestement excédé les besoins du service de transports scolaires en cause, la société à responsabilité limitée "Les Voyages Brounais", seul soumissionnaire pour la totalité du service et dont il n'est pas allégué qu'elle n'ait pas présenté toutes les garanties professionnelles et financières exigées pour la réalisation de l'opération soumise à l'appel d'offres, aurait eu de très sérieuses chances d'obtenir l'attribution de ce service**, eu égard aux dispositions applicables en l'espèce du décret du 4 mai 1973, alors qu'à la faveur de son éviction, la commune de Bouguenais a pu continuer à en assurer l'exploitation selon des modalités identiques à celles qu'avait proposées cette société, mais à un prix largement supérieur ; que, par suite, le MINISTRE DE L'INTERIEUR n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nantes a estimé que la société à responsabilité limitée "Les Voyages Brounais" avait subi un préjudice de nature à lui ouvrir droit à indemnisation ; »

Le développement durable**CE, 16 mai 2022, n° 445265, Féd. nationale de vente et services automatiques**

« 3. En premier lieu, si le Premier ministre ne saurait exercer le pouvoir réglementaire qu'il tient de l'article 21 de la Constitution sans respecter les règles de forme ou de procédure applicables à cet exercice, il lui est toujours loisible, sur le fondement des dispositions de l'article 21 de la Constitution en vertu desquelles il dirige l'action du gouvernement, d'adresser aux membres du Gouvernement et aux administrations des instructions par voie de circulaire, leur prescrivant d'agir dans un sens déterminé ou d'adopter telle interprétation des lois et règlements en vigueur. Il ressort de ses termes mêmes que, par la circulaire en cause, adressée aux ministres et secrétaires d'Etat et aux préfets de région, le **Premier ministre s'est borné à leur prescrire un certain nombre d'actions visant à améliorer le respect de l'environnement par les administrations de l'Etat, notamment en évitant de recourir à des produits en plastique à usage unique**. Par suite, la fédération requérante n'est pas fondée à soutenir que l'acte qu'elle attaque aurait été pris par une autorité incompétente.

4. En deuxième lieu, **la fixation par les dispositions de l'article L. 541-15-10 du code de l'environnement d'une date à partir de laquelle il sera interdit à l'Etat d'acquérir des produits en plastique à usage unique ne fait pas obstacle à ce que le Premier ministre demande aux ministres et secrétaires d'Etat ainsi qu'aux préfets de région d'anticiper la mise en œuvre effective de cette mesure d'interdiction**, notamment afin de favoriser le respect de l'environnement dans l'achat public conformément à l'objectif que le législateur a fixé à l'Etat par l'article 48 de la loi du 3 août 2009. La fédération requérante n'est dès lors pas fondée à soutenir que la mesure qu'elle conteste méconnaît les dispositions de l'article L. 541-15-10 du code de l'environnement. »

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

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

CE, 31 mars 2010, n° 333970, Synd. Mixte région Auray-Belz-Quiberon

« Considérant, en quatrième lieu, qu'aux termes de l'article 5 du code des marchés publics, dans sa version applicable à l'espèce : I. - **La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées** avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence **en prenant en compte des objectifs de développement durable**. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins. II. - Le pouvoir adjudicateur détermine le niveau auquel les besoins sont évalués. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code. ; qu'aux termes de l'article 50 du même code : I. - Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes. Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises. ; que, contrairement à ce que soutient la société Geode Environnement, **il ne résulte pas de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur soit tenu d'autoriser les candidats à présenter des variantes dans le but de prendre en compte les objectifs de développement durable** ; que ce moyen doit être écarté ; »

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

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

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

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

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

Le principe d'égalité de traitement ne s'oppose pas à la prise en considération de critères liés à la protection de l'environnement, tels que ceux en cause au principal, du seul fait que la propre entreprise de transports de l'entité adjudicatrice figure parmi les rares entreprises ayant la possibilité de proposer un matériel qui satisfasse auxdits critères ».

Article R2111-1

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

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

Article R2111-2

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

CA Bordeaux, 28 Janvier 2020, n°18/03381, Société Colas Sud-Ouest

« La requête est justifiée, étant fondée sur une plainte du maître de l'ouvrage Bordeaux Métropole et par les pièces annexées et strictement proportionnée aux nécessités de l'objectif poursuivi, en l'espèce la vérification de la **loyauté des comportements des soumissionnaires** et la recherche d'éventuels **comportements collusifs visant à fausser la concurrence** dans le marché et le secteur de travaux de canalisation ».

CJUE, 12 mars 2015, aff. C-538/13, Sté eVigilo Ltd c/ Dpt général d'incendie et de secours auprès du ministère de l'Intérieur de Lituanie

« Ainsi, si le soumissionnaire évincé présente des éléments objectifs mettant en doute l'**impartialité d'un expert** du pouvoir adjudicateur, **il incombe à ce pouvoir adjudicateur** d'examiner toutes les circonstances pertinentes ayant conduit à l'adoption de la décision relative à l'attribution du marché afin de prévenir, **de détecter les conflits d'intérêts et d'y remédier**, y compris, le cas échéant, en demandant aux parties de fournir certaines informations et éléments de preuve. »

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

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

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

Section 1 - Formalisation du besoin par des spécifications techniques

Article L2111-2

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

CA Douai, 9 Juillet 2020, n°18/06979, SELARL Biopath Laboratoires

« En effet, par des moyens pertinents que la cour fait siens, le premier juge a justement relevé que la CPAM avait motivé son choix, dans le courrier du 14 février 2014, non en raison du seul critère financier du moins offrant, comme le mentionne la société Biopath laboratoires, mais **en raison de critères économiques mais également techniques**, la CPAM jugeant l'offre en « totale conformité avec les documents de consultations tant sur les aspects techniques que financier » et « considérée comme

techniquement meilleure » avec « une garantie bien supérieure » à la sienne ».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

« Si le ministre de la défense soutient que la modification apportée aux prescriptions techniques du marché en cours de procédure avait pour seul objet de dissiper une ambiguïté relative aux prescriptions techniques du marché litigieux et que l'offre de la société attributaire était, en tout état de cause, conforme au cahier des clauses techniques particulières dans ses différentes versions, c'est par une appréciation souveraine exempte de dénégation, compte tenu des pièces du dossier dont il était saisi et du déroulement de la procédure telle qu'elle lui apparaissait au vu de ces pièces, que le juge des

référé du tribunal administratif de Toulouse a relevé que la suppression de l'exigence de " qualification " des matériels objets du marché devait être regardée, dans les circonstances de l'espèce, comme ayant eu pour seul but de permettre à l'offre des sociétés Airborne de satisfaire aux exigences du cahier des clauses techniques particulières du marché ; qu'il n'a en outre, ce faisant, commis aucune erreur de droit »

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

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société SMC2 détenait, à l'époque de la rédaction du CCTP, un brevet relatif au réglage du système de mise en tension des membranes de couverture de bâtiments ; que les prescriptions des articles 4.2 et 4.3 du CCTP, rappelées au paragraphe ci-dessus, correspondent à la technique faisant l'objet du brevet précité et dont seule la société SMC2 était détentrice ; qu'en effet, ainsi que le relève le consultant dans son avis technique déposé le 7 novembre 2013, ces prescriptions techniques, en particulier l'article 4.3 du CCTP, excluaient tout système de fixation des toiles par cordes, drisses, sandows ou tout système assimilé, lequel nécessite une maintenance et revêt un caractère visible quand bien même fut-il discret et ne pouvaient pas être satisfaites sans recourir à la technique par profilés métalliques dont le brevet appartenait à la société SMC2 ; que si la société SMC2 soutient, contrairement à cet avis, ne pas avoir été la seule à maîtriser la technique de la couverture textile par profilés métalliques et à pouvoir présenter une offre compatible avec les prescriptions du CCTP, et si elle produit à l'appui de ses allégations des photographies d'ouvrages réalisés par divers concurrents, elle n'apporte toutefois aucun élément permettant d'apprécier les similitudes techniques des dispositifs utilisés par ses concurrents à l'époque de la rédaction du CCTP, en particulier en ce qui concerne leur aptitude à permettre le réglage des toiles ; que, dès lors et sans qu'il soit besoin de recourir à une mesure d'expertise, elle n'est pas fondée à soutenir que les conclusions de l'avis technique devraient être écartées ; qu'il résulte d'ailleurs du tableau de réception des offres remis par la commune de Bondy que seule la société SMC2 a déposé un dossier de candidature ; que, dans ces conditions, la spécification technique relative aux profilés métalliques a eu pour effet de restreindre la concurrence ; que la commune de Bondy ne démontre pas que ses besoins n'auraient pas pu être satisfaits par des prescriptions moins restrictives eu égard à l'objet du marché concerné ; que, par suite, les restrictions apportées à la concurrence, qui ont eu pour effet de favoriser la société SMC2 et d'éliminer les autres opérateurs, ont porté atteinte au principe d'égalité entre les candidats ».

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

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

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

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

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

du marché ». Il y a dès lors lieu d'admettre que les pouvoirs adjudicateurs sont également autorisés à choisir des critères d'attribution fondés sur des considérations d'ordre social, lesquelles peuvent concerner les utilisateurs ou les bénéficiaires des travaux, des fournitures ou des services faisant l'objet du marché, mais également d'autres personnes ».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

« La condition de l'emploi de chômeurs de longue durée est compatible avec la directive si elle n'a pas d'incidence discriminatoire directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres États

membres de la Communauté. Une telle condition particulière supplémentaire doit être obligatoirement mentionnée dans l'avis de marché ».

Sous-section 1 - Contenu des spécifications techniques

Article R2111-4

Les spécifications techniques définissent les caractéristiques requises des travaux, des fournitures ou des services qui font l'objet du marché.

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

CE, 10 Juillet 2020, n°430864, Société Comptoir Négoce Equipements

« Pour l'application de ces dispositions, il y a lieu d'examiner si la spécification technique a ou non **pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits**, puis, dans l'hypothèse seulement d'une telle atteinte à la concurrence, si cette spécification est **justifiée par l'objet du marché** ou, si tel n'est pas le cas, **si une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle** ».

Article R2111-5

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

Droits de propriété intellectuelle

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

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

Article R2111-6

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

Sous-section 2 - Formulation des spécifications techniques

Article R2111-7

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

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

Spécifications techniques

CE, 17 octobre 2023, n° 465913, Commune de Viry-Châtillon

« Par l'arrêt attaqué, la cour administrative d'appel a retenu, au terme d'une appréciation souveraine exempte de dénaturation, que la société Maugin avait fourni des menuiseries présentant **des spécifications techniques déterminées conformément au cahier des clauses techniques particulières** et fabriquées spécialement pour les besoins du marché et qu'elle était intervenue sur le chantier pour participer à leur pose ».

CE, 18 Décembre 2019, n°431696, Société Sunrock

« Il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel qu'aux termes de l'article 4.1.1 II du cahier des clauses techniques particulières, les pistolets à fournir devaient être conformes aux " 28 spécifications techniques principales ". En jugeant que **certaines des caractéristiques techniques qui devaient ainsi être respectées, comme " l'absence de pédale de sûreté à l'arrière de la poignée "**, avaient pour effet d'exclure irrégulièrement a priori certains opérateurs, dont la société Sunrock, alors qu'elles n'étaient pas justifiées par l'objet du marché, le juge du référé précontractuel a porté sur les faits qui lui étaient soumis une appréciation souveraine exempte de dénaturation, par une ordonnance suffisamment motivée sur ce point, **sans qu'ait d'incidence à cet égard la circonstance qu'il ait qualifié ces caractéristiques techniques de modes ou procédés de fabrication au sens de l'article 6 du décret du 25 mars 2016** ».

CAA Nantes, 29 Novembre 2019, n°18NT00681, Société Lucas Laval

« Ces travaux s'analysent comme des **travaux supplémentaires dès lors qu'il ne résulte pas de l'instruction, en particulier du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) du lot " revêtements de sols et murs souples "**, qu'une telle spécification tenant à l'hermétisme des blocs opératoires au droit des portes, nécessaire à leur stérilisation, ait été prescrite préalablement à l'entreprise attributaire, et que les défauts de planéité auxquels il s'est agi de remédier provenaient d'une mauvaise exécution du lot gros œuvre et non d'une défaillance de la société Lucas Laval dans l'exécution de son propre lot ».

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

« Il doit être déduit des constatations qui précèdent que la référence fermée à des marques dans les documents de la consultation des lots en litige a eu pour effet, au sens de l'article 6 du code des marchés publics, de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou produits, et ce, indépendamment même de la circonstance, à la supposer avérée, qu'à la date de conclusion des marchés ultérieurement résiliés, la société Comptoir Négoce Equipements et les fabricants mentionnés dans les documents de la consultation aient pu ne pas être liés par des contrats d'exclusivité. Il ne résulte enfin pas de l'instruction et il n'est pas davantage allégué que la référence à des marques ou aux produits de fabricants dans les lots en litige était justifiée par l'objet des marchés ni qu'une description suffisamment précise et intelligible de cet objet n'était pas possible sans elle. Dans ces conditions, la communauté urbaine du Grand Reims a pu légalement estimer qu'en raison du risque d'illégalité affectant la conclusion de ces marchés au regard des dispositions du IV de l'article 6 du code des marchés publics, leur résiliation pouvait être prononcée pour motif d'intérêt général sur le fondement des stipulations précitées l'article 29 du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services ».

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

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

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

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

Ou équivalent

CJUE, 27 octobre 2022, Iveco Orecchia SpA / APAM Esercizio SpA (C-68/21), Brescia Trasporti SpA (C-84/21)

« Les articles 60 et 62 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE,

doivent être interprétés en ce sens que :

eu égard à la définition du terme « constructeur », figurant à l'article 3, point 27, de la directive 2007/46, ils s'opposent à ce qu'un pouvoir adjudicateur puisse accepter, dans le cadre d'un appel d'offres visant la fourniture de pièces de rechange pour des autobus destinés au service public, comme preuve de l'équivalence de composants, relevant des actes réglementaires visés à l'annexe IV de la directive 2007/46 et proposés par le soumissionnaire, une déclaration d'équivalence émanant de ce soumissionnaire lorsque celui-ci ne peut pas être considéré comme étant le constructeur de ces composants ».

CE, 10 Juillet 2020, n°430864, Société Comptoir Négoce Equipement

« Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Nancy a souverainement jugé, sans dénaturer les pièces du dossier qui lui était soumis, au vu notamment d'autres marchés dans lesquels **les documents de la consultation comportaient la mention " ou équivalent " au titre des spécifications techniques, que l'omission de cette mention dans le marché en litige avait eu pour effet de favoriser la candidature de la société Comptoir Négoce Equipements**. Toutefois, la cour a commis une erreur de droit en en déduisant que cette irrégularité justifiait la résiliation du contrat en litige par la communauté d'agglomération du Grand Reims par application des stipulations contractuelles citées au point 4, sans rechercher si cette irrégularité pouvait être invoquée par la personne publique au regard de l'exigence de loyauté des relations contractuelles et si elle était d'une gravité telle que, s'il avait été saisi, le juge du contrat aurait pu prononcer l'annulation ou la résiliation du marché en litige, et, dans l'affirmative, sans définir le montant de l'indemnité due à la société requérante conformément aux règles définies au point 3 ».

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

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

Marque

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

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

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

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

CE, 11 sept. 2006, n° 257545, Cne de Saran

« Considérant que si, comme le soutient la COMMUNE DE SARAN, l'article 1.2 du cahier des clauses techniques particulières définit les tailles des différents pavés devant être fournis par référence aux pavés de type Quartzo ou similaire, il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que l'article 2.2 du même cahier exige comme caractéristiques mécaniques et physiques des produits celles annoncées par le fabricant des pavés Quartzo, qui sont pour certaines d'entre elles supérieures à la norme NF et exprimées dans une norme étrangère, et renvoie à une annexe dont il n'est pas contesté qu'elle est la copie d'une page du catalogue des produits Quartzo dont la commune a fait disparaître le nom ; **que dès lors que ces spécifications propres à une marque de pavés ne sont pas justifiées par l'objet du contrat, la cour n'a commis aucune erreur de droit en jugeant que la commune, en reprenant au titre des exigences posées par le règlement de la consultation les normes et caractéristiques de cette marque, a porté atteinte au principe d'égalité entre les candidats ».**

Article R2111-8

L'acheteur formule les spécifications techniques :

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

Article R2111-9

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

- 1° Les normes nationales transposant des normes européennes ;
 - 2° Les évaluations techniques européennes ;
 - 3° Les spécifications techniques communes ;
 - 4° Les normes internationales ;
 - 5° Les autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation ou, en leur absence, les normes nationales, les agréments techniques nationaux ou les spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et d'utilisation des fournitures.
- La définition des normes ou autres documents mentionnés au présent article figure dans un avis annexé au présent code.

Article R2111-10

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

CJUE, 25 oct. 2018, aff. C-413/17, Roche Lietuva UAB

« Les articles 18 et 42 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doivent être interprétés en ce sens qu'ils n'imposent pas au pouvoir adjudicateur, dans l'établissement des spécifications techniques d'un appel d'offres portant sur l'acquisition de fournitures médicales, de faire prévaloir, par principe, soit l'importance des caractéristiques individuelles des appareils médicaux, soit l'importance du résultat du fonctionnement de ces appareils, mais **exigent que les spécifications techniques, dans leur ensemble, respectent les principes d'égalité de traitement et de**

proportionnalité. Il appartient à la juridiction de renvoi d'évaluer si, dans le litige dont elle est saisie, les spécifications techniques en cause répondent à ces exigences ».

Article R2111-11

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

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

Section 3 - Utilisation de labels

Article R2111-12

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

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

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

Article R2111-13

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

Article R2111-14

Le label utilisé doit présenter les caractéristiques suivantes :

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

Article R2111-15

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

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

consultation les seules caractéristiques qu'il exige.

CAA Lyon, 1 Février 2024, n° 22LY01219, Soc Moresk

« Enfin, la société Moresk, dont l'offre n'a pu être examinée en raison du rejet de sa candidature, ne peut utilement se prévaloir de la méconnaissance par le pouvoir adjudicateur des articles R. 2111-15, R. 2111-16 et R. 2111-17 du code de la commande publique qui règlementent l'exigibilité des labels appliqués aux matériaux, fournitures ou procédés proposés pour les prestations à livrer et qui ne peuvent entrer en ligne de compte que pour apprécier la valeur des offres des seuls soumissionnaires dont la candidature a été déclarée recevable. Il suit de là que le moyen tiré de la méconnaissance de ces dispositions doit être écarté comme inopérant ».

Article R2111-16

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

CAA Marseille, 28 Septembre 2010, n°08MA01775

« Compte tenu des masses financières en jeu reposant sur les quantités de matériaux livrés, la référence au label AQP est justifiée par l'objet du marché ; que le cahier des clauses techniques particulières comportait dans son article III-3 la mention obligatoire reconnaissant la possibilité de proposer une référence équivalente ; que cependant, la SOCIETE SIORAT soutient que la référence à ce label AQP a constitué un frein au libre jeu de la concurrence particulièrement pénalisant pour les petites et moyennes entreprises du secteur en faisant valoir que ce label n'est pas une spécification objective et qu'elle ne pouvait pas proposer un système équivalent ; que l'état du dossier ne permet pas à la Cour de statuer en toute connaissance de cause sur ce moyen ».

Article R2111-17

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

Section 2 - Schéma de promotion des achats responsables

Article L2111-3

l'article R. 2111-15, il peut prouver par tout moyen que les caractéristiques exigées par l'acheteur sont remplies.

Section 2 - Schéma de promotion des achats responsables

Article L2111-3

Les acheteurs qui sont soumis au présent code et dont le montant total annuel des achats est supérieur à un montant fixé par voie réglementaire adoptent un schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables.

Ce schéma détermine les objectifs de politique d'achat de biens et de services 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 visant notamment à réduire les émissions de gaz à effet de serre et la consommation d'énergie, d'eau et de matériaux ainsi que les modalités de mise en œuvre et de suivi annuel de ces objectifs. Ce schéma contribue également à la promotion de la durabilité des produits, de la sobriété numérique et d'une économie circulaire. Il est rendu public notamment par une mise en ligne sur le site internet, lorsqu'il existe, des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices mentionnés au premier alinéa.

Ce schéma comporte des indicateurs précis, exprimés en nombre de contrats ou en valeur et publiés tous les deux ans, sur les taux réels d'achats publics relevant des catégories de l'achat socialement et écologiquement responsable parmi les achats publics réalisés par la collectivité ou l'acheteur concerné. Il précise les objectifs cibles à atteindre pour chacune de ces catégories, notamment ceux relatifs aux achats réalisés auprès des entreprises solidaires d'utilité sociale agréées au sens de l'article L. 3332-17-1 du code du travail, d'une part, ou auprès des entreprises employant des personnes défavorisées ou appartenant à des groupes vulnérables, d'autre part.

Les éléments mentionnés au deuxième alinéa du présent article peuvent être mis en commun par plusieurs acheteurs, y compris par des acheteurs dont le montant total annuel d'achats est inférieur au montant fixé par voie réglementaire en application du premier alinéa, dans un schéma élaboré conjointement. Dans ce cas, les indicateurs mentionnés au troisième alinéa sont établis pour chaque acheteur public.

Article D2111-3

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

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

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

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

Chapitre II - Contenu du marché

Section 1 - Règles générales

Article L2112-1

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

Article R2112-1

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

CAA Nancy, 14 mai 2024, n°22NC02472, SAS Ambulances et taxis des quatre villages

« Il résulte de l'instruction que, pour la période au titre de laquelle une indemnisation est sollicitée, courant à compter du 20 août 2018, les parties n'étaient plus liées par aucun contrat écrit, la convention conclue pour la période du 1er juillet 2008 au 30 juin 2009, renouvelable pour deux périodes d'un an par expresse reconduction, étant arrivée à son terme et aucun nouveau contrat n'ayant été conclu par écrit. **Les seules circonstances que la société requérante a continué à réaliser les prestations et que le centre hospitalier a, s'agissant des transports réalisés, effectué un paiement, ne sauraient suffire à établir que les parties avaient entendu placer leur relation dans un cadre contractuel, d'autant plus qu'un désaccord est né sur un élément essentiel, le coût de la prestation, puisque la tarification mentionnée par la société requérante dans sa lettre du 21 août 2018 a été expressément refusée par le centre hospitalier par un courrier du 6 décembre 2019. Dans ces conditions, il n'existait aucun contrat liant la société Ambulances et taxis des quatre villages au centre hospitalier Louis Jaillon pour la période au titre de laquelle la requérante sollicite une indemnisation. Ses conclusions présentées sur un fondement contractuel ne peuvent, par suite, qu'être rejetées ».**

Article L2112-2

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

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

Article L2112-2 (Version en vigueur à partir du 22 août 2026)

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

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

CE, 12 avril 2023, n°466740, Société Héli-Cojyp

« La « clause » litigieuse, imposant aux candidats à ce « marché » de n'avoir ni lien organique ni lien capitalistique avec une personne physique ou morale exerçant une activité d'exploitation du sol ou du sous-sol, n'est **ni manifestement dépourvue de lien avec l'«objet» du «marché» ni manifestement disproportionnée**.

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

TA Guyane, 29 juillet 2022, n°2200937, Société Héli-Cojyp

« Si l'exigence de confidentialité des opérations de surveillance et de contrôle menées par l'Office national des forêts répond à un objectif d'intérêt général en lien direct avec l'objet même du marché, il résulte de l'instruction que cette exigence pourrait être respectée par d'autres moyens que celui consistant à exclure purement et simplement de la consultation toute entreprise présentant " un lien organique ou capitalistique avec une personne physique et/ou morale exerçant une activité professionnelle, soit d'exploitation du sol ou du sous-sol, soit étroitement liée à ce secteur d'activité ", consistant par exemple en l'édition de clauses de confidentialité précises ou de chartes de confidentialité pour les pilotes des hélicoptères. L'exclusion prévue dans les documents contractuels litigieux, qui n'est, en tout état de cause, pas de nature à garantir, à elle-seule, la confidentialité des opérations de contrôle de l'Office national des forêts, excède donc significativement ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de l'établissement public dans l'exécution du marché public. Le principe de neutralité du service public ne permet pas davantage de justifier le choix de la clause litigieuse...

Il résulte de ces dispositions que si un pouvoir adjudicateur peut imposer, parmi les conditions d'exécution d'un marché public, des exigences particulières pour prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations, de telles exigences ne peuvent être édictées dans le respect des principes d'égalité des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique et de liberté d'accès à la commande publique qu'à la condition qu'elles présentent un lien suffisant avec l'objet du marché, qu'elles poursuivent un objectif d'intérêt général, soient propres à garantir la réalisation de celui-ci et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ».

CJUE, 8 juillet 2021, Aff. C 295/20, Sanresa UAB

« En deuxième lieu, l'article 70 de cette directive, intitulé « Conditions d'exécution du marché », dispose que les pouvoirs adjudicateurs peuvent **prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché** au sens de l'article 67, paragraphe 3, de ladite directive. Ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi. À cet égard,

il apparaît que l'obligation d'obtention du consentement des autorités compétentes des États d'expédition, de transit et de destination préalablement au transfert de déchets, prévue aux articles 3 à 6 du règlement no 1013/2006, relève de l'exécution du marché. Elle tend en effet à fixer les conditions particulières destinées à tenir compte de considérations environnementales et devant présider à l'exportation de déchets vers un autre État. **À ce titre, cette exigence ne peut utilement être opposée qu'aux seuls opérateurs économiques qui envisagent d'exporter des déchets vers un autre État.**

Cependant, **si un pouvoir adjudicateur doit, par principe, mentionner une condition d'exécution dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché, l'omission d'une telle mention ne saurait entacher la procédure de passation d'irrégularité lorsque la condition d'exécution du marché en cause découle clairement d'une réglementation de l'Union applicable à l'activité concernée par le marché et du choix d'un opérateur économique de ne pas exécuter le marché sur le territoire de l'État sur lequel se trouve le pouvoir adjudicateur ».**

CJUE, 20 mai 2021, C-6/20, Sotsiaalministeerium c/ Riigi Tugiteenuste Keskus

« Les articles 2 et 46 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale en vertu de laquelle le pouvoir adjudicateur doit exiger, dans un avis de marché et en tant que critère de sélection qualitative, que les soumissionnaires apportent la preuve, dès le dépôt de leur offre, qu'ils disposent d'un enregistrement ou d'un agrément requis par la réglementation applicable à l'activité faisant l'objet du marché public en cause et délivré par l'autorité compétente de l'État membre d'exécution de ce marché, alors même qu'ils possèdent déjà un enregistrement ou un agrément similaire dans l'État membre dans lequel ils sont établis ».

TPIUE, 10 février 2021, T-578/19, Sophia Group

« Les critères qualitatifs n^{os} 1 à 4 concernent les caractéristiques sociales et l'organisation du personnel assigné à l'exécution du marché. Par le biais de ces critères, le Parlement a indiqué souhaiter, dans le cadre de son large pouvoir d'appréciation quant aux éléments à prendre en considération en vue de la prise d'une décision de passer un marché sur appel d'offres, prendre en compte la responsabilité sociale et les sensibilités auxquelles les opérateurs économiques, le personnel impliqué dans l'exécution du marché ainsi que le pouvoir adjudicateur doivent faire face [...]

Il résulte néanmoins de la jurisprudence rappelée au point 93 ci-dessus qu'il n'est pas requis qu'un critère d'attribution porte sur une caractéristique intrinsèque d'un produit, c'est-à-dire un élément qui s'incorpore matériellement dans celui-ci. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs sont par exemple autorisés à choisir des critères d'attribution fondés sur des considérations d'ordre social, à condition que ces critères soient liés à l'objet du marché, qu'ils ne confèrent pas aux pouvoirs adjudicateurs une liberté inconditionnée de choix et qu'ils soient expressément mentionnés dans le cahier des charges ».

CAA, Lyon, 24 Septembre 2020, n° 18LY00510, Préfet de la région Auvergne-Rhône-Alpes

« Ces modifications aux CCAP des marchés de la région étaient ainsi motivées non par le souci de garantir la sécurité des personnes intervenant à quelque titre que ce soit sur les chantiers, mais par la volonté d'exclure le recours à des travailleurs détachés dans l'exécution des marchés de la région. **La délibération en litige, qui ne poursuivait pas un objectif d'intérêt général, était par suite et comme l'a jugé à juste titre le tribunal, entachée de détournement de pouvoir ».**

CE, 18 décembre 2019, n° 431696, Société Sunrock

« Il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel qu'aux termes de l'article 4.1.1 II du cahier des clauses techniques particulières, les pistolets à fournir devaient être conformes aux " 28 spécifications techniques principales ". **En jugeant que certaines des caractéristiques techniques qui devaient ainsi être respectées, comme " l'absence de pédale de sûreté à l'arrière de la poignée ", avaient pour effet d'exclure irrégulièrement a priori certains opérateurs, dont la société Sunrock, alors qu'elles n'étaient pas justifiées par l'objet du marché,** le juge du référé précontractuel a porté sur les faits qui lui étaient soumis une appréciation souveraine exempte de dénaturation, par une ordonnance suffisamment motivée sur ce point, sans qu'ait d'incidence à cet

égard la circonstance qu'il ait qualifié ces caractéristiques techniques de modes ou procédés de fabrication au sens de l'article 6 du décret du 25 mars 2016 ».

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

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

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

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

Article R2112-2

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

- 1° Les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés ;
- 2° Les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les stipulations de nature technique applicables à toutes les prestations d'une même nature.

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

Article R2112-3

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

CAA de VERSAILLES, 13 juillet 2022, n°19VE03724, Société JPV Bâtiment

« Si la société soutient que le CCAP est dépourvu de tout caractère contractuel dès lors qu'il n'est revêtu d'aucune signature, il résulte cependant de l'acte d'engagement signé par elle le 12 novembre 2014 qu'elle s'est engagée à exécuter les travaux " après avoir pris connaissance du cahier des clauses administratives particulières ". En outre, l'annexe n° 2 à l'acte d'engagement stipule que le titulaire du marché " déclare avoir pris connaissance " du CCAP. La société JPV Bâtiment n'est donc pas fondée à soutenir que le CCAP serait dépourvu de valeur contractuelle ».

TA Marseille, ord. 25 octobre 2022, n°2208226, Sté Fauché Energie

« Il résulte toutefois de l'instruction que l'annexe 4 au règlement de la consultation présentait un **questionnaire sur les aspects qualité, santé, sécurité et environnement** destiné à apprécier plus précisément la mise en œuvre concrète et effective des règles et principes figurant dans les documents contractuels cités dans le cadre de l'exécution du chantier. **Il ne résulte pas de l'instruction que les questions du CEA relatives notamment au traitement des déchets, à la fréquence et à la gravité des accidents du travail ou à la mise en œuvre de la mixité homme/femme seraient dépourvus de tout lien avec l'objet ou l'exécution du marché notamment en matière de management et de sécurité de ses personnels sur site, celles-ci permettant une appréciation plus fine des méthodologies et actions en ces domaines de la candidate qui aura à les décliner sur un chantier se déroulant sur un site nucléaire** soumis à des réglementations de sécurité rigoureuses. Ainsi, il ressort de l'extrait du rapport d'analyse des offres que le CEA a procédé méthodiquement au rapprochement des réponses qui lui ont été fournies avec les documents contractuels ou les obligations légales des employeurs et apprécier les modalités concrètes de mise en œuvre dans le cadre de l'exécution du marché. Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance des principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats au motif que les pièces demandées ne visaient qu'à apprécier la politique générale de l'entreprise doit être écarté ».

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

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

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

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

Article L2112-3

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

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

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

Article L2112-4

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

Section 2 - Durée

Article L2112-5

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

La durée d'un marché

CAA Marseille, 13 novembre 2023, n° 22MA00485, Régie des Transports Métropolitains

« Pour justifier de la durée particulièrement longue de douze années du marché de service en litige et qui a pour effet de retarder, ainsi que l'ont relevé les premiers juges, la mise en concurrence périodique des opérateurs économiques, la RTM se prévaut de la liberté contractuelle notamment s'agissant de la fixation de la durée des marchés publics et fait valoir qu'en l'espèce, cette durée était justifiée par la nécessité de prendre en compte la période restante d'amortissement des trois navires que son cocontractant avait l'obligation d'acquérir. Toutefois, des telles considérations sont inopérantes, l'appelante ne pouvant se prévaloir des règles qui régissent les biens dits de retour qui reviennent à la collectivité publique à l'issue d'une délégation de service public, dès lors qu'elle a conclu un marché public et non une délégation de service public et qu'en conséquence, les trois navires n'ont pas vocation à devenir sa propriété à l'issue de ce marché mais restent propriété de son contractant. Au demeurant, ainsi que l'ont retenu les premiers juges, si les stipulations du marché en cause prévoyaient l'achat, par l'opérateur économique retenu, de ces trois navires, ceux-ci pouvaient continuer à être amortis, après le terme du contrat antérieur, dans le cadre d'une activité de prestation de services ultérieure, ou faire l'objet d'une revente pour compenser l'impossibilité d'amortir totalement les véhicules dans le cadre de la durée du contrat antérieur initialement prévu. Si la Régie a entendu se prévaloir de la possibilité de prendre en compte la nature des prestations du marché pour en déterminer la durée, l'obligation de rachat de trois navires ne peut être regardée comme étant en lien avec la nature même de la prestation en cause, qui consiste en la desserte maritime entre le Vieux Port et l'Archipel du Frioul, mais seulement en lien avec les modalités contractuelles telles qu'elle les a choisies, étrangères aux caractéristiques propres aux marchés publics.

Au surplus, la durée de douze années choisie par la Régie des Transports Métropolitains conduit à ce que le terme du marché fixé à 2031 excède le terme de la délégation de service public dont elle est titulaire, même prolongée jusqu'à 2025, et donc la durée résiduelle de la délégation de service public en cause.

Dans ces conditions, le préfet des Bouches-du-Rhône est fondé à soutenir que la fixation de la durée du marché à douze années méconnaît les dispositions précitées de l'article 16 du décret du 25 mars

2016. Il en résulte que la Régie des Transports Métropolitains n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Marseille a prononcé la résiliation du marché qu'elle avait conclu avec le GIE Transrades ».

CE, 31 octobre 2023, n° 470264, Société Ogoxi-Ogoxe

« Il résulte des dispositions citées au point précédent que, dans le cadre d'une procédure adaptée, l'acheteur fixe les délais de réception des candidatures et des offres, y compris le cas échéant après négociation, en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur offre, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats[...]

En jugeant qu'il y avait lieu de se placer au jour de l'envoi aux candidats du pli recommandé avec avis de réception, contenant l'information du délai de remise des offres modifiées fixé par l'acheteur, pour apprécier le caractère suffisant de ce délai, alors que ce caractère doit s'apprécier en prenant en compte la date de notification de ce pli résultant de l'application des principes rappelés au point 4, la cour administrative d'appel de Toulouse a commis une erreur de droit. ».

CAA de BORDEAUX, 05 mai 2022, 19BX04960, M. B... E... et la CIREST

« Aux termes de l'article 16 du décret du 25 mars 2016, alors applicable : " (...) la durée d'un marché public est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique ".

Il résulte de l'instruction et des écritures mêmes du SYDNE que la durée de 15 ans du marché de prestations de service en cause a été fixée en tenant compte, non des prestations prévues par le marché, mais des investissements réalisés par la société Inovest, ce qui revient, comme l'ont relevé les premiers juges, à faire supporter au SYDNE l'amortissement des ouvrages réalisés par l'opérateur privé, lesquelles ne sont pas des biens de retour. Par suite, le marché méconnaît les dispositions de l'article 16 du décret du 25 mars 2016 ».

CE, 10 octobre 2018, n° 419406, CIREST

« Considérant, en second lieu qu'aux termes du I de l'article 16 du décret du 25 mars 2016 : " Sous réserve des dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée et du présent décret relatives à la durée maximale de certains marchés publics, la durée d'un marché public est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique ; qu'eu égard à la circonstance que le contrat litigieux est un **marché de services**, au terme duquel le **centre de tri qui doit être réalisé par la société Inovest n'est pas destiné à faire retour à la collectivité**, le moyen tiré de ce que sa durée, **fixée à quinze ans**, méconnaît ces dispositions, est également de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur la validité du marché et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation ».

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

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

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

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

Article R2112-4

Un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte sa

durée totale.

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

CE, 12 juillet 2023, n° 469319, Grand port maritime de Marseille

« Il résulte de l'article L. 113-12 du code des assurances que l'assureur a la faculté de résilier unilatéralement le contrat à l'expiration d'un délai d'un an suivant sa conclusion, avec un préavis d'au moins deux mois. Le contrat peut prévoir une durée de préavis plus longue lorsque l'assuré est une personne morale. ...1) Ces dispositions sont applicables aux marchés publics d'assurance. ...2) Il résulte toutefois des principes généraux applicables aux contrats administratifs que lorsque l'assureur entend en faire application pour résilier unilatéralement le marché qui le lie à la personne publique assurée et que le contrat ne prévoit pas un préavis de résiliation suffisant pour passer un nouveau marché d'assurance, cette dernière peut, pour un motif d'intérêt général tiré notamment des exigences du service public dont la personne publique a la charge, s'y opposer et lui imposer de poursuivre l'exécution du contrat pendant la durée strictement nécessaire, au regard des dispositions législatives et réglementaires applicables, au déroulement de la procédure de passation d'un nouveau marché public d'assurance, sans que cette durée ne puisse en toute hypothèse excéder douze mois, y compris lorsque la procédure s'avère infructueuse. ...3) L'assureur peut contester cette décision devant le juge afin d'obtenir la résiliation du contrat ».

CAA, Versailles, 24 Juin 2021, n° 18VE03893, Sté Pro Bureautique

« Toutefois, les clauses de tacite reconduction, contenues dans des contrats de la commande publique étant illégales, aucun préjudice, et donc aucun droit à indemnité, ne peut naître, pour le cocontractant de l'administration, de l'absence de reconduction tacite d'un contrat à l'issue de la durée initiale convenue par les parties. Alors même qu'en vertu des dispositions alors en vigueur de l'article 16 du code des marchés publics, " un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises ", ces dispositions **n'ont pas eu pour objet ou pour effet de rendre légale une clause de tacite reconduction sans limitation de durée** »

Section 3 - Prix

Article L2112-6

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

Le prix ou ses modalités de fixation

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

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

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

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

CE, 29 juin 2021, n° 442506, Société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information

« La taxe sur la valeur ajoutée dont est redevable un vendeur ou un prestataire de service est, comme les prélèvements de toute nature assis en addition de cette taxe, **un élément qui grève le prix convenu avec le client et non un accessoire du prix**. Par suite, dans une opération soumise à la taxe sur la valeur ajoutée, **un prix stipulé sans mention de la taxe doit être réputé inclure la taxe**

qui sera due par le vendeur ou le prestataire de service, à moins qu'une stipulation expresse fasse apparaître que les parties sont convenues d'ajouter au prix stipulé un supplément de prix égal à la taxe sur la valeur ajoutée applicable à l'opération. »

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

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

Modalités d'évolution

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

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

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

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

Article R2112-5

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

DAJ 2023, Guide des prix, page 153 à 155

Sous-section 1 - Forme des prix

Article R2112-6

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

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

Soit... soit...

CE, 29 octobre 2010, n° 340212, SMAROV

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

Prix unitaires

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

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

CAA Marseille, 14 novembre 2022, n° 20MA00272, SARL Groupe Chailan

« D'autre part, le caractère anormalement bas d'un prix, qui ne peut s'apprécier par seule comparaison avec les prix des autres offres, suppose de rechercher, au vu des précisions et justifications apportées par le candidat, si le montant global de l'offre était en lui-même sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché. Dans le cas des marchés à prix unitaires, il s'agit donc de vérifier si, compte tenu des autres prix unitaires et des volumes prévisionnels, le ou les prix sous-évalués étaient susceptibles de compromettre la bonne exécution du marché ».

CAA de Marseille, 28 juin 2021, n° 19MA02525, Atelier Khelif et autres

« Dans l'hypothèse où une **modification de programme ou de prestations a été décidée par le maître de l'ouvrage**, le droit du maître d'œuvre à l'augmentation de sa rémunération est uniquement subordonné à l'**existence de prestations supplémentaires de maîtrise d'œuvre utiles à l'exécution des modifications décidées par le maître de l'ouvrage**. En revanche, **ce droit n'est subordonné ni à l'intervention de l'avenant qui doit normalement être signé en application des dispositions précitées de l'article 30 du décret du 29 décembre 1993 ni même, à défaut d'avenant, à celle d'une décision par laquelle le maître d'ouvrage donnerait son accord sur un nouveau montant de rémunération du maître d'œuvre** ».

CAA Bordeaux, 30 juin 2020, n° 18BX00469, SAS Chognot

« Il résulte toutefois des dispositions combinées des articles 17 et 18 précitées du code des marchés publics et de l'article 3 précité du cahier des clauses administratives particulières du marché, que le caractère ferme et définitif **des prix stipulés à un marché à prix unitaire s'oppose en principe à toute modification ultérieure des prix unitaires**, qu'ils ne sont pas révisables mais que, toutefois, si le mois d'effet de service de commencer les travaux est situé plus de trois mois après l'établissement des prix, **le prix sera actualisé** »

Prix forfaitaires

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

« Le prix forfaitaire est celui qui rémunère le titulaire pour une prestation ou un ensemble de prestations, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées. Cette forme de prix est **recommandée pour les prestations dont la consistance (en contenu et en quantité) peut être définie avec précision, au moment de la conclusion du marché et qui forment un ensemble**. Elle est, notamment, utilisée dans les marchés industriels, dans les marchés d'études, dans les marchés de travaux ou encore à chaque fois que la prestation constitue un ensemble cohérent et non sécable (par ex : un marché de nettoyage pour des prestations identiques, mais sur différents sites).

Les candidats à un marché à prix forfaitaire doivent évaluer l'étendue des obligations qu'ils devront honorer. En effet, **le titulaire s'engage à effectuer une prestation pour le forfait proposé, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées**. Dans ce cas, l'acheteur public ne peut pratiquer une réfaction sur le prix en cas de diminution des quantités mises en œuvre. A l'inverse, le titulaire ne peut obtenir un supplément de prix, au motif que les quantités livrées pour la prestation sont supérieures à celles qu'il avait prévues ».

CAA Versailles, 30 juin 2022, n° 19VE03990, Société Spie Partesia

« Antérieurement à la réception, la garde de l'ouvrage incombe en principe à l'entrepreneur et le prix global et forfaitaire du marché est censé tenir compte de toutes les sujétions d'exécution des travaux normalement prévisibles ».

CE, 10 juin 2022, n° 451334, Société Voirie Assainissement Travaux Publics (VATP)

« Même si un marché public a été conclu à prix forfaitaire, son titulaire a droit à être indemnisé des dépenses exposées en raison de sujétions imprévues, c'est-à-dire de sujétions présentant un caractère exceptionnel et imprévisible et dont la cause est extérieure aux parties, si ces sujétions ont eu pour effet de bouleverser l'économie générale du marché ».

CAA Toulouse, 10 mai 2022, n° 20TL00283, SAS Eurovia Méditerranée

« Il résulte de ces stipulations que, dans le cas d'un marché à prix forfaitaire, sauf circonstances particulières ou accord non équivoque des parties sur une révision du prix convenu, le prix stipulé est dû dès lors que l'ouvrage, la partie d'ouvrage ou l'ensemble des prestations objets du marché a été exécuté sans qu'il faille tenir compte des quantités réellement mises en œuvre. »

CAA Versailles, 21 avril 2022, n° 19VE02737, Société Ineo Digital IDF et autre

« Le titulaire d'un marché à prix forfaitaire n'a pas droit à la rémunération des travaux qui n'ont pas été commandés par le maître d'ouvrage même s'ils présentent un caractère utile. En revanche, il a droit au paiement, par le maître d'ouvrage, des prestations supplémentaires qui lui ont été réclamées par ordre de service ainsi qu'à l'indemnisation de travaux supplémentaires réalisés sans ordre de service, à la condition toutefois, qu'ils soient indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art. »

CAA Paris, 4 février 2022, n° 19PA03125, Société Batteg

« Lorsqu'une entreprise demande le paiement de travaux supplémentaires réalisés dans le cadre d'un marché public de travaux à prix global et forfaitaire, **il lui appartient tout d'abord d'établir que ces travaux n'étaient pas compris dans le prix de son marché**. Le cas échéant, il lui appartient d'établir, soit que la réalisation de ces travaux lui a été demandée par ordre de service du maître d'œuvre, soit, en l'absence d'ordre de service écrit ou même d'ordre verbal, que ceux-ci étaient indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art ».

CAA Nantes, 17 septembre 2021, n° 20NT02957, Société SLAM Métallerie

« Même si un marché public a été conclu à prix forfaitaire, son titulaire a droit à être indemnisé pour les dépenses exposées en raison de sujétions imprévues, c'est-à-dire de sujétions présentant un caractère exceptionnel et imprévisible et dont la cause est extérieure aux parties, si ces sujétions ont eu pour effet de bouleverser l'économie générale du marché. Pour apprécier si des sujétions imprévues ont entraîné un bouleversement de l'économie générale de ce marché, **il convient de comparer le montant des dépenses résultant de ces sujétions au montant total du marché** ».

CAA Paris, 17 mars 2021, n° 19PA00630, Sté Eliez

« Lorsqu'une entreprise demande **le paiement de travaux supplémentaires réalisés dans le cadre d'un marché public de travaux à prix global et forfaitaire**, il lui appartient tout d'abord d'établir que ces travaux n'étaient pas compris dans le prix de son marché. Le cas échéant, il lui appartient d'établir, soit que la réalisation de ces travaux lui a été **demandée par ordre de service** du maître d'œuvre, soit, en l'absence d'ordre de service écrit ou **même d'ordre verbal**, que ceux-ci étaient **indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art**. (...)

Par suite, **la demande verbale** du maître d'œuvre doit être regardée comme ayant porté sur l'ensemble de la prestation, incluant celle de rechappissage qui est **indissociable, au regard de sa finalité esthétique, de celle de mise en œuvre du joint acrylique**. Dans ces conditions, la prestation de rechappissage, qui ne pouvait relever des obligations contractuelles de la société dès lors qu'elle était **le complément indispensable de la prestation de mise en œuvre du joint, doit être regardée comme également indemnisable au titre des travaux supplémentaires au marché** ».

CAA Douai, 8 oct. 2020, n° 19DA02258, Sté Ulma Service

« Le maintien dans l'église des échafaudages et autres matériels du 1er mai au 30 novembre 2012 ne suffit pas à démontrer par lui-même, ni qu'il s'agirait de réaliser des prestations non prévues par le marché, sans lien avec des retards imputables à la société Ulma service comme le soutient la commune, ni que ce **maintien des échafaudages, même à le supposer utile comme le soutient la société Ulma Service, était indispensable à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art** ».

CAA Paris, 15 juin 2020, n° 18PA02248, Société ODC

« Il résulte de ces dispositions que le titulaire d'un contrat de maîtrise d'œuvre est rémunéré par un prix forfaitaire couvrant l'ensemble de ses charges et missions, ainsi que le bénéfice qu'il en escompte, et que seule une modification de programme ou une modification de prestations décidées par le maître de l'ouvrage peuvent donner lieu à une adaptation et, le cas échéant, à une augmentation de sa rémunération. **Le maître d'œuvre ayant effectué des missions ou prestations non prévues au marché de maîtrise d'œuvre et qui n'ont pas été décidées par le maître d'ouvrage a droit à être rémunéré de ces missions ou prestations, nonobstant le caractère forfaitaire du prix fixé par le marché, si elles ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art, ou si le maître d'œuvre a été confronté dans l'exécution du marché à des sujétions imprévues présentant un caractère exceptionnel et imprévisible, dont la cause est extérieure aux parties et qui ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat** ».

CE 27 mars 2020, n° 426955, Sté Geomat

« Le prestataire a le droit d'être indemnisé du coût des **prestations supplémentaires indispensables à l'exécution du marché dans les règles de l'art**, sauf dans le cas où la personne publique s'est préalablement **opposée, de manière précise, à leur réalisation** ».

CE, 13 novembre 2019, n° 417176, Société Georges Cazeaux

« Le caractère global et forfaitaire du prix du marché ne fait pas obstacle à ce que l'entreprise cocontractante sollicite **une indemnisation au titre de travaux supplémentaires effectués**, même sans ordre de service, dès lors que ces travaux étaient indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art ».

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

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

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

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

Sous-section 2 - Prix définitifs

Article R2112-7

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

Prix définitif

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

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

CE, 15 septembre 2022, Avis relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision

« Le Conseil d'Etat estime, en conséquence de ce qui précède, que le caractère en principe définitif des prix des marchés ne fait pas obstacle à leur modification en application et dans le respect des dispositions citées aux points 1 et 2, dès lors que les prix ainsi modifiés respectent les dispositions citées au premier alinéa du point 3, ce dont il se déduit qu'en principe ils restent définitifs pendant toute la période d'exécution des prestations et constituent le prix de règlement, sous réserve de leur actualisation ou de leur révision prévue par le marché. Il considère également que rien n'empêche que les modifications des marchés et contrats de concession portent uniquement, en vue de compenser les surcoûts que le titulaire ou le concessionnaire subit du fait de circonstances imprévisibles, sur les prix ou les tarifs prévus au contrat ainsi que sur les modalités de leur détermination ou de leur évolution ».

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

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

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

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

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

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

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

Article R2112-8

Un prix définitif peut être ferme ou révisable.

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

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

Paragraphe 1 - Prix fermes

Article R2112-9

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

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

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

Évolution raisonnablement prévisible

Circulaire n° 6338-SG du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières

Guide DAJ, Le prix dans les marchés publics, p. 19

« Plusieurs éléments doivent être systématiquement examinés pour déterminer s'il convient de retenir un prix variable : parmi les principaux figurent la nature même des prestations achetées, la durée du marché, l'existence (ou l'inexistence) de références suffisantes pour constituer une formule de variation

de prix, la simplicité des opérations de règlement, les moyens de l'acheteur public (et de l'entreprise) et l'absence d'incertitude budgétaire ».

CAA, Versailles, 9 novembre 2023 N° 20VE02029, CAP Consultance SAS

« Il résulte de la combinaison des stipulations mentionnées aux points 6 et 7 que l'article 8 de ce CCAP, en prévoyant que le référentiel des prix fait l'objet d'une formule de révision qui s'appuie sur le mois d'établissement des prix de l'accord-cadre et que la révision est effectuée par application aux prix unitaires du référentiel de cet accord-cadre, définit les conditions dans lesquelles les prix des marchés subséquents sont arrêtés au moment de leur passation. Toutefois, les stipulations rappelées au point 7, en précisant que l'accord-cadre s'applique aux marchés subséquents, et que le maître d'ouvrage procède à la révision des prix d'un décompte à l'autre ainsi que pour la détermination du solde du marché, indiquent que **cette révision des prix s'applique aussi en cours d'exécution du marché, et par suite aux prix fixés dans les marchés subséquents, pendant leur exécution et non pas uniquement lors de leur passation.** »

Article R2112-10

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

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

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

Article R2112-11

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

1° Que ce prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le soumissionnaire a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations ;

2° Que l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution des prestations.

Fiche technique DAJ – Les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières, p.5

« L'attention des acheteurs est appelée sur les difficultés engendrées par la pratique consistant à émettre un **ordre de service unique de commencement des travaux**, alors même qu'interviennent **successivement plusieurs entreprises sur une même opération**. En effet, cette pratique défavorise les entreprises qui interviennent en milieu ou fin de chantier **dès lors que la prise en compte d'une éventuelle hausse des prix se fait par référence à une date qui n'est pas celle du commencement de l'exécution des prestations, en méconnaissance de l'article R. 2112-11 du code de la commande publique**. Il importe donc de respecter, pour l'établissement des ordres de service de commencer les travaux, le **calendrier d'exécution des prestations fixé pour l'intervention de chacun des corps de métier**. Les acheteurs doivent donc impérativement respecter ces obligations pour leurs projets de marchés et veiller à l'**établissement de formules de révision ou d'actualisation de prix représentatives des différentes composantes du coût des prestations et de leurs facteurs d'évolution**. Si des marchés ont été conclus sans respecter cette obligation et que des difficultés surviennent en cours d'exécution du contrat du fait de fortes fluctuations, l'acheteur est susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle ».

CE, 31 octobre 2024, n°491280, Sociétés Routières de Haute-Corse et Corse Travaux

« 4. En second lieu, aux termes du III de l'article 18 du code des marchés publics alors en vigueur, repris en substance aux articles R. 2112-10 et R. 2112-11 du code de la commande publique : " III.- Un prix ferme est un prix invariable pendant la durée du marché. Toutefois, il est actualisable dans les

conditions définies ci-dessous. (...) Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services autres que courants ou pour des travaux, il prévoit les modalités d'actualisation de son prix. Il précise notamment : / 1° **Que ce prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations (...)** ».

5. Il résulte des dispositions précitées **que le contrat conclu à prix ferme doit comporter une clause d'actualisation du prix, applicable lorsqu'un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations.**

Dans le cas où une négociation a eu lieu entre l'acheteur public et le candidat, c'est la date à laquelle ce dernier a remis, après négociation, son offre finale qui doit être regardée comme la date de fixation du prix de l'offre au sens de ces dispositions. Il n'en va différemment que lorsque la négociation ne pouvant porter sur le prix, c'est la dernière offre remise par le candidat avant négociation qui, étant ainsi ferme sur le prix, doit être regardée comme date de fixation du prix de l'offre au sens de ces dispositions.

6. Il résulte de ce qui a été dit au point précédent qu'en calculant, pour l'application des dispositions précitées de l'article 18 du code des marchés publics, **le délai de trois mois à compter de la date de remise de l'offre définitive du groupement candidat**, la cour, qui n'a pas dénaturé les pièces du dossier en retenant la date du 7 octobre 2009, qui était celle de la signature par le mandataire du groupement de l'acte d'engagement contenant son offre finale après négociation, n'a pas commis d'erreur de droit. [...] »

CAA Douai, 27 avril 2020, n° 18DA01128, Société Colas Nord Picardie

« Un prix ferme est un prix invariable pendant la durée du marché, qui est toutefois actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations. [...] **l'actualisation, qui n'a lieu qu'une fois dans la vie du marché**, permet de tenir compte de l'évolution des conditions économiques s'il s'est écoulé plus de trois mois entre la remise de l'offre et le début d'exécution des prestations ».

CAA Bordeaux, 30 juin 2020, n° 18BX00469, SAS Chognot

« Il résulte toutefois des dispositions combinées des articles 17 et 18 précitées du code des marchés publics et de l'article 3 précité du cahier des clauses administratives particulières du marché, que le caractère ferme et définitif **des prix stipulés à un marché à prix unitaire s'oppose en principe à toute modification ultérieure des prix unitaires**, qu'ils ne sont pas révisibles mais que, toutefois, si le mois d'effet de service de commencer les travaux est situé plus de trois mois après l'établissement des prix, **le prix sera actualisé** »

Article R2112-12

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

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

Paragraphe 2 - Prix révisibles

Article R2112-13

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

Un marché est conclu à prix révisible dans le cas où les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations. Tel est notamment le cas des marchés ayant pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires.

Lorsque le prix est révisible, les clauses du marché fixent la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre. Les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées :

1° Soit en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation ;

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

Circulaire relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières et abrogeant la circulaire n° 6338/SG du 30 mars 2022

« (...) Il faut en particulier veiller à retenir des fréquences et des références ou formules de révision des prix qui soient suffisamment représentatives des conditions économiques de variation des coûts des secteurs objets des prestations, notamment dans le cas des marchés de travaux allotés par le corps de métier.

Par ailleurs, afin que les clauses de révision de prix puissent refléter fidèlement les variations des coûts réellement subies, à la hausse comme à la baisse, je vous demande de veiller à ce que les contrats conclus par vos services ne prévoient pas, sauf exception, de terme fixe au sein de la formule de révision de prix et ne contiennent pas de clause butoir ».

Fiche technique DAJ – Les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières, p.4

« Le rythme de la révision devra idéalement être fixé en fonction du rythme prévisible des fluctuations des prix de l'activité économique concernée. C'est pourquoi il convient d'éviter l'application systématique d'une échéance annuelle pour les clauses de révision des prix afin de maintenir l'équilibre financier du marché, sans porter préjudice à l'une ou l'autre des parties. »

CAA Paris, 5 mars 2024, n° 21PA06640, Société SNLM

« Aux termes de l'article 18 du code des marchés publics applicable au litige : " I.- Sous réserve des dispositions de l'article 19, un marché est conclu à prix définitif. / II.- Un prix définitif peut être ferme ou révisable. / (...) IV.- Un prix révisable est un prix qui peut être modifié pour tenir compte des variations économiques dans les conditions fixées ci-dessous. / Lorsque le prix est révisable, le marché fixe la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre. Les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées : / 1° Soit en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation ; / 2° Soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation. Dans ce cas, la formule de révision ne prend en compte que les différents éléments du coût de la prestation et peut inclure un terme fixe ; / 3° Soit en combinant les modalités mentionnées aux 1° et 2°. / V.- Les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent, pour leur réalisation, le recours à une part importante de fournitures notamment de matières premières dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux, comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, conformément au IV du présent article " ».

CAA Douai, 26 avril 2022, n° 20DA01405, Société Le Foll TP

« D'une part, en l'absence de précision relative au contenu même du calcul de l'index de référence choisi et à sa composition dans les stipulations précitées du cahier des clauses administratives particulières, la commune intention des parties ne peut être regardée comme ayant été d'exclure l'application d'un nouvel index TP 09 en cas de modification des pondérations de ses composantes en cours de contrat ou de sa disparition. Il est constant qu'aucun avenant n'a par ailleurs été conclu pour déroger aux stipulations de l'article 3.4.4 du CCAP précité. Il ne résulte pas davantage de l'instruction que les parties aient entendu, même tacitement, modifier la clause de révision des prix telle qu'initialement fixée à la suite de la publication de l'avis INSEE. Par suite, la société Le Foll TP, qui n'a en outre pas discuté, avant sa réclamation, des modalités de révision des prix applicables lors de la notification des divers bons de commandes, n'est pas fondée à soutenir que le département de l'Eure a méconnu la commune intention des parties ».

CAA Marseille, 25 oct. 2021, n° 20MA00348, SAS Le Foll TP

« Dans l'hypothèse où un événement extérieur aux parties, imprévisible au moment de la conclusion du contrat, a pour effet de bouleverser l'économie du contrat, le titulaire du marché est en droit de réclamer au maître d'ouvrage une indemnité représentant la part de la charge extracontractuelle qu'il a supportée en exécutant les prestations dont il avait la charge.

Le préjudice invoqué par la société requérante, correspondant aux sommes de 130 092,41 euros hors taxes et de 210 368,92 euros hors taxes, résulte de la différence entre, d'une part, le prix révisé sur la base de l'index TP 09 dans sa structuration antérieure et, d'autre part, le prix révisé sur la base de cet index restructuré dans les conditions évoquées au point 4. **A supposer même que la modification de l'index TP 09 puisse être regardée comme un événement imprévisible, alors que le prix du pétrole est régulièrement soumis à de fortes variations se répercutant sur le coût de produits dérivés à forte teneur en bitume tels que ceux utilisés pour la réalisation des prestations du marché en litige, circonstance que la société requérante, en raison de ses activités, ne pouvait ignorer, cette dernière ne démontre pas que la modification de la structure de l'index TP 09, en particulier pour ce qui concerne la part de l'indice bitume, a entraîné un bouleversement de l'économie de son marché.** En effet, il résulte de l'instruction que les sommes réclamées par la requérante représentent seulement 3,11 % des sommes versées en exécution du marché correspondant au lot n° 2, soit 4 172 431,87 euros et 3,04 % des sommes versées en exécution du marché correspondant au lot n° 3, soit 6 908 987,79 euros ».

CAA Douai, 27 avril 2020, n° 18DA01128, Société Colas Nord Picardie

« La révision peut, quant à elle, être opérée plusieurs fois dans la vie du marché et permet de tenir compte de l'évolution des conditions économiques, selon la périodicité fixée par le contrat »

Paragraphe 3 - Prix affecté par les fluctuations des cours mondiaux

Article R2112-14

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

Une part importante de fournitures

Guide DAJ – Le prix dans les marchés publics, p. 19

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

Comportent une clause de révision de prix

CAA Lyon, 9 décembre 2021, n° 20LY00555, Société Eiffage Travaux Publics Rhône-Alpes-Auvergne

« Par un avis publié le 15 janvier 2015 sur son site internet, l'INSEE a modifié la composition de l'index national des travaux publics TP 09 " fabrication et mise en œuvre d'enrobés " dont les indices ont changé de référence en passant en base 2010. La part de l'indice bitume dans le poste de coût " matériaux " de l'index TP 09 base 2010 a été portée de 26 à 35 %. La société Eurovia Bourgogne Franche-Comté soutient que la chute brutale du prix du bitume a, eu égard à cette nouvelle répartition, conduit à une dégradation de l'index TP 09 de 16,37 % entre octobre 2014 et le 2 juin 2016 et qu'il en résulte pour elle un préjudice correspondant à la différence entre, d'une part, l'évaluation des prix des

marchés en cause telle qu'elle aurait résulté de l'application de l'index TP 09 intégrant une proportion de bitume de 26 % et, d'autre part la facturation réelle après application d'un index TP 09 avec une proportion de bitume de 35 %.

En l'absence de référence à l'index TP 09 base 1975 dans l'article 3.2 des CCAP des marchés litigieux, la commune intention des parties n'a pas été d'exclure l'application d'un nouvel index TP 09 en cas de modification des pondérations de ses composantes en cours de contrat. Par suite, la société Eiffage Route Centre Est n'est pas fondée à se prévaloir d'une commune intention des parties pour demander la condamnation du département du Rhône au paiement de compléments de rémunération au titre de la baisse du prix du bitume ».

CAA Lyon, 23 septembre 2021, n° 21LY00975, Société Eurovia Bourgogne Franche-Comté

« En l'absence de référence à l'index TP 09 base 1975 dans les stipulations précitées du CCAP, la commune intention des parties n'a pas été d'exclure l'application d'un nouvel index TP 09 en cas de modification des pondérations de ses composantes en cours de contrat. Par suite, la société Eurovia Bourgogne Franche-Comté n'est pas fondée à soutenir que l'État, en tenant compte pour le calcul de la révision des prix appliquée aux travaux effectués, de l'index TP 09 base 2010, a modifié unilatéralement les contrats en cours d'exécution, au mépris des principes d'intangibilité des prix, de la commune intention des parties et de sécurité juridique. Par ailleurs, la société appelante qui n'a pas subi de surcoûts imprévus pendant l'exécution des marchés en cause, ne peut utilement demander la condamnation de l'État à lui verser des indemnités d'imprévision. »

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

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

Sous-section 3 - Prix provisoires

Article R2112-15

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

Article R2112-16

Les clauses des marchés conclus à prix provisoires précisent :

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

Article R2112-17

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

- 1° Lorsque, pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère **d'urgence impérieuse**, soit des aléas techniques importants, l'exécution du marché doit commencer alors que la détermination d'un prix initial définitif n'est pas encore possible ;
- 2° Lorsque les résultats d'une enquête de coût de revient portant sur des prestations comparables commandées au titulaire d'un marché antérieur ne sont pas encore connus ;

3° Lorsque les prix des dernières tranches d'un marché à tranches sont fixés au vu des résultats, non encore connus, d'une enquête de coût de revient portant sur les premières tranches, conclues à prix définitifs ;

4° Lorsque les prix définitifs de prestations comparables ayant fait l'objet de marchés antérieurs sont remis en cause par le candidat pressenti ou par l'acheteur, sous réserve que ce dernier ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs ;

5° Lorsque les prestations font l'objet d'un partenariat d'innovation ou font appel principalement à des technologies innovantes ou évolutives ne permettant pas de conclure le marché à prix définitif.

Urgence impérieuse

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

« Considérant que les marchés conclus par le ministre de la défense avec la société Losfeld-Industries ont été passés à prix provisoire en application de l'article 105 susmentionné ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que les fournitures de munitions pour tube réducteur, qui avaient donné lieu, depuis quinze ans, à de nombreux marchés, soient des fournitures complexes ou d'une technique nouvelle ; **qu'il n'est pas établi que dans le cadre des marchés litigieux, ces fournitures aient présenté un caractère d'urgence impérieuse ou des aléas techniques importants ; qu'ainsi les marchés litigieux ont méconnu les dispositions de l'article 105 susmentionné ; que c'est à tort que le tribunal administratif de Paris a refusé d'en reconnaître la nullité** et a ordonné une mesure d'expertise pour en déterminer les bases de liquidation ;

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

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

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

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

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

Article R2112-18

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

Chapitre III - Organisation de l'achat

Article L2113-1

Pour organiser son achat, l'acheteur :

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

3° Peut réserver des marchés à certains opérateurs économiques dans les conditions prévues à la section 3.

Section 1 - Mutualisation de l'achat

Sous-section 1 - Centrales d'achat

Article L2113-2

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

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

CEJUE, 4 juin 2020, C-3/19, Asmel Soc. A r.l. c/ ANAC

« L'article 1^{er}, paragraphe 10, et l'article 11 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, telle que modifiée par le règlement (UE) n° 1336/2013 de la Commission, du 13 décembre 2013, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une disposition de droit national qui limite l'autonomie d'organisation des petites collectivités locales pour faire appel à une centrale d'achat à seulement deux modèles d'organisation exclusivement publique, sans la participation de personnes ou d'entreprises privées.

L'article 1^{er}, paragraphe 10, et l'article 11 de la directive 2004/18, telle que modifiée par le règlement n° 1336/2013, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une disposition de droit national qui limite le champ d'action des centrales d'achat créées par des collectivités locales au territoire de ces collectivités locales ».

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

Fiche technique, DAJ, La coordination des achats, 2019

« Le recours à une centrale d'achat en tant que grossiste
L'acheteur qui recourt à une centrale d'achat doit vérifier que les marchés publics passés par celle-ci en tant que grossiste le sont dans les conditions qui auraient dû être respectées si l'acheteur en question avait lui-même passé ce marché public. Un pouvoir adjudicateur dont le besoin à satisfaire ne relève pas de son activité d'entité adjudicatrice ne peut faire appel à une centrale d'achat qui aurait passé un marché public selon les règles de passation relatives aux entités adjudicatrices. Toutefois, une entité adjudicatrice peut faire appel à une centrale d'achat qui aurait passé le marché public selon les règles applicables aux pouvoirs adjudicateurs. De même, une collectivité territoriale peut faire appel à une centrale d'achat si le marché public est passé en application des règles relatives à l'Etat, le seuil de procédure applicable aux collectivités territoriales étant plus bas que celui auquel est soumis l'Etat. A l'inverse, l'Etat ne peut pas faire appel à une centrale d'achat si le marché public est passé en application des règles applicables aux collectivités territoriales. Pour répondre à un besoin relevant des marchés de défense et de sécurité, il est impossible de faire appel à une centrale d'achat qui aurait passé un marché public selon les règles de passation applicables aux marchés publics hors marchés publics de défense et sécurité. De même, pour répondre à un besoin ne relevant pas des marchés de défense et de sécurité, il est impossible de faire appel à une centrale d'achat qui aurait passé un marché public selon les règles de passation applicables aux marchés publics de défense et sécurité.

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

précisées ci-dessus il est considéré comme ayant respecté ses obligations de publicité et de mise en concurrence ».

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

Fiche technique, DAJ, La coordination des achats, 2019

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

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

3° Le recours aux centrales d'achat pour les conseils nationaux des ordres des professions de santé

CE, 09 juin 2020, n°438406, Conseil national de l'ordre des médecins

« Si elles fixent les conditions dans lesquelles les conseils nationaux des ordres des professions de santé peuvent créer des centrales d'achat, les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 4122-2-1 du code de la santé publique sont sans incidence sur la possibilité pour eux de recourir à une centrale d'achat existante pour la réalisation de travaux ou l'acquisition de fournitures ou de services, dans les conditions prévues par les articles L. 2113-2 et suivants de la commande publique, lequel n'exclut par ailleurs, par aucune de ses dispositions, notamment pas par celles de son article L. 2113-2, une telle possibilité. Ainsi, les moyens tirés de ce qu'elles méconnaîtraient le principe d'égalité et le principe de liberté contractuelle ne peuvent qu'être écartés. »

Article L2113-3

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

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

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

Centrale d'achat

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

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

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

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

TA de Marseille, 20 novembre 2024, n° 2106377, Préfet des Bouches-du-Rhône,

D'une part, il résulte des points précédents que les camions en litige ayant été acquis par l'UGAP, établissement public industriel et commercial, ces marchés étaient soumis aux règles de la commande publique. Par suite, les contrats litigieux ont le caractère de contrats administratifs. D'autre part, il est constant que, pour la conclusion des contrats d'achat litigieux, **l'UGAP est intervenue en tant que centrale d'achat, pour répondre aux besoins des services déconcentrés de l'État** dans le département des Bouches-du-Rhône, et **non pour ses besoins propres de sorte que, pour l'application du régime quasi-délictuel du fait d'une entente anticoncurrentielle ayant lésé les services déconcentrés de l'État dans le département des Bouches-du-Rhône, l'UGAP doit être regardée comme ayant agi pour le compte de l'État**. Par suite, le moyen tiré de ce qu'il n'existe pas de lien contractuel entre l'État et au moins l'une des sociétés membres de l'entente doit être écarté.

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

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

Exercer des activités d'achats centralisés

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

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

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

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

Activités d'achat auxiliaires

Fiche technique, DAJ, La coordination des achats, 2016

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

CAA de PARIS, 12 mai 2022, n°21PA03760, Les nouvelles éditions de l'université

« En l'espèce, le contrat en cause est un accord-cadre à bons de commande conclu entre l'ANPP, association régie par la loi du 1er juillet 1901 et la société Hachette livre, société anonyme. L'ANPP regroupe un certain nombre de personnes morales et notamment plusieurs collectivités locales, dont des Territoires de projet, qui ont adhéré à l'association par la signature d'une charte d'adhésion. Il ressort de l'article 1er du cahier des clauses particulières (CCP) et de l'avis publié que, contrairement à ce que soutient la société Hachette, l'ANPP a conclu l'accord-cadre litigieux en qualité de centrale d'achat. En outre, il ressort également de l'article 1er du CCP que les adhérents souhaitant bénéficier de l'édition d'un guide touristique sont tenus, après avoir été sélectionnés, et outre leur adhésion classique à l'ANPP, de consentir à une adhésion supplémentaire à la centrale d'achat érigée par l'ANPP. Dans ce cadre, six territoires de projet ont adhéré à cette centrale d'achat par conventions du 28 février 2019. Or, la convention d'adhésion à la centrale d'achat passée entre l'ANPP et la communauté de communes du Barséquanais en Champagne, produite en réponse à la demande de la Cour de produire les conventions en cause, dont il n'est pas allégué qu'elle n'aurait pas été rédigée selon le même modèle que les cinq autres conventions, qualifie l'ANPP d'intermédiaire et précise qu'elle passera des marchés publics " pour le compte des acheteurs " et pour répondre à leurs besoins en termes de fournitures et services ayant pour objet la promotion de leur territoire. Il résulte ainsi de l'instruction que l'ANPP a conclu le contrat litigieux pour répondre aux besoins de ceux de ses adhérents, personnes morales de droit public, qui l'ont érigée en centrale d'achat et exécuteront ensuite cet accord-cadre en émettant des bons de commande, dans le cadre du service public du tourisme. **Le contrat doit ainsi être regardé comme conclu pour le compte de ces personnes publiques, peu important à cet égard que l'ANPP ait ou non la qualité de mandataire. Par suite, et alors même que les deux parties contractantes sont des personnes morales de droit privé, le litige ressortit à la compétence des juridictions de l'ordre administratif.** »

Article L2113-4

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

Respect des obligations de publicité et de mise en concurrence

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

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

Fiche technique, DAJ, La coordination des achats, 2019

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

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

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

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

Fiche technique, DAJ, La coordination des achats, 2019

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

Article L2113-5

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

L'ordre public

Fiche technique, DAJ, La coordination des achats, 2019

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

Sous-section 2 - Groupement de commandes

Article L2113-6

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

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

Groupement de commande

Fiche technique, DAJ, La coordination des achats, 2019

« L'intérêt principal pour les acheteurs repose sur le lancement d'une consultation unique pour répondre aux besoins de plusieurs acheteurs en matière de travaux, de fournitures ou de services. Alors que la centrale d'achat n'a pas à satisfaire un besoin propre lorsqu'elle passe un marché public,

il est nécessaire **que chaque membre du groupement de commandes soit intéressé par la conclusion d'un ou des marchés publics qui seront conclus dans le cadre du groupement** ».

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

TC, 10 janv. 2022, n° C4230, RATP

« La passation et l'attribution des contrats passés en application du code de la commande publique sont susceptibles de donner lieu à une procédure de référé précontractuel qui, selon que le contrat revêtira un caractère administratif ou privé, doit être intentée devant le juge administratif ou devant le juge judiciaire. Il appartient au juge du référé précontractuel saisi de déterminer si, eu égard à la nature du contrat en cause, il l'a été à bon droit...2) Dans le cadre d'un groupement de commandes constitué entre des acheteurs publics et des acheteurs privés en vue de passer chacun un ou plusieurs marchés publics et confiant à l'un d'entre eux le soin de conduire la procédure de passation, et où, l'un des acheteurs membres du **groupement** étant une personne publique, le marché qu'il est susceptible de conclure sera un contrat administratif par application de l'article 3 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, le juge du référé précontractuel compétent pour connaître de la procédure est le **juge administratif**, sans préjudice de la compétence du juge judiciaire pour connaître des litiges postérieurs à la conclusion de ceux de ces contrats qui revêtent un caractère de droit privé ».

CE, 24 juin 2011, n° 347429, S⁶ Atexo

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

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

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

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

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

CE, 24 septembre 2003, n°240604, CAMIF

« Considérant que si le décret attaqué prévoit que **l'UGAP peut**, soit passer des contrats de commande avec l'Etat, les collectivités territoriales ou leurs établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, contrats qui sont soumis aux dispositions du code des marchés publics, soit **constituer avec ces personnes des groupements de commandes** prévus à l'article 8 du code des marchés publics, en étant alors systématiquement coordonnateur de ces groupements, il n'a ni pour objet ni pour effet de mettre l'UGAP en position de répondre elle-même à un appel d'offres

qu'elle lancerait en sa qualité de coordonnateur d'un groupement ou d'évincer systématiquement des candidats à un tel appel d'offres qui seraient par ailleurs ses concurrents dans le cadre de marchés lancés directement par ces personnes publiques ».

Passation

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

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

CE, 13 juillet 2007, n° 299417, Sipperec

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

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

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

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

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

Fiche technique, DAJ, La coordination des achats, 2016

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

Article L2113-7

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

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

Convention constitutive

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

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

Au nom et pour le compte des autres membres

CE, 24 septembre 2003, n°240604, CAMIF

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

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

« L'article 8-VI dudit code ouvre la possibilité, dans la convention constitutive du groupement, de prévoir que " le coordonnateur sera mandaté pour signer et exécuter le marché au nom de l'ensemble des membres du groupement ". Toutefois, le même article 8 (au 1, 4e alinéa) dispose que **les personnes privées " ne peuvent exercer la fonction de coordonnateur "**. Peuvent seuls être coordonnateurs, en l'espèce, les communes ou leurs établissements publics. Il n'est donc pas possible pour les communes de donner le pouvoir de passer un marché à l'association départementale des maires. En effet, celle-ci exercerait alors le rôle de coordonnateur du groupement ».

Responsables

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

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

CE, 9 juillet 2003, n° 249852, Sipperec

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

Article L2113-8

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

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

Sous-section 3 - Entités communes transnationales**Article L2113-9**

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

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

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

Groupement européen de coopération territoriale**RÈGLEMENT (CE) n°1082/2006 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 5 juillet 2006 relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT)**

« Article premier

Nature du GECT

1. Le groupement européen de coopération territoriale, ci-après dénommé «GECT», peut être constitué sur le territoire de la Communauté, dans les conditions et selon les modalités prévues par le présent règlement.
2. Le GECT a pour objet de faciliter et de promouvoir la coopération transfrontalière, transnationale et/ou interrégionale, ci-après dénommée « coopération territoriale», entre ses membres tels que visés à l'article 3, paragraphe 1, dans le but exclusif de renforcer la cohésion économique et sociale.
3. Le GECT a la personnalité juridique.
4. Le GECT possède dans chacun des États membres la capacité juridique la plus large reconnue aux personnes morales par la législation nationale de l'État membre. Il peut notamment acquérir ou aliéner des biens mobiliers et immobiliers, employer du personnel et ester en justice ».

CE, 17 février 2016, n°368342, Association de libre pensée et d'action sociale du Rhône et autres

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions, en vigueur à la date de la délibération attaquée, que le législateur a autorisé les collectivités territoriales à conduire des actions de coopération ou d'aide au développement ; que s'il a prévu qu'elles devaient, à cette fin, conclure des conventions avec des autorités locales étrangères précisant l'objet des actions envisagées et le montant prévisionnel des engagements financiers et s'il a exclu qu'elles puissent, sauf pour créer un groupement européen de coopération territoriale, contracter avec un Etat étranger, aucune disposition ni aucun principe n'interdisent qu'une convention de coopération conclue avec une autorité locale étrangère soit également signée par d'autres personnes, françaises ou étrangères, de droit public ou de droit privé, y compris par la ou les personnes qui seront chargées de la réalisation du projet qui fait l'objet de l'accord ».

Section 2 - Allotissement**Article L2113-10**

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

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

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

En lots séparés**CE, 4 février 2021, n°445396, Ministre des Armées**

« En ce qui concerne l'obligation d'allotir :

En premier lieu, saisi d'un moyen tiré de l'irrégularité de la décision de ne pas allotir un marché, il appartient au juge du référé précontractuel de déterminer si l'analyse à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé et les justifications qu'il fournit sont entachées d'appréciations erronées, eu égard à la marge d'appréciation dont il dispose pour décider de ne pas allotir lorsque la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients que mentionnent les dispositions de l'article L. 2113-11 du code de la commande publique.

Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de La Réunion que les prestations faisant l'objet du marché en litige impliquent une présence physique sur des implantations géographiquement distinctes, distantes de plus de 10 kilomètres les unes des autres. La consistance de ces prestations diffère en outre en fonction des sites concernés. **Par suite, en jugeant, après avoir relevé que le précédent marché ayant le même objet avait fait l'objet d'un allotissement géographique et que le pouvoir adjudicateur n'invoquait aucune circonstance faisant obstacle à l'obligation d'allotissement prévue par les dispositions de l'article L. 2113-10 du code de la commande publique et ne justifiait d'aucun motif justifiant qu'il soit dérogé à cette obligation, le juge des référés, qui ne s'est pas mépris sur la portée des écritures qui lui étaient soumises, n'a pas commis d'erreur de droit ni d'erreur de qualification juridique. »**

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

« Saisi d'un moyen tiré de l'irrégularité de la décision de ne pas allotir un marché, il appartient au juge du référé précontractuel de déterminer si l'analyse à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé et les justifications qu'il fournit sont, eu égard à la marge d'appréciation dont il dispose pour décider de ne pas allotir lorsque la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients que l'article 32 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 mentionnent, entachées d'appréciations erronées. Par ailleurs, lorsqu'un marché public a été alloué, le juge ne peut relever un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence du fait de la définition du nombre et de la consistance des lots que si celle-ci est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, compte tenu de la liberté de choix dont le pouvoir adjudicateur dispose en ce domaine. Lorsque le pouvoir adjudicateur a choisi de diviser un marché public en **lots géographiques**, il appartient notamment au juge du référé précontractuel, saisi d'un moyen en ce sens, de s'assurer, en prenant en compte l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, que ce choix n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ».

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

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

Prestations distinctes**Fiche technique DAJ – Allotissement**

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

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

TA Rennes, 25 Novembre 2024, n° 2406530, Société NETVLM

« Il résulte de l'instruction que la procédure d'appel d'offre passée par la communauté d'agglomération Morlaix communauté portait sur la mise en place du contrôle d'accès sur les déchetteries de son territoire et que les prestations à effectuer au titre de ce marché comprenaient, selon le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) la fourniture et mise en place des bornes et des barrières levantes et l'entretien du matériel, les travaux de terrassement nécessaires à la mise en place des réseaux, la mise en place des réseaux (courant fort / courant faible), la fourniture, l'installation et le paramétrage des logiciels nécessaires à la gestion des accès (logiciels sur les bornes, logiciel de pilotage et supervision des bornes et interface avec logiciel STYX), la maintenance préventive, corrective et évolutive du logiciel et du matériel, la formation aux utilisateurs et l'assistance aux utilisateurs et utilisatrices. Il ressort ainsi des documents de la consultation qu'il était notamment possible de distinguer, au sein du marché en cause, les prestations relatives à la fourniture et à la mise en service des installations informatiques de contrôle d'accès de celles relatives aux travaux dits de " génie civil ", qui représente environ un tiers du montant du marché. Contrairement à ce que soutient la communauté d'agglomération Morlaix communauté, il ne résulte pas de l'instruction qu'une dévolution en lots séparés aurait nécessité une coordination entre prestataires telle qu'elle aurait rendu techniquement difficile l'exécution du marché. Si la communauté d'agglomération Morlaix communauté soutient également que l'allotissement du marché aurait rendu son exécution financièrement coûteuse, elle n'apporte aucune justification à l'appui de ses allégations. Par suite, elle doit être regardée comme ayant manqué à ses obligations d'allotissement résultant de l'article L. 2113-10 du code de la commande publique ».

CAA PARIS, 15 décembre 2023, n°22PA03812, Société Espace Valeurs

« Il résulte de l'instruction que pour apprécier l'expérience et la qualification des effectifs affectés aux prestations concernées, la commission d'appel d'offres s'est bornée à prendre en compte l'ancienneté des effectifs au sein de leur société. Toutefois, la seule ancienneté des employés ne permet d'apprécier ni leur expérience, laquelle peut avoir été acquise au sein d'autres sociétés, ni leurs qualifications. Si l'OPT NC fait valoir que seule l'ancienneté de ses effectifs avait été mentionnée par la société Espace Valeurs dans son offre, cette circonstance, à la supposer établie, serait sans incidence dès lors que la commission d'appel d'offres s'est exclusivement fondée sur l'ancienneté des salariés, tant pour apprécier l'offre de la société Espace Valeurs que pour apprécier l'offre de la société Vigifonds. La société Espace Valeurs ayant obtenu la note de 10/20 pour ce sous-critère et la société Vigifonds 20/20, cette irrégularité dans les modalités d'application de ce sous-critère a été de nature à léser.

[...] D'une part, la société Espace Valeurs soutient que la présence d'un centre-fort en province Nord est susceptible de renforcer la sécurité des prestations réalisées au titre du lot n° 2 en permettant que, compte tenu des distances à parcourir, les fonds ne soient pas maintenus dans les véhicules une nuit au moins, mais soient stockés dans un centre-fort. L'OPT NC et la société Vigifonds n'apportent aucun élément de nature à contredire ces allégations, alors que le gain en matière de sécurité faisait partie des éléments devant être pris en compte pour apprécier la valeur de l'offre. **Dans ces conditions, la société Espace Valeurs est fondée à soutenir que c'est à tort que la commission d'appel d'offres a apprécié indifféremment les moyens techniques des sociétés pour les trois lots**, alors que les moyens techniques mis en œuvre pour satisfaire aux prestations n'étaient pas les mêmes selon les lots ».

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

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

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

CE, 27 mars 2015, n° 386862, Association Optima

« Considérant (...) qu'ainsi qu'il a été dit au point 6, le marché vise à assurer la présence, la nuit, sur le territoire de la commune, d'une équipe d'animateurs ayant pour tâches la prévention ou le règlement des difficultés par le dialogue et la médiation ; qu'un tel marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, selon les lieux ou les difficultés à prévenir ou à régler ; que la commune d'Arcueil ne peut ainsi être regardée comme ayant manqué à ses obligations de mise en concurrence en recourant à un marché global ».

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

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

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

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

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que contrairement à ce que soutient le SMAROV, l'objet du marché, qui comporte **le suivi de l'exécution du contrat d'affermage et de ses avenants, la gestion et le suivi de la passation et de la mise en œuvre de nouveaux avenants à ce contrat, la rédaction d'un bilan environnemental annuel, l'aide à la préparation des décisions du SMAROV et**

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

CE 2 juin 1995, Sté Cofreth et Sté Techni, n°s 132280 et 132385

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

L'acheteur détermine

CAA Nantes, 8 Janvier 2021, n° 20NT01630, Sociétés Erics Associés et Altaris

« Aux termes de l'article 2.4 " allotissement " du règlement de consultation du marché litigieux, le pouvoir adjudicateur a scindé le marché à bons de commande en quatorze lots, d'un montant maximum de 10 000 euros par lot, destinés aux sept plateformes géographiques du SCA (Saint-Germain-en-Laye, Metz, Lyon, Toulon, Bordeaux, Rennes, Brest), les lots impairs correspondant aux formations " achats publics " envisagées pour chacune de ces plateformes et les lots pairs aux formations " finances ". Il ne résulte pas que, ce faisant, la décision prise par le ministre de la défense de répartir ainsi distinctement les prestations de formation " achats " et " finances " en lots géographiques aurait eu pour effet de restreindre les possibilités d'attribution du marché aux seules entreprises disposant d'un nombre suffisant d'intervenants susceptibles de couvrir trois sessions en simultané au sein d'un même lot pour les formations achats, dès lors que chaque entreprise pouvait postuler pour un seul lot et que le regroupement d'entreprises, comme l'ont d'ailleurs fait les sociétés Erics Associés et Altaris en l'espèce, était autorisé. Il n'est pas davantage établi que la société ayant remporté le marché aurait été la seule à pouvoir présenter une offre sur la totalité des lots. Par ailleurs, le sous-critère " nombre d'intervenants " qui demande de préciser le nombre d'intervenants susceptibles de couvrir trois sessions de formation en simultané visait l'hypothèse, non exclue, de la tenue de trois formations en même temps au sein du même lot. Enfin la mention, au titre du sous-critère " qualifications et expériences des intervenants " figurant au règlement de consultation, selon laquelle " des formations en simultané entre PFAF [plateformes achats finances] seront privilégiées " avait pour seul objet de prévoir que, dans l'hypothèse où une entreprise serait attributaire de plusieurs lots, ce qui pouvait advenir, une telle possibilité de formation simultanée serait privilégiée. Dans ces conditions la décomposition du marché " achats publics " en autant de lots que de plateformes, justifiée par l'organisation du service et le découpage géographique des zones concernées caractérisant l'existence de prestations distinctes, ne révèle aucun manquement par le ministère de la défense à ses obligations de mise en concurrence. Le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 10 du code des marchés publics doit en conséquence être écarté ».

CE 21 mai 2010, n°333737, Commune Ajaccio

« S'il appartient au juge des référés précontractuels de relever un manquement aux obligations de mise en concurrence résultant d'une méconnaissance de ces dispositions, **s'agissant de la définition du nombre et de la consistance des lots, un tel manquement ne peut résulter que d'une erreur manifeste** du pouvoir adjudicateur, compte tenu de la liberté de choix qui lui est reconnue à ce titre ; le juge des référés du tribunal administratif de Bastia, en relevant l'existence d'une méconnaissance de l'article 10 du code des marchés publics au motif que les deux lots retenus par la Commune d'Ajaccio, comprenant des prestations dans les domaines du droit public, du droit privé ou du droit pénal, par l'ampleur et l'hétérogénéité des matières qu'ils regroupent présentent en réalité les caractéristiques d'un marché global, sans limiter son contrôle à l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation dans la détermination du nombre et de la consistance des lots eu égard à la nature des prestations et à l'objet du marché, a commis une erreur de droit ».

Article L2113-11

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

- 1° Il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les **missions d'organisation**, de pilotage et de coordination ;
- 2° La dévolution en lots séparés est de nature à **restreindre la concurrence** ou risque de rendre **techniquement difficile** ou **financièrement plus coûteuse** l'exécution des prestations ;
- 3° Pour les entités adjudicatrices, lorsque la dévolution en lots séparés risque de conduire à une procédure infructueuse.

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

Missions d'organisation

TA Rennes, 25 Novembre 2024, n° 2406530, Société NETVLM

« Il résulte de l'instruction que la procédure d'appel d'offre passée par la communauté d'agglomération Morlaix communauté portait sur la mise en place du contrôle d'accès sur les déchetteries de son territoire et que les prestations à effectuer au titre de ce marché comprenaient, selon le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) la fourniture et mise en place des bornes et des barrières levantes et l'entretien du matériel, les travaux de terrassement nécessaires à la mise en place des réseaux, la mise en place des réseaux (courant fort / courant faible), la fourniture, l'installation et le paramétrage des logiciels nécessaires à la gestion des accès (logiciels sur les bornes, logiciel de pilotage et supervision des bornes et interface avec logiciel STYX), la maintenance préventive, corrective et évolutive du logiciel et du matériel, la formation aux utilisateurs et l'assistance aux utilisateurs et utilisatrices. Il ressort ainsi des documents de la consultation qu'il était notamment possible de distinguer, au sein du marché en cause, les prestations relatives à la fourniture et à la mise en service des installations informatiques de contrôle d'accès de celles relatives aux travaux dits de " génie civil ", qui représente environ un tiers du montant du marché. Contrairement à ce que soutient la communauté d'agglomération Morlaix communauté, il ne résulte pas de l'instruction qu'une dévolution en lots séparés aurait nécessité une coordination entre prestataires telle qu'elle aurait rendu techniquement difficile l'exécution du marché. Si la communauté d'agglomération Morlaix communauté soutient également que l'allotissement du marché aurait rendu son exécution financièrement coûteuse, elle n'apporte aucune justification à l'appui de ses allégations. Par suite, elle doit être regardée comme ayant manqué à ses obligations d'allotissement résultant de l'article L. 2113-10 du code de la commande publique ».

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

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

maintenance et l'exploitation technique d'une infrastructure de communications électroniques à très haut débit sur le territoire de l'île de La Réunion.

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

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

« Considérant qu'il n'est pas contesté que l'objet du marché en litige permet bien l'identification de prestations distinctes au sens de l'article 10 du code des marchés publics ; que Côte d'Azur Habitat ne démontre pas, en faisant état du lancement de quinze chantiers en 2008 concernant 2079 logements en réhabilitation et 120 logements en construction neuve et des difficultés importantes rencontrées dans ses précédents appels d'offres en matière de réhabilitation de logements, qu'il n'aurait pas été en mesure, au vu de ses moyens techniques et humains et de l'ensemble des opérations déjà engagées, d'assurer les missions d'organisation, de pilotage et de coordination des marchés spécifiquement attaqués ; qu'en outre, l'allotissement n'a pas pour effet d'empêcher une entreprise générale de soumissionner pour l'ensemble des lots d'un marché ni d'interdire l'attribution de plusieurs lots à un même titulaire ; que si Côte d'Azur Habitat soutient que le choix de l'allotissement a eu pour effet, ainsi qu'il l'a constaté lors de l'exécution d'autres marchés, un surcoût important des opérations, ainsi qu'un retard engendrant des pertes de loyers, il n'établit pas l'impact financier négatif de l'allotissement ; qu'il ne démontre pas davantage que les retards constatés lors de l'exécution de marchés semblables auraient pour origine l'application du principe de l'allotissement fixé par l'article 10 du code des marchés publics, ni que le regroupement en un seul lot lui permettrait de réaliser des économies significatives alors même que l'obligation d'allotir entraînerait une charge supplémentaire pour la conduite des chantiers ; que si Côte d'Azur Habitat soutient que l'allotissement contribuerait à rendre l'exécution des prestations techniquement difficile, il n'assortit cet argument d'aucune précision ; qu'enfin, Côte d'Azur Habitat ne peut utilement invoquer la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application des marchés publics, qui ne présente pas un caractère réglementaire ; qu'il résulte de ce qui précède que, **faute d'établir l'existence d'une des exceptions au principe de l'allotissement des marchés publics, la passation par Côte d'Azur Habitat d'un marché global a méconnu les dispositions précitées de l'article 10 du code des marchés publics** ; que ledit marché doit, par suite, être annulé ».

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

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

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

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

Restreindre la concurrence

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

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

Techniquement difficile

CE, 24 novembre 2023, n°476301, Sté Guyot Environnement

« Il résulte de l'instruction que la procédure d'appel d'offre passée par la communauté d'agglomération Morlaix communauté portait sur la location, l'enlèvement, le transport et le vidage des caissons de déchetterie de ses 26 communes membres. Si la société Guyot Environnement soutient que la communauté d'agglomération aurait méconnu les dispositions citées au point précédent en ne prévoyant pas d'attribuer les prestations de location des caissons en un lot distinct, celle-ci fait valoir qu'elle est propriétaire des caissons de déchetterie et qu'elle n'est susceptible de demander au titulaire de fournir des caissons de remplacement que de manière ponctuelle afin de faire face à des pics d'activité et d'assurer la continuité du service. La communauté d'agglomération Morlaix Communauté, qui justifie ainsi que l'allotissement du marché aurait pu être de nature à rendre techniquement plus difficile l'exécution des prestations prévues au contrat, ne peut être regardée comme ayant manqué à ses obligations de mise en concurrence en recourant à un marché global ».

CE, 6 novembre 2020, n°437718, Sté Manganelli Technology

« Il résulte de l'instruction que la procédure d'appel d'offre passée par la métropole européenne de Lille visait, en l'espèce, à ce que l'aménagement audiovisuel de ses bâtiments soit basé sur des solutions numériques et informatiques interconnectées entre elles et, par conséquent, rétives techniquement à tout allotissement. Par suite, la métropole européenne de Lille ne saurait être regardée comme ayant manqué à ses obligations de mise en concurrence en recourant à un marché global ».

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

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

Considérant, en second lieu, que le SIEBR ne pouvait utilement soutenir devant le juge des référés que le recours à un marché global était possible dans les conditions prévues par le deuxième alinéa de l'article 10 cité ci-dessus, dès lors, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, qu'il avait lui-même décidé de passer trois marchés distincts ; que, par suite, et en tout état de cause, les moyens tirés de ce que le juge des référés n'aurait pas répondu à l'argumentation du syndicat tirée des difficultés techniques que soulèverait l'allotissement des prestations et aurait commis une erreur de droit en ne recherchant pas si le recours à un marché global était possible, ne peuvent qu'être écartés ».

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

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

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

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

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

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

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

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

« Collectivité ayant engagé une procédure pour la passation d'un marché de services juridiques divisés en deux lots - l'un ayant pour objet des prestations de conseils juridiques, l'autre la représentation en justice. Elle n'a pas, ce faisant, méconnu l'article 10 du code des marchés publics, une telle division en

deux lots n'étant pas, compte tenu de la nature des prestations et de l'objet du marché, entachée **d'une erreur manifeste d'appréciation** ».

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

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

Financièrement plus coûteuse

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

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

CE, 7 mai 2013, n°365706, Sté Agilis et autres

« 10. Considérant (...) que si le pouvoir adjudicateur a, en l'espèce, engagé la procédure de passation litigieuse sans allouer le marché, il soutient, sans être sérieusement contesté sur ce point, qu'eu égard au caractère à la fois peu prévisible et inégal du volume de prestations nécessaires sur chacun des axes et tunnels routiers d'Ile-de-France, la mobilisation d'un plus grand nombre d'équipements fréquemment inoccupés qu'aurait occasionnée une dévolution en plusieurs lots aurait eu pour conséquence de rendre financièrement plus coûteuse l'exécution de ces prestations ».

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

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

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

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

Motive(r) son choix

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

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

Article R2113-1

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

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

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

Article R2113-2

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

Article R2113-3

L'acheteur qui décide de ne pas allotir un marché répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée motive ce choix :
1° Dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation mentionné à l'article

R. 2184-1, lorsqu'il agit en tant que pouvoir adjudicateur ;
2° Parmi les informations qu'il conserve en application des articles R. 2184-7 et R. 2184-8, lorsqu'il agit en tant qu'entité adjudicatrice.

Article R2113-4

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

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

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

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

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

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

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

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

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

« Considérant, d'une part, que le contrat passé entre la SOCIETE COIGNET ENTREPRISE et le centre hospitalier général d'Angoulême portait sur la réalisation d'une tranche ferme d'un montant de 13,789 millions de francs hors taxe et d'une tranche optionnelle d'un montant de 1,848 millions de francs hors

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

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

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

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

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

Article R2113-5

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

Article R2113-6

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

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

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

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

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

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

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

Au titulaire

DAJ, fiche technique, les marchés à tranches conditionnelles, page 1 (22/12/2014)

« La multi-attribution doit être écartée dans un marché à tranches conditionnelles. Le titulaire du marché peut cependant être un groupement ».

Le titulaire peut bénéficier, si le marché public le prévoit et dans les conditions qu'il définit, d'une indemnité d'attente ou de dédit

CAA Paris, 19 janvier 2015, n° 13PA02288

« Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 72 du code des marchés publics que **le titulaire d'un marché à tranches conditionnelles peut bénéficier d'une indemnité de dédit en cas de non affermissement des tranches conditionnelles uniquement si le marché le prévoit** ; que, dès lors, l'article 1.4 du CCAP du marché en litige qui dispense la personne publique de verser une indemnité de dédit n'a pas méconnu l'article 72 du code des marchés publics ».

CAA Nantes, 6 juillet 2012, n°10NT01653, société Tomasi

« Considérant que **la communauté de communes du pays de Sées n'a pas affirmé la tranche conditionnelle n° 2 du marché de la SOCIETE TOMASI, mais a affirmé celle du lot n° 1 " VRD "**, attribué à la société EUROVIA, en modifiant cette tranche par avenant ; qu'il résulte de l'instruction, en particulier du plan initial des travaux et des photographies de l'aménagement réalisé du parvis de la cathédrale et de la place de la mairie, que le projet a été modifié de façon importante dans son élévation, par la suppression notamment d'un belvédère remplacé par une promenade ; que si la SOCIETE TOMASI soutient que la modification du projet est la conséquence d'un litige l'ayant opposée au président de la collectivité, au cours de l'exécution de la tranche ferme des travaux, la communauté de communes du pays de Sées fait valoir, sans être sérieusement contestée, que le projet de construction d'un belvédère a été abandonné en vue de permettre l'accès de tout le parvis aux personnes à mobilité réduite et que des exigences archéologiques ne permettaient pas l'implantation d'arbres de hautes tiges mais seulement d'arbustes et de plantes diverses, ce qui justifiait la réalisation d'un aménagement de voirie nécessitant moins de travaux de maçonnerie, relevant de la société requérante ; qu'ainsi, **dès lors que les travaux réalisés ne peuvent être regardés comme ceux prévus par la tranche conditionnelle du marché de la SOCIETE TOMASI, qui se borne à demander le paiement de cette tranche, et en l'absence de stipulation contractuelle prévoyant**

une indemnité de dédit, la SOCIETE TOMASI n'a pas droit au paiement de cette tranche non exécutée ».

CAA Marseille, 23 mai 2011, n° 09MA00635, Société groupe industriel services

« Considérant que la commune de Cogolin a pris la décision, le 14 décembre 2006, de ne pas affirmer les deux tranches conditionnelles du marché ; qu'aucune stipulation du marché, n'ouvre droit à une indemnité de dédit au profit de la société appelante ; que, dès lors, les conclusions de la SOCIETE GROUPE INDUSTRIEL SERVICES tendant au paiement d'une somme au titre des tranches conditionnelles du marché doivent être rejetées ».

CAA Bordeaux, 12 juin 2007, 04BX01965 et n° 06BX01366, J. Ferrando et autres

« Considérant que, par marché en date du 24 avril 1995, le Centre hospitalier d'Agen a confié la « construction et l'aménagement d'un centre de gérontologie à Pompeyrie » à un groupement de maîtrise d'œuvre constitué de MM. Jean X, Magin X et Michel Y, architectes, de la société OTH Sud-Ouest, chargée de la conception technique, de la SARL Franco ZANI, bureau de réalisation d'études techniques du gros-œuvre, de Michel Z pour l'exécution technique de l'électricité et de la société SIEA POIRIER, bureau d'études techniques pour les fluides ; qu'en vertu de plusieurs avenants, le marché devait être exécuté en trois phases concernant la création d'un bâtiment C, bâtiment neuf de 84 lits, la réhabilitation de l'aile B pour 96 lits et la réhabilitation de l'aile A de 96 lits ; que les travaux de la première tranche ont été réceptionnés avec réserves le 7 avril 1999 ; que, par lettre du 4 juillet 2001, le maître de l'ouvrage a résilié le marché ; que, par jugement du 28 septembre 2004, le tribunal administratif de Bordeaux a, sur la demande du groupement, jugé cette résiliation fautive, ordonné avant-dire droit une expertise afin de déterminer le préjudice de la maîtrise d'œuvre et rejeté les conclusions relatives au règlement du solde sur les travaux exécutés et à la réparation de l'atteinte portée aux droits d'auteur des architectes ; que le groupement a relevé appel dudit jugement en tant qu'il a rejeté ces dernières conclusions ; que, par un second jugement du 25 avril 2006, le tribunal a condamné le Centre hospitalier à indemniser chacun des membres de la maîtrise d'œuvre du manque à gagner sur la deuxième tranche affirmée du projet, mais rejeté le surplus des conclusions relatives à la troisième tranche conditionnelle ; que le groupement, hormis M. Y, relève appel dudit jugement en tant qu'il n'a pas entièrement fait droit à ses demandes ; que, par la voie de l'appel incident, le Centre hospitalier d'Agen, demande la réformation du jugement en tant qu'il a accordé à la société OTH Sud-Ouest une somme de 14 398 ? ;

Sur les conclusions relatives à l'indemnisation du manque à gagner :

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la troisième tranche est demeurée conditionnelle ; qu'elle a été purement et simplement abandonnée par le Centre hospitalier ; qu'il est constant que le marché ne prévoyait pas d'indemnité de dédit au bénéfice des cocontractants en cas d'inexécution des tranches conditionnelles ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée par le Centre hospitalier d'Agen, les cocontractants ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Bordeaux a rejeté leurs conclusions relatives au manque à gagner sur la troisième tranche, quand bien même celui-ci avait été estimé par l'expert désigné en première instance ».

Section 3 - Réservation

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

Article L2113-12

Des marchés ou des lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées mentionnées à l'article L. 5213-13 du code du travail, à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés à l'article L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles ainsi qu'à des structures équivalentes, lorsqu'ils emploient une proportion minimale, fixée par voie réglementaire, de travailleurs handicapés qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

Directive 2014/24 UE du 26 février 2014, Préambule, point 36

« L'emploi et le travail contribuent à l'insertion dans la société et constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous. Les ateliers protégés peuvent jouer un rôle considérable à cet égard. Cela vaut également pour d'autres entreprises sociales ayant pour objectif principal de soutenir l'intégration ou la réintégration sociale et professionnelle des personnes handicapées ou défavorisées telles que les chômeurs, les membres de minorités défavorisées ou de groupes socialement marginalisés pour d'autres raisons. Toutefois, de tels ateliers ou entreprises pourraient ne pas être en mesure de remporter des marchés dans des conditions de concurrence normales. Dès lors, il convient de prévoir que les États membres aient la possibilité de réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics ou de certains lots de ceux-ci à de tels ateliers ou entreprises ou d'en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés ».

Article R2113-7

Lorsque l'acheteur réserve un marché ou des lots d'un marché aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés, l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, les documents de la consultation renvoient à l'article L. 2113-12 ou à l'article L. 2113-13.

La proportion minimale mentionnée à ces articles est fixée à 50 %.

DAJ, 7 août 2018, Guide sur les aspects sociaux de la commande publique, page 48.

CJUE, 6 octobre 2021, C-598/19, Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (Conacee)

« L'article 20, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose des conditions supplémentaires par rapport à celles énoncées à cette disposition, excluant de ce fait des procédures de passation de marchés publics réservés certains opérateurs économiques qui remplissent les conditions prévues à ladite disposition, sous réserve du respect, par cet État membre, des principes d'égalité de traitement et de proportionnalité ».

CC, 6 décembre 2001, n°2001-452 DC, Loi MURCEF

« Considérant que le législateur peut, dans le but de concilier l'efficacité de la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats avec d'autres objectifs d'intérêt général inspirés notamment par des préoccupations sociales, prévoir un droit de préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, en faveur de certaines catégories de candidats ; que, s'il lui est également loisible, dans le même but, de réserver l'attribution d'une partie de certains marchés à des catégories d'organismes précisément déterminées, il ne saurait le faire que pour une part réduite, pour des prestations définies et dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général ainsi poursuivis ;

Considérant que l'article 12 de la loi déferée prévoit qu'" un quart des lots " des " marchés visés par le code des marchés publics " qui " font l'objet d'un allotissement " et " portent, en tout ou partie ", sur des " prestations susceptibles d'être exécutées " par les structures associatives ou coopératives visant notamment à " promouvoir l'esprit d'entreprise indépendante et collective ", fait l'objet d'une mise en concurrence entre ces structures ; que ces dispositions, tant par leur ampleur que par leur imprécision, portent au principe d'égalité devant la loi une atteinte disproportionnée par rapport à l'objectif d'intérêt général qui s'attache au développement de l'économie sociale ; que, par suite, il y a lieu de déclarer cet article contraire à la Constitution ».

La proportion minimale mentionnée à ces articles est fixée à 50 %.

Directive 2014/24 UE du 26 février 2014, article 20, point 1

« Les États membres peuvent réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou prévoir l'exécution de ces marchés dans le contexte de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins 30 % du

personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés ».

Article L2113-13

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

CJUE, 6 oct. 2021, C-598/19, CONACEE

« 21. En premier lieu, s'agissant du libellé de l'article 20, paragraphe 1, de la directive 2014/24, il convient de constater, premièrement, que cette disposition confère aux États membres la faculté de réserver à des ateliers protégés et à certains opérateurs économiques le droit de participer à des procédures de passation de marchés publics et énonce les conditions auxquelles est subordonnée cette faculté. Comme l'a indiqué, en substance, M. l'avocat général aux points 41 et 42 de ses conclusions, ladite disposition est ainsi formulée en des termes qui n'indiquent nullement que l'ensemble des entités qui remplissent ces conditions doivent bénéficier de ce droit.

22. Deuxièmement, la seconde condition posée à cette disposition, selon laquelle au moins 30 % du personnel des entités visées à cette dernière doit être constitué par des personnes handicapées ou défavorisées, ne constitue qu'une exigence minimale.

23. Troisièmement, il importe de souligner que la référence aux « opérateurs économiques » indique, eu égard à la définition de ces termes figurant à l'article 2, point 10, de cette directive et ainsi que l'a relevé, en substance, M. l'avocat général au point 42 de ses conclusions, une certaine généralité et une certaine indétermination quant aux entités pouvant bénéficier des procédures de passation de marchés publics visées à cet article 20, paragraphe 1, pour autant que ces opérateurs aient pour objet principal l'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées ou défavorisées.

24. Il résulte ainsi du libellé de l'article 20, paragraphe 1, de la directive 2014/24 que, lorsqu'ils décident de réserver à certaines entités le droit de participer à des procédures de passation de marchés publics, en vertu de cette disposition, les États membres jouissent d'une certaine latitude dans la mise en œuvre des conditions énoncées par cette même disposition ».

Article L2113-13-1

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

Article L2113-14

Un acheteur peut réserver un même marché ou un même lot d'un marché à la fois aux opérateurs économiques qui répondent aux conditions de l'article L. 2113-12 et à ceux qui répondent aux conditions de l'article L. 2113-13.

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

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

Article L2113-15

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

une mission de service public liée à la prestation de services mentionnés sur cette liste.

CJUE 14 juill. 2022, C-436/20, ASADE

« 90. Ainsi, le recours exclusif aux entités privées sans but lucratif afin d'assurer la fourniture de tels services sociaux est susceptible d'être motivé tant par les principes d'universalité et de solidarité, propres à un système d'assistance sociale, que par des raisons d'efficacité économique et d'adéquation, en tant qu'il permet que ces services d'intérêt général soient assurés dans des conditions d'équilibre économique sur le plan budgétaire, par des entités constituées essentiellement en vue de servir l'intérêt général et dont les décisions ne sont pas guidées, comme le relève le gouvernement espagnol, par des considérations purement commerciales (...).

91. Lorsqu'elle est motivée par de telles considérations, l'exclusion des entités privées à but lucratif des procédures de passation des marchés publics ayant pour objet la fourniture de tels services sociaux n'est pas contraire au principe d'égalité, pour autant que cette exclusion contribue effectivement à la finalité sociale ainsi qu'à la poursuite des objectifs de solidarité et d'efficacité budgétaire sur lesquels ce système est fondé (...)

95. Il s'ensuit que le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques, tel qu'il est désormais consacré à l'article 76 de la directive 2014/24, **autorise les États membres à réserver le droit de participer à la procédure d'attribution des marchés publics de services sociaux d'aide à la personne aux entités privées sans but lucratif**, y compris à celles qui ne sont pas strictement bénévoles, pour autant, d'une part, que les éventuels bénéfices qui résultent de l'exécution de ces marchés soient réinvestis par ces entités en vue d'atteindre l'objectif social d'intérêt général qu'elles poursuivent et, d'autre part, que l'ensemble des conditions rappelées aux points 90 et 91 du présent arrêt soient remplies »

Article L2113-16

Une entreprise ainsi attributaire d'un marché ne peut bénéficier d'une attribution au même titre au cours des trois années suivantes.

La durée d'un marché réservé aux entreprises de l'économie sociale et solidaire ne peut être supérieure à trois ans.

Article R2113-8

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

Titre II - CHOIX DE LA PROCÉDURE DE PASSATION

Article L2120-1

Les marchés sont passés, selon leur montant, leur objet ou les circonstances de leur conclusion :

- 1° Soit sans publicité ni mise en concurrence préalables, dans les conditions prévues au chapitre II ;
- 2° Soit selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues au chapitre III ;
- 3° Soit selon une procédure formalisée, dans les conditions prévues au chapitre IV.

Chapitre Ier - Calcul de la valeur estimée du besoin

Section 1 - Dispositions générales

Article R2121-1

L'acheteur procède au **calcul de la valeur estimée** du **besoin** sur la base du montant total hors taxes du ou des marchés envisagés.

Il tient compte des options, des reconductions ainsi que de l'ensemble des lots et, le cas échéant, des primes prévues au profit des candidats ou soumissionnaires.

Calcul de la valeur estimée

DAJ, Fiches techniques, Calcul de la valeur estimée du besoin p.12-13.

« Une fois le besoin défini, l'acheteur doit procéder au calcul de sa valeur estimée afin notamment de pouvoir identifier la procédure à mettre en œuvre pour son marché public ».

Besoin

DAJ, Fiches techniques, définition du besoin

« L'obligation de définir précisément la nature et l'étendue des besoins, posée à l'article 30 de l'ordonnance n° 2015-899, est un moyen de respecter à la fois les grands principes et les objectifs de la commande publique, énoncés à l'article 1er de cette ordonnance et dont la valeur constitutionnelle avait été affirmée par le conseil constitutionnel dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003.

Une définition précise des besoins par l'acheteur permet notamment de procéder à une estimation fiable du montant du marché public. Or, le choix de la procédure à mettre en œuvre est déterminé en fonction du montant et des caractéristiques des prestations à réaliser. C'est pourquoi, il apparaît indispensable de procéder, en amont, à une définition précise du besoin. De cette phase préalable essentielle dépend le choix de la procédure et la réussite ultérieure du marché public.

Par « besoins » du pouvoir adjudicateur, on entend, non seulement, les besoins liés à son fonctionnement propre (ex : des achats de fournitures de bureaux, d'ordinateurs pour ses agents, de prestations d'assurance pour ses locaux, etc.) mais également les besoins liés à son activité d'intérêt général et qui le conduisent à fournir des prestations à des tiers (ex : marchés publics de formation et d'insertion, marchés publics de transport scolaire, etc.). »

TA Versailles, 9 juillet 2024, n°2207150, Commune d'Orgeval

« 7. Les requérants soutiennent que les besoins ont été mal définis dès lors que le montant estimatif du marché, valant pour le marché de construction du groupe scolaire et d'un parking et de la crèche et d'un parking s'élevait à 8,3 millions d'euros HT dans l'avis d'appel à la concurrence, alors que l'acte d'engagement signé par le maire d'Orgeval indique un montant de 14,40 millions d'euros HT pour le seul marché de construction du groupe scolaire et d'un parking et l'acte d'engagement signé par la présidente du SIVU de la petite enfance pour la construction d'une crèche indique un montant de 3,08 millions d'euros HT. **Si les défendeurs font valoir à juste titre que cette estimation imprécise n'a pas conduit à sous-estimer le seuil au-delà duquel une procédure formalisée est obligatoire et n'a pas conduit à une absence ou à un nombre trop limité de candidatures, les requérants sont fondés à soutenir que l'estimation du prix des marchés mentionnée dans l'avis d'appel à la**

concurrence n'était pas raisonnable...

17. Les irrégularités mentionnées aux points 5 à 7 et 16 du présent jugement ont porté atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence. De plus, les vices mentionnés aux points 8 à 14 du présent jugement ont porté atteinte au principe de transparence de la procédure de passation des marchés publics. En outre, à l'exception du vice concernant la compétence du signataire du marché relatif à la crèche, **ces vices ne peuvent pas être couverts par une mesure de régularisation**. Ces illégalités, qui n'affectent ni le consentement de la personne publique ni le bien-fondé des contrats, et en l'absence de toutes circonstances particulières révélant notamment une volonté de la personne publique de favoriser un candidat, ne justifient pas une annulation des contrats litigieux. **Toutefois, ces irrégularités mettent en cause la transparence de la procédure d'attribution** et les conditions dans lesquelles la concurrence entre acheteurs a pu s'exercer, ce qui est de nature à justifier la résiliation de ces contrats ».

Article R2121-2

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

Directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics

« Une unité opérationnelle est considérée comme autonome lorsque :

- elle mène de manière autonome la procédure d'achat ;
- elle a la responsabilité d'un budget propre ;
- il existe des lignes budgétaires séparées pour l'achat concerné ;
- la personne est compétente pour signer le contrat d'achat.

Ce faisceau d'indices implique pour le pouvoir adjudicateur de procéder à une évaluation au cas par cas ».

Article R2121-3

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

Article R2121-4

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

Section 2 - Prise en compte de la nature des prestations

Article R2121-5

Pour les marchés de travaux, la valeur estimée du besoin est déterminée, quels que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte la valeur totale des travaux se rapportant à une **opération** ainsi que la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition du titulaire par l'acheteur lorsqu'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux.

Il y a opération de travaux lorsque l'acheteur prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limité, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique.

Opération

CE 26 sept. 1994, n°122759, Préfet d'Eure-et-Loir

« Considérant qu'aux termes de l'article 309 du code des marchés publics : "Les collectivités publiques... peuvent conclure des marchés négociés pour des travaux, fournitures ou services dont la valeur n'excède pas, pour le montant de l'opération, des seuils fixés, pour chaque catégorie, par arrêté conjoint du ministre de l'économie et des finances et des ministres intéressés" ; qu'en vertu de l'arrêté interministériel du 7 janvier 1982 applicable aux marchés en cause, ce seuil s'élève à 350 000 F ; Considérant qu'il ressort des pièces du dossier et notamment de l'examen du contenu des marchés que ceux-ci ont été conclus entre les mêmes parties pour la réalisation de trottoirs en quatre endroits d'un même quartier de la commune de Châteaudun par l'utilisation de procédés techniques identiques ; que ces travaux ont fait l'objet de la publication d'un unique avis d'information et qu'ils devaient être effectués à des dates identiques dans les mêmes délais ; que, dès lors, sous l'apparence de quatre marchés, il s'agissait en fait de la réalisation d'une seule opération dont le montant global s'élevait à 425 588,35 F, dépassant ainsi le seuil prévu par les dispositions précitées de l'article 309 du code des marchés publics ; que, par suite, le PREFET D'EURE-ET-LOIR est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif d'Orléans a rejeté son déferé tendant à l'annulation des quatre marchés conclus le 6 décembre 1989 entre la commune de Châteaudun et les entreprises Jean X... et S.T.P.B. pour la construction de trottoirs ; »

CE 8 févr. 1999, n° 156333, Syndicat intercommunal des eaux de la Gâtine

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le conseil syndical du SYNDICAT INTERCOMMUNAL DES EAUX DE LA GATINE a passé deux marchés négociés relatifs, d'une part à des travaux d'étanchéité des cuves des châteaux d'eau "des Granges" sur la commune Le Busseau et de "La Côtinière" sur la commune de Secondigny pour un montant de 699 858,60 F TTC et d'autre part, à des travaux de peinture des châteaux d'eau "des Granges" sur la commune "Le Busseau" et de "La Côtinière" sur la commune de Secondigny pour un montant de 696 015,96 TTC ; que, dans les circonstances de l'espèce, ces travaux approuvés par deux délibérations du même jour à des dates rapprochées qui devaient être effectués sur les mêmes ouvrages et qui ont pour objet d'assurer la réfection des châteaux d'eau et leur fonctionnement sont relatifs à une même opération au sens de l'article 104 alinéa 10 du code des marchés publics nonobstant la circonstance que ces marchés avaient fait l'objet de deux avis distincts d'appel à la concurrence ; que le montant global de ces travaux artificiellement dissociés s'élevait ainsi à 1 395 874,56 F TTC excédant le seuil prévu par les dispositions réglementaires précitées ; que, dès lors, le syndicat intercommunal ne pouvait recourir à la procédure de marché négocié ; »

CJCE 5 oct. 2000, C-16/98, Commission c/ France

« En l'espèce, il s'agit d'une série de travaux ponctuels d'entretien et d'extension qui portent sur des réseaux de distribution d'électricité et d'éclairage public existants, et dont le résultat, lorsqu'ils seront achevés, fera partie intégrante de la fonction remplie par les réseaux concernés. 38. Il s'ensuit que, pour ce type de travaux, l'appréciation de l'existence d'un ouvrage doit être effectuée par rapport à la fonction économique et technique que remplissent les réseaux de distribution d'électricité et d'éclairage public en question. 39. Lors de la procédure écrite, tant la Commission que le gouvernement français ont développé leur argumentation en partant de la prémisses selon laquelle l'existence d'une seule et même entité adjudicatrice est une condition nécessaire pour qu'une série de marchés puisse être considérée comme tendant à la réalisation d'un ouvrage unique. 40. Interrogée à ce sujet lors de l'audience, la Commission a toutefois précisé que l'existence d'une seule et même entité adjudicatrice n'est pas une condition nécessaire, mais seulement un indice de l'existence d'un seul ouvrage. 41. Au cours de l'audience, la Commission a également soutenu que des marchés doivent être regardés comme tendant à la réalisation d'un ouvrage unique lorsqu'ils présentent entre eux un lien tel qu'une entreprise de la Communauté pourra les considérer comme une même opération économique et se porter candidate pour la réalisation de l'ensemble. 42. Il convient de relever que, si l'existence d'une seule et même entité adjudicatrice et la possibilité pour une entreprise de la Communauté de réaliser l'ensemble des travaux qui sont visés par les marchés concernés peuvent, selon les circonstances, constituer des indices corroborant l'existence d'un ouvrage au sens de la directive, elles ne sauraient, en revanche, constituer des critères déterminants à cet égard. Ainsi, la pluralité d'entités adjudicatrices et l'impossibilité de réalisation de l'ensemble des travaux concernés par une seule entreprise ne sont

pas de nature à remettre en cause l'existence d'un ouvrage lorsque cette conclusion s'impose en application des critères fonctionnels définis à l'article 14, paragraphe 10, premier alinéa, seconde phrase, de la directive. 43. En effet, la définition de la notion d'ouvrage que comporte cette disposition ne subordonne pas l'existence d'un ouvrage au concours d'éléments tels que le nombre d'entités adjudicatrices ou la possibilité de réalisation de l'ensemble des travaux par une seule entreprise ».

Article R2121-6

Pour les marchés de fourniture ou de services, la valeur estimée du besoin est déterminée, quels que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme **homogènes** soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle.

Homogènes

Réponse ministérielle à question écrite n° 56136 (M. Fidelin), JOAN Q 17 novembre 2009 , p. 10909.

« Comme le souligne en son point 7.2 la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics, le montant des services dont un acheteur public envisage l'achat doit être cumulé dès lors que ceux-ci peuvent être considérés comme homogènes par référence aux deux critères alternatifs de l'article 27-II que sont : les caractéristiques propres des services considérés, c'est-à-dire leur similarité intrinsèque, étant précisé que la notion de similarité peut ne pas avoir la même signification d'un acheteur public à un autre, eu égard à leur activité propre ; la constitution d'une unité fonctionnelle qui peut être relevée lorsque les services considérés participent de la même finalité ou concourent à un même objet (ex : la construction d'un ouvrage) ».

TA Dijon, 5 juillet 2024, n°2401913, Préfet de l'Yonne

« En premier lieu, en l'état de l'instruction, et en particulier au regard de l'analyse du contenu des missions qui ont été confiées au titulaire et qui sont détaillées dans chaque contrat, il n'apparaît pas que les différentes prestations de services mentionnées dans les cinq contrats attaqués, lesquels ne constituent pas une même unité fonctionnelle, auraient nécessairement, compte tenu de leurs caractéristiques propres, un caractère homogène pour l'application de l'article R. 2121-6 du code de la commande publique. En second lieu, il apparaît, en l'état de l'instruction, que la CCYN a mis en concurrence l'attribution des cinq marchés en litige et que la société Activ conseil environnement et la société Acteco Recycling, en réponse à cette consultation, ont soit proposé des prix supérieurs à ceux proposés par la société Envirec soit n'ont pas formulé d'offre pour l'un ou l'autre contrat. Dès lors, le moyen tiré de ce que le président de la CCYN a conclu les contrats en méconnaissant les articles R. 2121-6 et R. 2122-8 du code de la commande publique, n'est pas de nature à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la validité de ces contrats. »

CAA Versailles, 10 mai 2005, n°04VE01552, OPDHLM du Val-d'Oise

« Il résulte de ces dispositions combinées que l'achat d'un progiciel, d'une part, et sa maintenance, d'autre part, peuvent être dissociées ; qu'elles **constituent alors des prestations homogènes distinctes** pouvant, de ce fait, donner lieu à des marchés distincts ; que les mêmes dispositions n'excluent pas le cas où le fournisseur du progiciel et le responsable de sa maintenance sont une seule et même personne morale ».

CAA Paris, 22 juin 2004, n°00PA02611, Commune de Bussy-Saint-Georges

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le marché négocié conclu le 12 mai 1999 par la COMMUNE DE BUSSY-SAINT-GEORGES avec la société Experts et Commissaires portant sur la réorganisation financière de la mairie d'un montant de 683.802 F formait, compte tenu de leur objet et de leurs conditions d'exécution, une même opération avec les marchés conclus le 24 novembre 1998 avec la société Experts et Commissaires portant sur la restructuration des services administratifs, comptables et financiers de la mairie, d'un montant mensuel de 60.000 F TTC, renouvelable par tacite reconduction, et le 1er octobre 1998 avec la société Matignon portant également sur la réorganisation

financière de la mairie prévoyant des interventions ponctuelles rémunérées sur un taux horaire de 750 F HT ;

Considérant, que le seuil précité de 700 000F s'apprécie en prenant en compte le montant prévu des travaux, fournitures ou services projetés ; que, par suite, ni la circonstance, à la supposer établie, que les prestations facturées par la société Experts et Commissaires à la COMMUNE DE BUSSY-SAINT-GEORGES auraient été inférieures au montant de 683.802 F prévu par le marché négocié conclu le 12 mai 1999, ni celle, à la supposer également établie, que les prestations facturées par les deux sociétés au seul titre de l'année 1999 auraient été inférieures au seuil de 700.000 F, sont sans incidence sur la régularité dudit marché ».

Article R2121-7

Pour les marchés de fournitures ou de services qui répondent à un **besoin régulier**, la valeur estimée du besoin est déterminée sur la base :

- 1° Soit du montant hors taxes des prestations exécutées au cours des douze mois précédents ou de l'exercice budgétaire précédent, en tenant compte des évolutions du besoin susceptibles d'intervenir au cours des douze mois qui suivent la conclusion du marché ;
- 2° Soit de la valeur estimée des prestations qui seront exécutées au cours des douze mois ou de l'exercice budgétaire qui suit la conclusion du marché.

Besoin régulier

Question écrite avec réponse n° 6870, 27 mars 2018 – Marchés publics—M. Jean-Luc Fugit – Ministère de l'Economie et des Finance

« En cas de besoin régulier, la valeur estimée du besoin doit être calculée de la même manière à la différence près que ce calcul s'effectue nécessairement à partir d'un décompte annuel. Ainsi, quand bien même son ou ses marchés publics seraient d'une durée inférieure à un an, l'acheteur doit prendre en compte la valeur des fournitures et services regardés comme homogènes qui ont vocation à être commandés sur une période minimale d'un an pour déterminer la procédure applicable. Pour les marchés supérieurs à un an, cette base annuelle est à multiplier par le nombre d'exercices budgétaires ou de 12 mois couverts par le marché public. Le besoin ne doit pas être scindé de façon artificielle dans le but de bénéficier de règles de passation allégées, sous peine d'entacher la procédure d'attribution d'illégalité ».

Section 3 - Dispositions propres aux accords-cadres, systèmes d'acquisition dynamique et partenariats d'innovation

Article R2121-8

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

TA Lyon, 5 novembre 2024, n°2410291

« Le règlement de la consultation d'un marché est obligatoire dans toutes ses mentions. Le pouvoir adjudicateur ne peut, dès lors, attribuer le marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par ce règlement. Toutefois, une offre ne saurait être regardée comme ne respectant pas les exigences du règlement de la consultation au seul motif que le prix qu'elle propose est supérieur au montant maximum de l'accord-cadre figurant dans le règlement de la consultation. »

CE, 28 janvier 2022, n°456418, Communauté de communes Convergence Garonne

« Il résulte de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne mentionné au point 5 que, pour tout appel à concurrence relatif à un marché destiné à être passé sous la forme d'un accord-cadre qui, eu égard à son montant, entre dans le champ d'application de cette directive, l'avis publié à cet effet doit comporter la mention du montant maximal en valeur ou en quantité que prévoit le pouvoir adjudicateur,

cette indication pouvant figurer indifféremment dans l'avis de marché ou dans les documents contractuels mentionnés dans l'avis de marché et librement accessibles à toutes les personnes intéressées. Il n'en va différemment que pour les accords-cadres qui ne sont pas régis par cette directive, pour lesquels le décret du 23 août 2021, modifiant notamment les dispositions de l'article R. 2162-4 du code de la commande publique, a supprimé la possibilité de conclure un accord-cadre sans maximum, en différant, en son article 31, l'application de cette règle aux avis de marché publiés à compter du 1er janvier 2022 afin de ne pas porter une atteinte excessive aux intérêts privés et publics en cause ».

CJUE, 17 juin 2021, affaire C-23/20, Simonsen & Weel

« 1) L'article 49 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, les points 7 et 8 ainsi que le point 10, sous a), de la partie C de l'annexe V de cette directive, lus en combinaison avec l'article 33 de ladite directive et les principes d'égalité de traitement et de transparence énoncés à l'article 18, paragraphe 1, de cette dernière, doivent être interprétés en ce sens que l'avis de marché doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre et qu'une fois que cette limite aura été atteinte, ledit accord-cadre aura épuisé ses effets.

2) L'article 49 de la directive 2014/24 ainsi que le point 7 et le point 10, sous a), de la partie C de l'annexe V de cette directive, lus en combinaison avec l'article 33 de ladite directive et les principes d'égalité de traitement et de transparence énoncés à l'article 18, paragraphe 1, de cette dernière, doivent être interprétés en ce sens que l'avis de marché doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre de manière globale et que cet avis peut fixer des exigences supplémentaires que le pouvoir adjudicateur déciderait d'y ajouter. »

Article R2121-9

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

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

Section 1 - Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leur montant ou de leur objet

Article L2122-1

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

Article R2122-1

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures et qu'il ne pouvait pas prévoir ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées.

Tel est notamment le cas des marchés rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux mentionnés à l'article L. 1311-4 du code de la santé publique et aux articles L. 184-1, L. 511-11, L. 511-15, L. 511-16 et L. 511-19 à L. 511-21 du code de la construction et de l'habitation ainsi que des marchés passés pour faire face à des dangers

sanitaires définis aux 1° et 2° de l'article L. 201-1 du code rural et de la pêche maritime. Le marché est limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence.

Première procédure infructueuse

CAA Toulouse, 05 décembre 2023, n°22TL21015, Société Architecture rhétorique technique esthétique

« Pour justifier de sa décision d'infructuosité du 12 mars 2019 quant au marché négocié de maîtrise d'œuvre concernant la construction d'une cuisine centrale, la communauté de communes Terres des Confluences soutient que les honoraires de rémunération présentés dans sa dernière offre par le maître d'œuvre, soit la société appelante, excédaient les crédits budgétaires alloués à ce marché de maîtrise d'œuvre et qu'en conséquence l'offre présentait un caractère inacceptable.

6. Il ressort des pièces du dossier, notamment de la délibération du conseil communautaire de la communauté de communes Terres des Confluences du 5 juin 2018 et de l'analyse des négociations, que le pouvoir adjudicateur avait fait voter un budget prévisionnel pour les travaux de construction de la cuisine centrale et les équipements d'un montant de 2 070 000 euros hors taxes, et **avait limité les d'honoraires de la maîtrise à un taux de 9,42 %, proche du taux usuellement pratiqué de 10 %, ce qui équivaut à des honoraires de maîtrise d'œuvre d'un montant de 195 128,55 euros hors taxes.** Or, la société Architecture Rhétorique Technique Esthétique a présenté une seconde offre à l'issue de la phase de négociation prévoyant des honoraires de maîtrise d'œuvre à hauteur de 341 291,25 euros hors taxes, soit 282 296,25 euros pour la mission de base et 58 995 euros pour les missions complémentaires, avec un taux de rémunération de 13,64 %, un taux de base de 10,91 % et un taux de complexité de 1,25%, cette offre excédant ainsi de 74,9 % le budget prévisionnel d'honoraires, fixé à 9,42 % de l'enveloppe budgétaire du marché de travaux, soit 195 128,55 euros hors taxes. Ainsi c'est à bon droit que les premiers juges ont estimé que, compte tenu de l'ampleur manifeste de cet écart, le montant de l'offre de la société Architecture rhétorique technique et esthétique était très nettement supérieur aux crédits budgétaires alloués dans le cadre de ce marché public et pouvait, dès lors, être valablement regardé comme inacceptable au sens des dispositions de l'article 59 du décret du 25 mars 2016 ».

Urgence particulière

CAA Nancy, 23 Juillet 2019, n° 18NC01514-18NC01516, Société Iserba

« Il résulte de l'instruction que la résiliation par l'office public de l'habitat " Mulhouse Habitat " du marché n° 2013-20 aux torts exclusifs de la société Iserba est intervenue le 10 juillet 2016, au vu d'éléments qui n'ont été mis en évidence qu'au cours de la première moitié de l'année 2016 et que, contrairement à ce que soutient l'appelante, l'office justifiait bien, dans ces conditions, d'une situation d'urgence impérieuse lui permettant régulièrement, afin d'assurer, pour la période de six mois de validité restante du contrat, la continuité de l'exécution de ces prestations d'entretien d'équipements sanitaires alimentés en gaz et de garantir notamment la sécurité des locataires et des logements, de se fonder sur les dispositions précitées pour passer le marché de substitution sans publicité ni mise en concurrence préalable ».

CAA Marseille, 12 mars 2007, n° 04MA00643, Commune de Bollène

« Aucune disposition des articles précités du code des marchés publics n'impose que le maire soit autorisé à lancer la procédure dite d'urgence impérieuse et qu'en tout état de cause, la commission d'appel d'offres a avalisé le 9 octobre 2002 le choix de cette procédure en motivant son avis par la nécessité de «rétablir dans l'urgence les voies et chemins sinistrés afin d'assurer la sécurité et permettre une circulation normale » ; que cette motivation suffisamment précise a été reprise par la délibération querellée du conseil municipal de Bollène du 17 octobre 2002 ».

CJCE 14 sept. 2004, C-385/02, Commission c/ Italie

« Le Magistrato per il Po di Parma, organe local du ministère des Travaux publics (devenu ministère des Infrastructures et des Transports), ayant passé des marchés relatifs à l'achèvement de la construction d'un bassin d'expansion pour la rétention des crues du torrent Parme dans la localité de Marano (commune de Parme), ainsi qu'à des travaux d'aménagement et d'achèvement d'un bassin d'expansion du torrent Enza et d'écrêtement des crues du torrent Terdoppio au sud-ouest de Cerano, en recourant à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, alors même que les conditions nécessaires à cet égard n'étaient pas réunies, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ».

CE 26 juillet 1991, n° 117717, Commune de Sainte-Marie de la Réunion

« Il ne ressort pas des pièces du dossier que le passage de cette dépression, qui s'est produit en janvier 1985, soit antérieurement à la conclusion des deux marchés, ait eu le caractère d'un cas d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles", justifiant, à la date de signature des marchés, la passation d'un marché négocié sans limitation de montant ».

CE 23 févr. 1990, n°69588, Commune de Morne-à-l'Eau

« Considérant, d'une part, que la disposition du 4° de l'article 312 du code des marchés publics, dans sa rédaction résultant du décret du 24 novembre 1983, prévoit qu'il peut être passé des marchés négociés sans limitation de montant "pour l'exécution des travaux, fournitures ou services, dans les cas d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles ne permettant pas de respecter les délais prévus aux sections I et III du présent chapitre" ; que les travaux de renforcement du transformateur, dont la commune requérante soutient qu'ils étaient rendus nécessaires par de fréquentes coupures du courant électrique dans le quartier "Le Vieux Bourg", ne peuvent être regardés comme revêtant un caractère d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles ».

Article R2122-2

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalable lorsque, dans les cas définis ci-après, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables définies à l'article R. 2144-7 ou des offres inappropriées définies à l'article L. 2152-4 ont été présentées, et pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées :

1° Appel d'offres lancé par un pouvoir adjudicateur ;

2° Procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice ;

3° Marché répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée ;

4° Marché relevant des 3° et 4° de l'article R. 2123-1.

Dans les cas mentionnés aux 1°, 2° et 4° répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen applicable à ces marchés figurant dans un avis annexé au présent code, un rapport est communiqué à la Commission européenne si elle le demande.

CJUE, 16 juin 2022, aff. C-376/21, Vice-min. du développement régional et du bien-être e.a. / Obshtina Reason

« L'article 32, paragraphe 2, sous a), de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2015/2170 de la Commission, du 24 novembre 2015, lu en combinaison avec l'article 18, paragraphe 1, de cette directive, telle que modifiée par le règlement délégué 2015/2170, doit être interprété en ce **sens qu'un pouvoir adjudicateur peut, dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable, s'adresser à un seul opérateur économique lorsque cette procédure reprend, sans modification substantielle, les conditions initiales du marché mentionnées dans une procédure ouverte antérieure qui a été close au motif que la seule offre présentée était inappropriée**, quand bien même l'objet du marché en cause ne présente objectivement pas de spécificités justifiant de confier exclusivement son exécution à cet opérateur ».

Article R2122-3

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes :

1° Le marché a pour objet la **création ou l'acquisition d'une œuvre d'art** ou d'une performance artistique unique ;

2° **Des raisons techniques.** Tel est notamment le cas lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire ;

3° **L'existence de droits d'exclusivité**, notamment de droits de propriété intellectuelle. Le recours à un opérateur déterminé dans les cas mentionnés aux 2° et 3° n'est justifié que lorsqu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché.

Création d'une œuvre d'art

Ordonnance rendue par Tribunal administratif de Nice
23-02-2024, n° 2400418,

Le 2 octobre 2023, la régie « Parcs d'Azur », dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière, a attribué un marché à un atelier pour la conception et la réalisation d'une statue de Jeanne d'Arc dans le cadre de l'aménagement d'un parc de stationnement. Le 17 novembre 2023, le préfet des Alpes-Maritimes demande la communication des pièces du marché pour en examiner la légalité.

Le 24 janvier 2024, il introduit une requête en référé visant à suspendre l'exécution du marché évoquant un bouquet de prétendues illégalités.

Ce déféré du préfet des Alpes-Maritimes, tendant à ce que l'exécution du marché conclu entre la régie « Parcs d'Azur » avec l'atelier Missor soit suspendue, est rejeté par le tribunal administratif de Nice.(1)
Texte intégral :

« 3. Au regard de la nature de l'oeuvre commandée, la régie "Parcs d'Azur" justifie, en l'état de la présente procédure, d'une part qu'elle ne pouvait être confiée qu'à un opérateur économique unique, l'atelier Missor, pour des raisons artistiques et techniques tenant à son caractère propre, et, d'autre part, que le marché a été régulièrement passé en suivant la procédure de l'article R. 2122-3 du code de la commande publique qui permet de contracter sans publicité ni mise en concurrence pour l'acquisition ou la création d'une oeuvre d'art. Il s'ensuit qu'en l'état de l'instruction, les moyens tirés de la méconnaissance de l'article R. 2172-7 du code de la commande publique, de l'absence de motivation suffisante du recours à une procédure sans publicité ni mise en concurrence et du caractère fictif de la négociation avec l'attributaire n'apparaissent pas propres à créer un doute sérieux quant à la légalité du marché litigieux.

4. Par ailleurs, compte tenu de la particularité de l'oeuvre commandée et du caractère indissociable de la statue et de son socle, le moyen tenant à la méconnaissance de l'obligation d'allotir n'est pas de nature à faire naître un doute sérieux sur la régularité du marché litigieux ».

CAA Marseille, 30 sept. 2013, n° 11MA00299, Commune du Barcarès

« Aux termes de l'article 35 II 8° du code des marchés publics : " Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés négociés dans les cas définis ci-dessous. II - Peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence : 8° Les marchés et les accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité " ; que ces dispositions n'ont pas pour objet d'instituer une dérogation générale permettant à la personne publique souhaitant commander la réalisation d'une œuvre d'art, de s'affranchir de toute procédure de publicité et de mise en concurrence, hormis le cas où la personne

publique justifie de raisons artistiques particulières faisant obstacle à la mise en œuvre de cette procédure ;

Considérant que la commune du Barcarès soutient que dès lors qu'elle a fait le choix de ne recourir qu'à un artiste déterminé, M.C..., la décision en cause ne méconnaît pas les dispositions précitées de l'article 35 II 8° du code des marchés publics ; que, toutefois, la commune n'établit pas que des raisons artistiques particulières, lesquelles ne sont pas mêmes exposées, auraient exigé que la commande d'une sculpture monumentale devant être implantée à l'avenue Coudalère, soit confiée exclusivement à cet artiste ; que, dès lors, ce moyen doit être écarté ».

Des raisons techniques**CJUE, 22 avril 2021, aff. C-537/19, Commission c/ République d'Autriche**

« S'agissant des spécifications que Wiener Wohnen a formulées, il ressort des éléments du dossier dont dispose la Cour que cet immeuble a été conçu comme un immeuble de bureaux classique, sans que soient visés des groupes déterminés de locataires ni des besoins spécifiques. Les ailes A et B dudit immeuble suivent un système de grille, habituel pour les immeubles de bureaux de la taille de celui-ci, garantissant que la disposition intérieure reste aussi flexible que possible et adaptée à de futurs locataires.

81. À cet égard, il est usuel qu'une entreprise, qu'elle soit privée ou publique, qui cherche à louer un immeuble de bureaux, fasse préciser certains souhaits quant aux caractéristiques que ce site devrait, dans la mesure du possible, réunir, qu'il s'agisse d'un bâtiment encore à construire ou d'un changement de locataire à l'occasion duquel des travaux de remise à niveau sont effectués. De telles démarches ne permettent pas de requalifier un contrat de location en marché de travaux (...)

Étant donné que les standards législatifs ou réglementaires dans les matières susmentionnées ont considérablement évolué au cours des dernières décennies, en étant toujours plus exigeants, et qu'ils continuent d'évoluer en ce sens, ne saurait être considérée comme constituant une exigence exorbitante de la part d'une entité publique telle que Wiener Wohnen, qui cherche à louer pour une longue période un bâtiment destiné à abriter son administration centrale, la volonté de disposer d'un bâtiment dont les caractéristiques ne se limitent pas au respect des standards en vigueur lors de la conclusion du contrat de location en cause, mais qui présente également une certaine pérennité quant au respect des standards applicables dans le temps.

Si le nombre de ces demandes et le degré de détails de celles-ci sont élevés, il demeure que le critère déterminant dans ce contexte est néanmoins celui de savoir si ces demandes vont au-delà des exigences habituelles d'un locataire en ce qui concerne un immeuble tel que l'immeuble Gate 2.

Or, si la Commission a établi, sur la base des documents intitulés « Descriptif du bâtiment et de ses équipements », du 16 mai 2012, et « Complément au descriptif du bâtiment et de ses équipements », du 22 mai 2012, tous deux annexés au contrat de location en cause, que les demandes présentées par Wiener Wohnen étaient nombreuses et détaillées, avec des exemples concrets à l'appui, il ne ressort pas, en revanche, de ses écritures que Wiener Wohnen aurait présenté un nombre non négligeable de demandes ayant eu pour effet que, en ce qu'elles visaient à satisfaire des besoins qui lui étaient propres, cette entité aurait exercé une influence déterminante sur la conception de l'immeuble Gate 2 (...);

97. Il découle, ainsi, de l'ensemble des considérations qui précèdent que la Commission n'a pas établi, à suffisance de droit, que, en ce que Wiener Wohnen a attribué directement le marché du 25 mai 2012 relatif à l'immeuble de bureaux sis Guglgasse 2-4, à Vienne, sans réaliser une procédure de mise en concurrence et sans communiquer l'avis y afférent, la République d'Autriche a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 2 et 28 ainsi que de l'article 35, paragraphe 2, de la directive 2004/18».

CAA Lyon, 4e chambre, 10 Janvier 2019, n° 16LY03670, SA Keolis Lyon

« 4. Pour justifier le recours à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable, prévue par les dispositions précitées du 3° du (II) de l'article 144 du code des marchés public, le SYTRAL s'est prévalu des raisons techniques spécifiques initialement énoncées dans le rapport à l'entité adjudicatrice et à la commission d'appel d'offres du 7 novembre 2013, établi par la direction opérationnelle " direction

équipement et patrimoine " du SYTRAL. Ainsi que le SYTRAL l'a indiqué dans le courrier adressé au préfet du Rhône le 6 mai 2014 en réponse à son recours gracieux, ces raisons tenaient à la nécessité, du fait d'un retard important de l'opération dite de " grande révision mi-vie du matériel roulant métro ligne D (MPL 85) " lié à des difficultés apparues durant la conduite d'études préalables, de réviser les bogies des rames composant la flotte de cette ligne tout en assurant les opérations de maintenance courante, afin d'éviter l'immobilisation d'un nombre trop important de rames pour ne pas compromettre la continuité de l'exploitation, déjà perturbée par des dysfonctionnements techniques récurrents. Cette révision ne pouvait ainsi, selon le SYTRAL, qu'être réalisée par la SA Keolis Lyon, délégataire exploitant du réseau, puisqu'elle pouvait être mise en œuvre durant les actions de maintenance courante des rames qui incombent à cette société. Selon le SYTRAL, ce mode opératoire exclut le recours à un prestataire extérieur, compte tenu des nécessités de l'exploitation optimale du réseau qui serait garantie par le recours à un prestataire unique maîtrisant l'organisation et la conduite simultanées des opérations de maintenance et de révision. Cependant, alors qu'il ressort des termes mêmes du rapport technique mentionné précédemment que la SA Keolis Lyon prévoyait de faire appel à des sous-traitants pour assurer la maintenance courante des rames, et du mémoire technique transmis par cette dernière au SYTRAL dans le cadre de la procédure de passation du contrat en litige selon lequel cette société assurerait les opérations de révision des bogies au sein des bâtiments appartenant au SYTRAL, **les appelants ne démontrent pas de manière suffisamment précise et circonstanciée, que des raisons techniques au sens du code des marchés publics s'opposaient à l'intervention d'un autre prestataire dans des conditions équivalentes et qu'il était par suite indispensable que la SA Keolis Lyon assure les prestations objet du contrat en litige.** Dès lors, le SYTRAL et la SA Keolis Lyon ne démontrent pas que les conditions autorisant le recours aux dispositions précitées du 3° du (II) de l'article 144 du code des marchés publics étaient réunies en l'espèce. Les requérants ne sont donc pas fondés à soutenir que c'est à tort que par le jugement attaqué le tribunal administratif de Lyon a fait droit au déferé du préfet du Rhône et annulé le marché conclu le 24 février 2014. Leurs requêtes doivent être en conséquence rejetées ».

CJUE 20 mars 2018, C-187/16, Commission c/ Autriche

« 94. À cet égard, la République d'Autriche n'a pas démontré que l'objectif consistant à empêcher la **divulgaration d'informations sensibles** relatives à la production des documents officiels en cause n'aurait pas pu être atteint dans le cadre d'une mise en concurrence, telle que prévue respectivement à l'article 8 de la directive 92/50, lu en combinaison avec les articles 11 à 37 de cette directive, et à l'article 20 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec les articles 23 à 55 de cette directive ».

CJUE, 14 septembre 2004, C-385/02, Commission c/République Italienne

« Les dispositions de l'article 7, paragraphe 3, de la directive, qui autorisent des dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité CE dans le secteur des **marchés publics des travaux**, doivent faire l'objet d'une **interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement** (voir, en ce sens, arrêts du 18 mai 1995, Commission/Italie, C-57/94, Rec. p. I-1249, point 23, et du 28 mars 1996, Commission/Allemagne, C-318/94, Rec. p. I-1949, point 13). (...) D'une part, s'agissant d'une disposition dérogatoire qui doit faire l'objet d'une interprétation stricte, il convient d'opter pour l'interprétation qui restreint la période pendant laquelle joue la dérogation plutôt que pour celle qui l'allonge. Répond à cet objectif l'interprétation qui retient comme point de départ la date de conclusion du contrat initial plutôt que la date, nécessairement ultérieure, de l'achèvement des travaux qui en font l'objet ».

La protection de droits d'exclusivité

CAA Lyon, 06 juillet 2023, n°21LY01478, Société Medtronic France

« Il résulte de l'instruction que plusieurs fabricants proposent la vente et la maintenance de consoles de circulation extracorporelle, prestations répondant aux besoins exprimés par l'établissement hospitalier consistant à assurer la permanence de la circulation sanguine pendant les interventions de chirurgie cardiaque. Dès lors qu'existe une concurrence pour les besoins à satisfaire, les dispositions citées au point 6 ne pouvaient recevoir application, sans que puissent être invoquées les innovations

de la console Quantum, susceptibles d'être prises en compte dans la notation de la valeur technique de l'offre présentée par la société Medtronic France lors d'une mise en concurrence, et non pas d'exonérer le pouvoir adjudicateur de toute mise en concurrence ».

CAA Bordeaux, 05 mai 2022, 19BX04960, M. B... E... et la CIREST

« Tant dans l'avis d'attribution du marché que dans le préambule du cahier des clauses particulières, le SYDNE a justifié le recours à un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dès 2017 par les circonstances, d'une part, que l'installation de stockage des déchets non dangereux de Sainte-Suzanne arrivait à saturation en 2020, et, d'autre part, que la société Inovert, **titulaire d'un permis de construire un bâtiment de 18 400 m², ainsi que d'une autorisation, délivrée par arrêté préfectoral du 15 septembre 2016, d'exploiter un centre de valorisation des déchets non dangereux** au lieu-dit " Les Trois Frères " à Sainte-Suzanne, était le seul opérateur capable d'apporter une solution de tri et de valorisation de déchets non dangereux pouvant être mise en service courant 2019.

Toutefois, et comme le reconnaît lui-même le SYDNE en appel, l'installation de stockage n'arrivait pas à saturation avant 2021, et il résulte de l'instruction que la volonté de mettre en service dès 2019 un nouveau centre de traitement des déchets est liée à la circonstance que l'autorisation d'exploiter délivrée à la société Inovert le 15 septembre 2016 était susceptible d'être frappée de caducité au terme d'un délai de trois ans soit en septembre 2019. À cet égard, si la société Inovert fait valoir qu'il existait dès 2010, en application des dispositions de l'article L. 541-1 du code de l'environnement dans leur rédaction issue de l'article 2 de l'ordonnance n° 2010-1579 du 17 décembre 2010, une obligation de privilégier tout mode de valorisation des déchets autre que leur enfouissement, en tout état de cause, ce texte ne faisait que fixer des objectifs et n'exonère nullement les personnes publiques du respect des règles relatives à la passation des marchés publics.

Par ailleurs, **il ne résulte pas de l'instruction que la société Inovert aurait été le seul opérateur capable de répondre aux besoins du SYDNE.** Ainsi, si le SYDNE se prévaut du plan départemental de prévention et de gestion des déchets non dangereux de la Réunion, **qui impliquerait que ne puisse être délivrée qu'une seule autorisation de valorisation des déchets sur le territoire de l'île, il résulte de l'article 1.4 de l'arrêté du 15 septembre 2016 par lequel le préfet a autorisé la société Inovert à exploiter un centre de valorisation des déchets non dangereux, que cette autorisation devenait caduque si l'installation n'avait pas été mise en service dans un délai de trois ans, soit en septembre 2019. Rien n'aurait alors interdit à un autre opérateur d'obtenir cette autorisation.** Enfin, si le SYDNE soutient que le choix d'Inovert serait le seul permettant de respecter les objectifs mentionnés au 4° du II de l'article L. 541-1 du code de l'environnement, et notamment d'organiser le transport des déchets selon un principe de proximité, et que le foncier limité sur l'île ne permettrait pas la construction d'un autre centre de tri que celui dont la société Inovert est propriétaire, elle n'apporte aucun élément au soutien de ces allégations ».

CE, 26 févr. 2020, n° 424407, Min. Solidarités et Santé

« Le droit exclusif limité que le décret litigieux attribue à l'agence, qui lui permet, en vertu de l'article L. 2512-4 du code de la commande publique, reprenant les dispositions du 1° de l'article 14 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, de mettre ses prestations à disposition des établissements de santé comportant un service d'aide médicale urgente en dehors de toute mise en concurrence, tandis qu'elle-même est soumise aux règles de passation des marchés publics pour la conclusion et l'exécution des marchés qu'elle peut être amenée à passer, n'excède pas ce qui est nécessaire pour assurer l'exécution de sa mission.

Si ce droit exclusif confère à l'agence une position dominante sur le marché des systèmes d'information et de télécommunication des services d'aide médicale urgente, le décret litigieux ne la place pas pour autant en situation d'exploiter de manière abusive cette position. A cet égard, la circonstance que l'agence peut proposer ses prestations aux établissements sièges des services d'aide médicale urgente en dehors de toute mise en concurrence et l'absence d'encadrement de la rémunération de ses prestations, à supposer qu'elles soient rémunérées, ne traduisent, par elles-mêmes, aucun abus de position dominante. Si les sociétés requérantes soutiennent en outre que l'agence pourrait être amenée à proposer, en dehors de toute mise en concurrence, des prestations accessoires à la mission pour laquelle un droit exclusif lui a été attribué, il ne ressort pas des pièces du dossier, eu égard aux autres

missions confiées à l'agence à la date de la présente décision, que le décret attaqué conduirait à une distorsion de concurrence sur un marché voisin de celui des systèmes d'information et de télécommunication des services d'aide médicale urgente ».

CAA Paris, 11 décembre 2018, n°17PA01588, Société Steam France

« 4. Aux termes de l'article 35 II 8° du code des marchés publics, alors applicable, « les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés négociés dans les cas définis ci-dessous : [...] II.- Peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence : 8° Les marchés et les accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ». [...]

Il résulte de l'instruction que, antérieurement comme postérieurement à l'attribution du marché en litige, d'autres prestations similaires de maintenance et de télémaintenance de laveurs désinfecteurs des mêmes marques Getinge, Maquet et Lancer ont fait l'objet, de la part de plusieurs établissements hospitaliers, dont l'AP-HP, d'une mise en concurrence ayant abouti à l'attribution du marché à la société Steam France, sans que les droits exclusifs dont se prévaut la société Getinge dans le cadre de la présente instance aient alors été invoqués.

En l'espèce, le document intitulé " certificat d'exclusivité " daté du 3 mars 2014, établi à son profit par la société Getinge France, versé au dossier par l'AP-HP pour justifier le recours à la procédure de marché négocié sans publicité préalable et sans mise en concurrence, se borne à énumérer de manière succincte et générique une liste de matériels et prestations pour lesquels ladite société disposerait d'une exclusivité, sans référence à la télémaintenance, qui ne permet pas de déterminer la période au cours de laquelle cette exclusivité se serait appliquée, ni s'il a été communiqué à l'AP-HP au moment de la détermination du mode de passation du marché litigieux. **Par suite, l'AP-HP ne peut être regardée comme établissant qu'à la date à laquelle elle a attribué le marché en litige à la société Getinge, cette dernière aurait disposé de droits d'exclusivité qui rendaient indispensable l'attribution du marché à cette société sans mise en concurrence.** La société Steam France est dès lors fondée à soutenir que le marché en litige a été conclu à l'issue d'une procédure irrégulière, qui a eu pour effet de l'emporter sur ce marché, et qui n'est pas susceptible d'être couverte par une mesure de régularisation ».

CE, 10 octobre 2018, n° 419406, CIREST

« 11. Considérant, en premier lieu, que, pour justifier le recours à une procédure de négociation sans publicité ni mise en concurrence, l'avis d'attribution du marché se fonde sur un risque de saturation de l'installation de stockage des déchets non dangereux dès 2020 et sur le fait que la société Inovert, qui a obtenu un permis de construire et une autorisation d'exploiter portant sur un centre de valorisation des déchets non dangereux, serait le seul opérateur en capacité de répondre aux besoins du SYDNE et d'apporter une solution de tri et de valorisation des déchets non dangereux pouvant être mise en œuvre courant 2019 ; qu'il résulte toutefois de l'instruction que compte tenu des flux actuels d'enfouissement des déchets et des capacités de l'installation de stockage, celle-ci ne devrait pas être saturée avant la fin de 2021 ; que l'objectif tenant à ce que l'exploitation du nouveau centre de traitement des déchets soit effective au plus tard en septembre 2019 est lié à la circonstance que l'autorisation délivrée à la société Inovert par un arrêté préfectoral du 15 septembre 2016 est susceptible d'être frappée de caducité au terme d'un délai de trois ans ; qu'il n'apparaît pas qu'aucun autre opérateur économique n'aurait pu se manifester si le calendrier retenu par le SYDNE avait été différent ; que, par suite, **le moyen tiré de ce qu'il existait une solution alternative ou de remplacement raisonnable, de ce que l'absence de concurrence résultait d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public et de ce que, par voie de conséquence, le SYDNE, en passant le marché sans publicité ni mise en concurrence,** a méconnu les dispositions de l'article 30 du décret est de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur sa validité et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation ».

CE, 2 oct. 2013, n° 368846, Département de l'Oise

Un marché négocié passé en application de l'article 35, II, 8° du code des marchés publics est régulier dès lors que l'attributaire est le seul à même, en raison des droits d'exclusivité qu'il détient sur un logiciel, de satisfaire les besoins du pouvoir adjudicateur. Conformément à un certificat délivré par

l'Agence pour la protection des programmes, la société détenait des droits d'exclusivité sur le logiciel NetCollège et que, selon une attestation non contestée émanant de cette société, cette exclusivité englobait l'exploitation et la maintenance de NetCollège pour tout marché et toute reconduction de marché à compter du 1^{er} janvier 2013. Le Conseil d'État considère que le tribunal administratif d'Amiens a alors dénaturé les faits en se bornant à relever qu'aucun motif tenant à la protection des droits attachés au logiciel NetCollège, ne permettait au département de l'Oise de soutenir que le marché en cause ne pouvait être confié qu'à un prestataire déterminé pour des raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité au sens du II de l'article 35 du code des marchés publics

CE 2 nov. 1988, n° 64954, Préfet des Hauts-de-Seine c. OPHLM de Malakoff

Les seules circonstances invoquées par l'office, et tirées d'une part, de ce que la société NCR France avait déjà fourni à d'autres offices d'HLM des logiciels conçus pour la gestion de ces établissements publics et d'autre part, de ce que ladite société « offrait en complément à la livraison de son matériel l'adhésion automatique à un club d'utilisateurs spécifiques au mouvement HLM » ne suffisent pas à établir que cette société était la seule entreprise à laquelle l'office public d'habitations à loyer modéré de la ville de Malakoff pouvait demander la fourniture des équipements informatiques destinés au traitement des opérations financières de l'office. Ainsi, l'office public d'habitations à loyer modéré de Malakoff ne pouvait légalement recourir à la procédure du marché négocié.

CE, 14 janv. 1987, n° 58557, Commissaire de la République de la Meuse

« Il résulte des dispositions combinées des articles 312-7° et 312 bis-1° du code des marchés publics qu'un marché négocié peut être passé sans limitation de montant et sans mise en concurrence préalable pour les besoins qui ne peuvent être satisfaits que par une prestation nécessitant l'emploi d'un brevet d'invention, d'une licence ou de droits exclusifs lorsque ce brevet d'invention, cette licence ou ces droits exclusifs

sont détenus par un seul entrepreneur ou un seul fournisseur. Or, le four incinérateur "Athonor", que le syndicat du contrat de pays de Stenay-Montmédy a décidé d'acquérir en raison de ses caractères spécifiques permettant de répondre aux besoins à satisfaire, a fait l'objet d'un brevet d'invention déposé le 18 janvier 1979 par la société des établissements C., et ce brevet était, à la date du marché passé par le syndicat, détenu par la seule société des établissements C.. Il n'est pas allégué que d'autres matériels auraient permis de satisfaire dans les mêmes conditions les besoins du syndicat. Dès lors, légalité, au regard des dispositions du code des marchés publics, du marché passé entre le syndicat du contrat de pays et la société des établissements C. pour la fourniture et la mise en place d'un four incinérateur "Athonor", alors même que d'autres matériels d'incinération seraient détenus, le cas échéant sous brevet d'invention, par d'autres constructeurs ».

Article R2122-4

L'acheteur peut passer un marché de fournitures sans publicité ni mise en concurrence préalable ayant pour objet :

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

Article R2122-5

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

autre Etat.

Article R2122-6

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

Sans publicité ni mise en concurrence préalables avec le lauréat ou l'un des lauréats d'un concours

CJUE, 14 octobre 2004, C-340/02, Commission contre France

« Le gouvernement français se prévaut encore de l'article 11, paragraphe 3, de la directive qui autorise les pouvoirs adjudicateurs qui recourent à une procédure négociée à déroger à l'obligation de publication préalable dans des cas limitativement énumérés. Il en est ainsi notamment, aux termes de l'article 11, paragraphe 3, sous c), de la directive, « lorsque le marché considéré fait suite à un concours et doit, conformément aux règles applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats du concours [...] ».

À cet égard, il convient de rappeler que, comme le souligne à bon droit la Commission, cette disposition en tant qu'exception à une règle fondamentale du traité doit faire l'objet d'une interprétation stricte et que c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement. [...]

En tout état de cause, les conditions d'application de l'exception prévue à l'article 11, paragraphe 3, sous c), de la directive ne sont en l'occurrence pas réunies. En effet, il ressort clairement du libellé de cette disposition que la dispense de publication d'un avis n'est possible que lorsque le marché considéré fait suite à un concours et qu'il doit être attribué au lauréat ou à un des lauréats du concours. »

Article R2122-7

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

Ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial

CJUE, 14 septembre 2004, C-385/02, Commission c. République italienne

« Aux termes de la dernière phrase de cette disposition, cette possibilité n'est ouverte que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial. Le gouvernement italien fait valoir que cette période court à partir de la conclusion des travaux du marché initial et non pas à partir de l'attribution de ce marché. [...]. Il s'ensuit que, en l'espèce, la période de trois ans prévue à la dernière phrase de l'article 7, paragraphe 3, sous e), de la directive, courait à partir de la conclusion des contrats initiaux en 1982 et en 1988. Les marchés en cause ayant été attribués en 1997, la dérogation prévue par ladite disposition n'était donc pas applicable. »

Article R2122-8

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros hors taxes ou pour les lots dont le montant est inférieur à 40 000 euros hors taxes et qui remplissent la condition

prévue au **b du 2° de l'article R. 2123-1.**

L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin.

Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique

Article 142

« I. - Jusqu'au 31 décembre 2022 inclus, les acheteurs peuvent conclure un marché de travaux sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 € hors taxes.

Ces dispositions sont applicables aux lots qui portent sur des travaux et dont le montant est inférieur à 100 000 € hors taxes, à la condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.

Les acheteurs veillent à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin.

II. - Le présent article s'applique aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de la publication de la présente loi.

Le présent article est applicable aux marchés publics conclus par l'Etat et ses établissements publics dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises ».

TA de Besançon, 27 juillet 2019, n°1901145, Sté No Logo Productions

« En vertu de ces dispositions, le département pouvait s'affranchir des règles de publicité et de mise en concurrence pour des lots inférieurs à un seuil de 25 000 euros HT et dont le montant n'excède pas 20% de la valeur de l'ensemble des lots. Ainsi qu'il a été dit, l'ensemble des lots relatifs aux prestations nécessaires pour l'organisation du festival « 39 Août » peut être évalué à environ 500 000 euros. Il résulte de l'instruction que le lot afférent aux prestations de programmation artistique et de gestion administrative de tous les contrats artistiques représente un montant de 5 400 euros TTC, soit 4 500 HT, et le lot portant sur le mandat de commercialisation de la billetterie doit donner lieu à une rémunération de la société « Le bruit qui pense » à hauteur de 0,50 euro TTC par billet, soit d'après une estimation de 20 000 personnes durant la durée du festival, 10 000 euros TTC ou 8 333 euros HT. Par conséquent, la somme des deux lots litigieux n'excède pas 20 % de l'ensemble des lots. Même en faisant abstraction des prestations artistiques susceptibles d'être conclues sans publicité ou mise en concurrence dans le cadre de contrats d'exclusivités en application de l'article R. 2122-3 du code de la commande publique, le montant de l'ensemble des lots atteindrait la valeur de 125 000 euros TTC ou 104 166 euros HT. La somme des deux lots conclus avec la société « Le bruit qui pense » n'atteindrait donc pas 20 % de cette valeur.

Dans ces conditions, la société No Logo Productions n'est pas fondée à soutenir que le département du Jura n'aurait pas respecté les mesures de publicité requises pour la passation des deux contrats en litige. Par suite, les conclusions de la requête tendant à l'annulation de ces contrats et au prononcé d'une pénalité financière doivent donc être rejetées ».

Article R2123-1

« L'acheteur peut recourir à une procédure adaptée pour passer :

[...]

2° Un lot d'un marché alloti dont le montant total est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée et qui remplit les deux conditions suivantes :

[...]

]b) Le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots ».

Article R2122-9

Les acheteurs mentionnés aux 1° et 2° de l'article 3 de la loi n° 81-766 du 10 août 1981

relative au prix du livre peuvent passer sans publicité ni mise en concurrence préalables un marché de fournitures de livres non scolaires pour leurs besoins propres ou pour l'enrichissement des collections des bibliothèques accueillant du public et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 90 000 euros hors taxes.

Lorsqu'il fait usage de cette faculté, l'acheteur se conforme aux obligations mentionnées à l'article R. 2122-8 et tient compte de l'impératif de maintien sur le territoire d'un réseau dense de détaillants qui garantit la diversité de la création éditoriale et l'accès du plus grand nombre à cette création.

Article R. 2122-9-1

L'acheteur peut passer un marché public sans publicité ni mise en concurrence préalables portant sur des travaux, fournitures ou services innovants au sens du second alinéa de l'article L. 2172-3 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros hors taxes.

Ces dispositions sont également applicables aux lots dont le montant est inférieur à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services innovants ou à 100 000 euros hors taxes pour des travaux innovants et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R. 2123-1.

Lorsqu'il fait usage de cette faculté, l'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin ».

Section 2 - Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de la qualité de l'acheteur

Article R2122-10

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

Fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement

CJUE, 15 janvier 2013, T-54/11, Commission contre Espagne

« 41 - Il ressort des pièces du dossier que les autorités espagnoles avaient parfaitement connaissance du matériel nécessaire pour atteindre leur but. Aucun élément du cahier des spécifications techniques des deux contrats ne laisse entrevoir que l'entreprise attributaire devrait concevoir un nouveau produit destiné à la recherche, à l'expérimentation, à l'étude ou au développement. Il s'agissait en effet de l'installation d'un matériel informatique et non informatique bien défini, décrit de manière très détaillée par les autorités espagnoles, et déjà présent sur le marché, ce qu'un fournisseur moyen du secteur aurait été en mesure de faire.

42 - S'agissant du cahier des spécifications techniques du contrat no 2075/2003, il y a lieu de constater que, d'après son intitulé et son objet, il s'agit d'un « contrat de fourniture du câblage, des moyens de communication, des serveurs et des périphériques nécessaires pour l'adaptation du dossier médical numérique du citoyen aux secteurs de la santé, consultations externes et urgences hospitalières en tant que phase IV-1 du projet Tarjeta Sanitaria (Diraya) du Servicio Andaluz de Salud ». Ce texte est repris dans la description de l'objet à la page 2 du document. Ensuite, les chapitres 3 à 6 du cahier des spécifications techniques présentent de manière détaillée tout le matériel informatique et non informatique qui faisait l'objet du contrat. La situation est identique pour le budget, où figurent les produits et même les marques des produits à fournir.

43 - En ce qui concerne l'installation du matériel, les chapitres 3.7.1 et 4.8.1 du cahier des spécifications techniques indiquaient toute une série de services simples d'installation qu'un fournisseur moyen du secteur aurait été en mesure de réaliser pour le pouvoir adjudicateur.

44 - Les chapitres 5.1 et 5.2 du cahier des spécifications techniques suivent le même schéma en ce qui concerne le centre de traitement d'information.

45 - Il ressort de ce qui précède que tous les détails concernant le matériel, la supervision, la qualité du service, la sécurité et les services étaient décrits avec précision dans le cahier des charges. Dans ces conditions, il y a lieu de conclure que le contrat no2075/2003 n'est pas un contrat destiné à la fourniture de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, au sens de l'article 6, paragraphe 3, sous b), de la directive 93/36 ».

Article R2122-11

Une entité adjudicatrice peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables :

1° A des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement. La passation d'un tel marché ne doit pas porter préjudice à la mise en concurrence des marchés ultérieurs qui poursuivent ces mêmes objectifs ;

2° Ayant pour objet l'achat de fournitures qu'il est possible d'acquérir en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui se présente dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché.

Chapitre III - Marchés passés selon une procédure adaptée

Section 1 - Conditions de recours à une procédure adaptée

Article L2123-1

Une procédure adaptée est une procédure par laquelle l'acheteur définit **librement les modalités de passation du marché, dans le respect des principes de la commande publique** et des dispositions du présent livre, à l'exception de celles relatives à des obligations inhérentes à un achat selon une procédure formalisée.

L'acheteur peut passer un marché selon une procédure adaptée :

1° Lorsque la **valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens** mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code ;

2° En raison de l'objet de ce marché, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ;

3° Lorsque, alors même que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, la valeur de certains lots est inférieure à un seuil fixé par voie réglementaire.

Libre détermination des modalités de passation du marché dans le respect des principes de la commande publique

TA Grenoble, 25 novembre 2024, n° 2408657, société Heinrich Canalisation

« Aux termes de l'article L. 2123-1 du code de la commande publique : " Une procédure adaptée est une procédure par laquelle l'acheteur définit librement les modalités de passation du marché, dans le respect des principes de la commande publique et des dispositions du présent livre, à l'exception de celles relatives à des obligations inhérentes à un achat selon une procédure formalisée. " Par ailleurs, aux termes de l'article R.2123-1 du même code : " L'acheteur peut recourir à une procédure adaptée pour passer : 1° Un marché dont la valeur estimée hors taxes du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code. ". Aux termes de l'article R. 2111-7 du même code : " Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type lorsqu'une telle mention ou référence est susceptible de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes "ou équivalent" ". Aux termes de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique : " L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées. ". L'article L. 2152-2 dudit code dispose que " Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale ".

17. Le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public. Il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé. Si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre ».

TA Marseille, 20 novembre 2024, n° 2305285, Société Gens du voyage

« 6. Aux termes de l'article L. 2123-1 du code de la commande publique : " Une procédure adaptée est une procédure par laquelle l'acheteur définit librement les modalités de passation du marché, dans le respect des principes de la commande publique et des dispositions du présent livre, à l'exception de celles relatives à des obligations inhérentes à un achat selon une procédure formalisée ". Aux termes du L. 2152-5 du même code : " Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché ". Aux termes

de l'article L. 2152-6 du même code : " L'acheteur met en œuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses. Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat ". Selon l'article R. 2152-3 de ce même code : " L'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché qu'il envisage de sous-traiter. Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants : 1° Le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction ; 2° Les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux () ". Enfin, aux termes de l'article R. 2152-4 de ce code : " L'acheteur rejette l'offre comme anormalement basse () Lorsque les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés () ". Le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats dans le cadre de l'attribution d'un marché public. Il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé. Si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre.

14. Il résulte de ce qui a été dit au point 8 que la communauté de communes du Briançonnais a porté atteinte au principe d'égalité dans l'appréciation respective des offres de la société GDV et de l'association attributaire et en retenant l'offre de l'association Saint-Nabor Service, laquelle revêtait le caractère d'une offre anormalement basse ».

CAA Bordeaux, 07 novembre 2023, n°21BX03577, Société CIGEC

« En l'espèce, par deux courriels du 10 janvier 2019, la communauté d'agglomération du Niortais a demandé à la société CIGEC et à la société Coué Michaud de lui fournir des précisions sur les prix unitaires et les quantités de certains postes. Elle a également, dans le courriel adressé à la société Coué Michaud, demandé à cette dernière d'apporter des éléments de réponse au sujet de l'item " Délai par tâche significative d'exécution en lien avec les effectifs envisagés " et de proposer " sa meilleure offre commerciale " pour le lot n° 6. Ces deux courriels indiquaient que les réponses des candidates étaient attendues le vendredi 11 janvier 2019 à **9h00**. La société CIGEC a répondu à cette demande par un message électronique envoyé le 11 janvier 2019 à **8h53**. La société Coué Michaud a, quant à elle, adressé une nouvelle offre le 11 janvier 2019 à **9h36**, suivie d'un courriel apportant quelques précisions à 10h32.[...]

La société CIGEC soutient ensuite que la nouvelle offre de la société Coué Michaud, parvenue le 11 janvier 2019 à 9h36, soit postérieurement à l'expiration du délai mentionné dans le courriel du 10 janvier 2019, aurait dû être rejetée comme tardive et donc irrégulière. Toutefois, les courriels adressés le 10 janvier 2019 par la CAN aux sociétés CIGEC et Coué Michaud mentionnaient seulement un délai de réponse. De plus, il résulte du rapport d'analyse des offres que la CAN avait donné à la troisième société soumissionnaire un délai de réponse expirant le 11 janvier à midi, et non pas à 9h. Dans ces conditions, **il ne résulte pas de l'instruction que le pouvoir adjudicateur aurait entendu impartir aux sociétés, à l'issue de la négociation engagée le 10 janvier 2019, un délai impératif de remise de leurs éventuelles nouvelles offres fixé au 11 janvier 2019 à 9h. Le moyen tiré du caractère prétendument tardif de la nouvelle offre présentée par la société Coué Michaud à l'issue de la négociation doit dès lors être écarté ».**

CAA Toulouse, 10 mai 2022, n°20TL22631, Société Europe Metal Concept

« Pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de

la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces critères. Il doit également porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation des sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection. Il n'est, en revanche, pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres. »

TA Versailles, 23 Octobre 2023, n°2308246, SARL AZUR

« Il résulte clairement des dispositions pertinentes du règlement de la consultation rappelées ci-dessus que le marché litigieux a été passé au moyen d'une procédure adaptée, **laquelle ne fait pas intervenir de façon obligatoire une commission d'appel d'offres, mais dont la consultation pouvait être requise, dans l'hypothèse où l'acheteur l'estimait utile. Ainsi, dans le cadre d'une procédure adaptée, la commission d'appel d'offres n'attribue pas le marché, mais peut simplement rendre un avis.** »

CA Fort de France, Chambre civile, 19 juillet 2022, n°20/00112, Association de gestion de l'environnement de la formation en Martinique (AGEFMA)

« Les dispositions de la présente ordonnance **ne font pas obstacle** à la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'appliquer volontairement les règles de passation ou d'exécution prévues par le code des marchés publics. »

CE, 24 février 2010, n°333569, Communauté de commune de l'Enclave des papes

« il est constant qu'elle n'a aucunement porté à la connaissance des entreprises candidates les documents ou renseignements au vu desquels elle entendait procéder, sur la base de ces critères, à la sélection des candidatures ; qu'ainsi, elle n'a pas fourni aux entreprises candidates une information sur les critères de sélection des candidatures appropriée à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné, de nature à assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; qu'un tel manquement a été susceptible de léser l'Entreprise générale d'électricité Noël Béanger, dont la candidature a été rejetée ; que cette dernière est dès lors fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché de travaux publics portant sur l'électrification rurale, l'éclairage public et la mise en disconnection des réseaux lancée par la COMMUNAUTE DE COMMUNES DE L'ENCLAVE DES PAPES ».

CAA Versailles, 6 déc. 2005, n° 03VE04081, Association Pacte [PACTE]

« **L'obligation de transparence rappelée à l'article 1er du code des marchés publics, qui incombe à la personne responsable du marché, consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence et le contrôle de l'impartialité de la procédure d'attribution du marché. A ce dernier titre, la personne responsable du marché doit, dès l'engagement de la procédure prévue à l'article 30 du code des marchés publics, dans sa version issue du décret du 7 mars 2001, informer de manière appropriée les candidats des critères d'attribution du marché.** »

CJCE 13 nov. 2007, Commission des Communautés européennes c/ Irlande, C-507/03

« Obligation expresse de se référer aux principes fondamentaux de la commande publique ; La mise en œuvre de guides des procédures adaptées par les collectivités publiques pour passer leurs marchés de procédures adaptées s'est avérée relativement contraignante dans la mesure où les règles que s'impose elle-même la collectivité, doivent conférer une effectivité aux principes fondamentaux de la commande publique. **Le juge vérifiera donc que les conditions imposées sont adaptées au marché à passer et au marché économique concerné.**

Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes vérifie que les règles du Traité et les principes fondamentaux du droit communautaire, tels que le principe de transparence, sont bien respectés. Aussi, dans le cas d'un marché de services présentant un intérêt transfrontalier certain, l'attribution, sans publicité préalable, de ce marché à une entreprise située dans l'État du pouvoir adjudicateur équivaut à une différence de traitement entre opérateurs et est donc constitutive d'une discrimination indirecte selon la nationalité ».

Marché dont la valeur estimée hors taxes du besoin est inférieure aux seuils européens

TA Versailles, 18 juillet 2023, n°2300478, M.C

« Il résulte de l'instruction notamment de l'article 3 du CCAP, que ce marché de maîtrise d'œuvre, qui constitue un marché de services, a été passé sous la forme d'un accord-cadre mono-attributaire à prix mixte, dès lors qu'il se décompose en une partie forfaitaire pour un montant de 90 125 euros hors taxes, et une partie à bons de commande pour un montant maximum de 600 000 euros hors taxes. Or, en application de l'article R2121-8 du code de la commande publique, qui est applicable à l'accord-cadre en litige dès lors que l'avis d'appel public à la concurrence a été publié le 31 mai 2022, **il y a lieu de tenir compte de ce montant forfaitaire et du montant maximum des bons de commande, soit 690 125 euros hors taxes, pour déterminer la procédure de passation qui devait être engagée. Ce montant étant supérieure à celui fixé par l'annexe 2 du code de la commande publique, seule une procédure formalisée pouvait être engagée et non, comme en l'espèce, une procédure adaptée.** »

Autorité de régulation des transports, 10 mars 2022, Décision n°2022-018 du 10 mars 2022 relative à la transmission régulière d'informations concernant les marchés de travaux compris entre 90 000 euros hors taxes et les seuils des procédures formalisées par les concessionnaires d'autoroutes disposant d'une commission des marchés

« Dans le cadre de sa mission rappelée au (i) du paragraphe 1, **L'Autorité contrôlera, sur la base des données collectées en application de la présente décision (sans préjudice de données complémentaires susceptibles d'être sollicitées en application de l'article L1264-2 du code des transports, la bonne application des règles de computation des seuils (calcul de l'estimation des besoins) des marchés de travaux passés par les SCA dont le montant est compris entre 90 000 euros hors taxes et les seuils de publicité et de mise en concurrence** »

Article R2123-1

L'acheteur peut recourir à une procédure adaptée pour passer :

- 1° Un marché dont la valeur estimée hors taxes du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code ;
- 2° Un lot d'un marché alloti dont le montant total est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée et qui remplit les deux conditions suivantes :
 - a) La valeur estimée de chaque lot concerné est inférieure à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services ou à 1 million d'euros hors taxes pour des travaux ;
 - b) Le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots ;
- 3° Un marché ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, dont la liste figure dans un **avis annexé au présent code**, quelle que soit la valeur estimée du besoin.

C.Cass., ch. commerciale, 17 mars 2021, n° 19-12.290, Société Collectivités territoriales ressources

« Après avoir, par motifs adoptés, constaté que plusieurs décisions de juridictions administratives, produites aux débats, ont unanimement considéré que **les contrats de recherche d'économie conclus par la société CTR avec des collectivités locales étaient des marchés qui auraient dû être soumis aux règles de mise en concurrence** édictées par le code des marchés publics, alors applicable, l'arrêt relève que si des exceptions à la mise en concurrence sont prévues par ce code, ces

décisions ont considéré que les marchés relatifs à la TLPE n'en relevaient pas. Il en déduit que la **société CTR, qui ne pouvait ignorer ces décisions rendues au sujet de ses propres contrats ni l'effet d'éviction causé par ses pratiques sur ses concurrents, a commis des actes de concurrence déloyale** en continuant à démarcher activement les collectivités locales afin de les convaincre de passer de tels marchés sans mise en concurrence.

Par ces seuls motifs, la cour d'appel, qui n'a pas jugé que les contrats litigieux devaient toujours être soumis à appel d'offres ni même qu'ils devaient toujours être soumis à un appel à concurrence et qui n'a pas interdit à la société CTR de démarcher des collectivités publiques pour proposer ses services ni de conclure avec celles qui le décideraient, dans les cas prévus par l'article 28 du code des marchés publics, alors applicable, et sous leur responsabilité, des contrats de gré à gré non précédés d'une mise en concurrence, et sans avoir à procéder à la recherche inopérante invoquée par la troisième branche, a pu faire interdiction à cette société de poursuivre le démarchage des collectivités territoriales pour obtenir la conclusion de contrats de conseils en recherche d'économie portant sur la TLPE, sans mise en concurrence, sous astreinte de 5 000 euros par marché conclu illégalement ».

Définition de la valeur du besoin à satisfaire

CE, 17 déc. 2014, n° 385033, Communauté de Communes Canton de Varilhes

« Le marché à bons de commande conclu sans maximum doit être réputé excéder les seuils des procédures formalisées. Par suite, en application du 1er alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, le contrat qu'elle a passé doit être annulé ».

Services juridiques

[Fiche DAJ Les marchés publics de services juridiques](#)

CJUE, 6 juin 2019, C-264/18, Ministerraad

« Concernant les services fournis par des avocats, visés à l'article 10, sous d), i) et ii), de la directive 2014/24, il ressort du considérant 25 de cette directive que le législateur de l'Union a pris en compte le fait que de tels services juridiques sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont désignés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut pas être soumise à des règles de passation des marchés publics dans certains États membres, de telle sorte qu'il convenait d'exclure ces services juridiques du champ d'application de ladite directive.

À cet égard, il y a lieu de relever que l'article 10, sous d), i) et ii), de la directive 2014/24 n'exclut pas tous les services susceptibles d'être fournis par un avocat au bénéfice d'un pouvoir adjudicateur du champ d'application de ladite directive, mais uniquement la représentation légale de son client dans le cadre d'une procédure devant une instance internationale d'arbitrage ou de conciliation, devant les juridictions ou les autorités publiques d'un État membre ou d'un pays tiers ainsi que devant les juridictions ou institutions internationales, mais également le conseil juridique fourni dans le cadre de la préparation ou de l'éventualité d'une telle procédure. De telles prestations de services fournies par un avocat ne se conçoivent que dans le cadre d'une relation intuitu personae entre l'avocat et son client, marquée par la confidentialité la plus stricte.

Or, d'une part, une telle relation intuitu personae entre l'avocat et son client, caractérisée par le libre choix de son défenseur et le rapport de confiance qui unit le client à son avocat, rend difficile la description objective de la qualité attendue des services à fournir.

D'autre part, la confidentialité de la relation entre l'avocat et son client, dont l'objet consiste, particulièrement dans les circonstances décrites au point 35 du présent arrêt, tant à sauvegarder le plein exercice des droits de la défense des justiciables qu'à protéger l'exigence selon laquelle tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat (voir, en ce sens, arrêt du 18 mai 1982, AM & S Europe/Commission, 155/79, EU:C:1982:157, point 18), pourrait être menacée par l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de préciser les conditions d'attribution d'un tel marché ainsi que la publicité qui doit être donnée à de telles conditions.

Il en résulte que, eu égard à leurs caractéristiques objectives, les services visés à l'article 10, sous d), i) et ii), de la directive 2014/24 ne sont pas comparables aux autres services inclus dans le champ d'application de cette directive. Compte tenu de cette différence objective, c'est également sans porter

atteinte au principe d'égalité de traitement que le législateur de l'Union a pu, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, écarter ces services du champ d'application de ladite directive.

En troisième lieu, en ce qui concerne les services juridiques relevant des activités participant, même occasionnellement, à l'exercice de l'autorité publique, visés à l'article 10, sous d), v), de la directive 2014/24, ces activités, et, partant, ces services, sont exclues, aux termes de l'article 51 TFUE, du champ d'application des dispositions de ce traité relatives à la liberté d'établissement et de celles relatives à la libre prestation de services aux termes de l'article 62 TFUE. De tels services se distinguent de ceux qui relèvent du champ d'application de cette directive en ce qu'ils participent directement ou indirectement à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques ».

Avis annexé au présent code

Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques

Article R2123-2

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

Article R2123-3

Lorsqu'un marché a pour objet à la fois des services juridiques mentionnés à l'article R. 2123-1 et d'autres services, l'article R. 2123-8 s'applique si ces services juridiques constituent l'objet principal du marché et si les différentes parties du marché sont objectivement inséparables. Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer l'objet principal du marché, celui-ci est soumis aux règles applicables aux autres services.

Section 2 - Règles applicables

Article R2123-4

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

Libre détermination des modalités de passation des marchés publics

CE, 31 octobre 2023, n° 470264, Société Ogoxi-Ogoxe

« Il résulte des dispositions citées au point précédent que, dans le cadre d'une procédure adaptée, l'acheteur fixe les délais de réception des candidatures et des offres, y compris le cas échéant après négociation, **en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur offre**, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidat ».

CE, 7 oct. 2005, n° 278732, Région Nord-Pas-de-Calais

« La personne responsable du marché est libre, lorsqu'elle décide de recourir à la procédure dite adaptée, de déterminer, sous le contrôle du juge administratif, les modalités de publicité et de mise en concurrence appropriées ».

Article R2123-5

Lorsque l'acheteur prévoit une négociation, il peut attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué qu'il se réserve cette possibilité dans les documents de la consultation.

TA Grenoble, 24 octobre 2023, n°2102509, Société BASSO Pierre et fils

« Lorsque le pouvoir adjudicateur choisit, comme en l'espèce, de recourir à la possibilité qui lui est donnée par l'article R2123-5 du code de la commande publique, d'engager, dans le cadre d'une procédure adaptée, une négociation avec les candidats ayant présenté une offre, cette négociation doit être explicitement annoncée dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation et être conduite selon les modalités prévues par ledit règlement dans le respect, notamment, du principe d'égalité entre les candidats. Ainsi qu'indiqué au point 2, la faculté de négociation était mentionnée au point 4 du règlement de la consultation. **Il résulte, également, de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur peut légalement recourir, dans le cadre d'une procédure adaptée, à la négociation en choisissant librement les éléments sur lesquels celle-ci peut porter. Les dispositions de l'article R2123-5 du code de la commande publique, tout comme les stipulations du point 4 du règlement de consultation permettaient au pouvoir adjudicateur d'engager une négociation limitée au prix. »**

TA Versailles, 17 mai 2023, n°2303502, Société Immobilier Patrimoine Construction

« Aucune disposition législative ou réglementaire ne faisait obstacle à ce que le syndicat mixte de l'île de loisirs d'Etampes sollicite à plusieurs reprises, dans le cadre des négociations engagées avec les candidats, des précisions relatives au contenu technique de leur offre respective et la présentation d'une offre économiquement plus avantageuse, **le pouvoir adjudicateur n'étant par ailleurs pas tenu de préciser, dans le règlement de la consultation, le nombre de tours de négociation qu'il entend mener au cours de la procédure d'attribution du marché ».**

CAA Paris, 18 mars 2014, n° 12PA02599, Sté Axxess SAS

« Dans le cadre d'une procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur peut décider de recourir à une négociation et choisir librement, dans le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats, ceux avec lesquels il souhaite négocier, **sans être tenu de s'engager au préalable à user ou non de cette faculté** ; qu'en prévoyant à l'article 5.1.4 du cahier des clauses administratives particulières que l'école se réservait le droit de négocier avec les trois premiers candidats au classement, le pouvoir adjudicateur n'a pas méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats et n'a pas manqué à son obligation de transparence ».

CE, 30 novembre 2011, n° 353121, Ministre de la défense et des anciens combattants

« Considérant que le pouvoir adjudicateur qui, dans le cadre d'une procédure adaptée, décide de recourir à une négociation, peut librement choisir les candidats avec lesquels il souhaite négocier et peut en conséquence, dans le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats, admettre à la négociation les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables et ne pas les éliminer d'emblée ; qu'il doit cependant, à l'issue de la négociation, rejeter sans les classer les offres qui sont demeurées inappropriées, irrégulières ou inacceptables ; qu'ainsi, si le pouvoir adjudicateur peut, dans le cadre d'une procédure adaptée, décider d'engager une négociation avec les candidats ayant remis une offre irrégulière, il n'y est pas tenu »

Article R2123-6

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

CA Fort de France, Chambre civile, 19 juillet 2022, n°20/00112, Association de gestion de l'environnement de la formation en Martinique (AGEFMA) :

« Les dispositions de la présente ordonnance ne font pas obstacle à la possibilité pour les pouvoirs

adjudicateurs d'appliquer volontairement les règles de passation ou d'exécution prévues par le code des marchés publics. (...) Pour la détermination de ces modalités, **le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer des procédures formalisées prévues par le présent code, sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une des procédures formalisées prévues par le présent code, le pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer les modalités prévues par le présent code ».**

Article R2123-7

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

Section 3 – Règles particulières aux services juridiques**Article R2123-8**

~~Par dérogation à l'article R. 2123-4, les services juridiques mentionnés au 4° de l'article R. 2123-1 ne sont pas soumis aux dispositions du présent livre à l'exception des articles R. 2100-1, R. 2111-1, R. 2111-2, R. 2113-1 à R. 2113-3, R. 2121-1 à R. 2121-9, R. 2122-1 à R. 2122-11, du 2° de l'article R. 2123-1, des articles R. 2142-3, R. 2142-4, R. 2143-3 à R. 2143-16, R. 2144-1 à R. 2144-7, R. 2152-3 à R. 2152-5, R. 2184-12, R. 2184-13 et du titre IX du présent livre.~~

~~L'acheteur définit librement les modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction du montant et des caractéristiques du marché.~~

CJUE, 6 juin 2019, C-264/18, P.M. , N. G.d.M. P. V.d.S. c/ Ministerrad

« À cet égard, il y a lieu de relever que l'article 10, sous d), i) et ii), de la directive 2014/24 n'exclut pas tous les services susceptibles d'être fournis par un avocat au bénéfice d'un pouvoir adjudicateur du champ d'application de ladite directive, mais uniquement la représentation légale de son client dans le cadre d'une procédure devant une instance internationale d'arbitrage ou de conciliation, devant les juridictions ou les autorités publiques d'un État membre ou d'un pays tiers ainsi que devant les juridictions ou institutions internationales, mais également le conseil juridique fourni dans le cadre de la préparation ou de l'éventualité d'une telle procédure. De telles prestations de services fournies par un avocat ne se conçoivent que dans le cadre d'une relation intuitu personae entre l'avocat et son client, marquée par la confidentialité la plus stricte.

Or, d'une part, une telle relation intuitu personae entre l'avocat et son client, caractérisée par le libre choix de son défenseur et le rapport de confiance qui unit le client à son avocat, rend difficile la description objective de la qualité attendue des services à fournir.

D'autre part, la confidentialité de la relation entre l'avocat et son client, dont l'objet consiste, particulièrement dans les circonstances décrites au point 35 du présent arrêt, tant à sauvegarder le plein exercice des droits de la défense des justiciables qu'à protéger l'exigence selon laquelle tout justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat (voir, en ce sens, arrêt du 18 mai 1982, AM & S Europe/Commission, 155/79, EU:C:1982:157, point 18), pourrait être menacée par l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de préciser les conditions d'attribution d'un tel marché ainsi que la publicité qui doit être donnée à de telles conditions.

Il en résulte que, eu égard à leurs caractéristiques objectives, les services visés à l'article 10, sous d), i) et ii), de la directive 2014/24 ne sont pas comparables aux autres services inclus dans le champ d'application de cette directive ».

Chapitre IV - Marchés passés selon une procédure formalisée

Article L2124-1

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

Article R2124-1

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

Seuils européens**Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique**

- Pour les pouvoirs adjudicateurs autorités centrales :
 - o Marchés publics de travaux : 5 382 000 € HT
 - o Marchés publics de fournitures ou de services : 140 000 € HT
- Pour les pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités centrales :
 - o Marchés publics de travaux : 5 382 000 € HT
 - o Marchés publics de fournitures ou de services : 215 000 € HT
- Pour les entités adjudicatrices :
 - o Marchés publics de travaux : 5 382 000 € HT
 - o Marchés publics de fournitures ou de services : 431 000 € HT

Nouveaux seuils à compter du 1^{er} janvier 2024 :

- Pour les pouvoirs adjudicateurs autorités centrales :
 - o Marchés publics de travaux : 5 538 000 € HT
 - o Marchés publics de fournitures ou de services : 143 000 € HT
- Pour les pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités centrales :
 - o Marchés publics de travaux : 5 538 000 € HT
 - o Marchés publics de fournitures ou de services : 221 000 € HT
- Pour les entités adjudicatrices :
 - o Marchés publics de travaux : 5 538 000 € HT
 - o Marchés publics de fournitures ou de services : 443 000 € HT

Tableau DAJ comparant seuils 2022-2023 à 2024-2025

Règlement délégués de la Commission européenne fixant les seuils de procédure formalisée applicables aux marchés publics :

[Règlement délégué \(UE\) 2023/2495 de la Commission du 15 novembre 2023 modifiant la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils applicables pour les marchés publics de fourniture, de services et de travaux et pour les concours](#)

[Règlement délégué \(UE\) 2023/2496 de la Commission du 15 novembre 2023 modifiant la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils applicables pour les marchés de fourniture, de service et de travaux et pour les concours](#)

[Règlement délégué \(UE\) 2023/2510 de la Commission du 15 novembre 2023 modifiant la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils applicables pour les marchés de fourniture, de services et de travaux](#)

Marché ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques

[Avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques](#)

Réponse ministérielle n°46639, 12 octobre 2010

« Si le marché est en deçà des seuils, le pouvoir adjudicateur peut choisir librement la procédure, en l'adaptant à la nature de son marché. Or, ce principe général est limité par le fait que l'autorité adjudicatrice ne peut pas modifier la procédure choisie au moment du lancement du marché, si ce choix a été porté sur une procédure formalisée telle que l'appel d'offres. En effet, le code des marchés publics prévoit, dans son article 28, que, si le pouvoir adjudicateur "se réfère expressément à l'une des procédures formalisées prévues par le présent code, le pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer les modalités prévues par le présent code" ».

Section 1 - Appel d'offres**Article L2124-2**

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

Sans négociation**CE, 26 juin 2015, n°389124, AP-HP**

« Considérant, en premier lieu, que l'article 49 du code des marchés publics dispose : " le pouvoir adjudicateur peut exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes concernant l'objet du marché " et qu'aux termes du I de l'article 59 du code des marchés publics : " Il ne peut y avoir négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre " ; que ni les dispositions de l'article 49, ni aucune autre disposition ou principe n'interdisaient à l'AP-HP d'exiger des candidats la réalisation d'essais dans le cadre de la présentation de leur offre ; **qu'il ne résulte pas de l'instruction et qu'il n'est d'ailleurs pas allégué par la société requérante que les essais auxquels ont été soumis les candidats auraient donné lieu à une négociation avec le pouvoir adjudicateur et à une modification de leur offre, en méconnaissance des dispositions du I de l'article 59 du code des marchés publics** »

CE, 14 janvier 1998, n°165416, Préfet du Val-d'Oise c/ OPHLM du Val-d'Oise

« Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 300 du code des marchés publics que la commission d'appel d'offres ne peut demander de nouvelles offres que pour départager des candidatures équivalentes et qu'hormis ce cas elle ne peut discuter avec les candidats que pour leur faire préciser ou compléter la teneur de leurs offres et que seule l'autorité habilitée à passer le marché peut, le cas échéant, procéder à sa mise au point sans que les modifications entraînées remettent en

cause les conditions de l'appel à la concurrence ; **qu'ainsi, en demandant à la société CDG services de s'aligner sur l'entreprise la moins disante et d'ajouter une prestation à son offre initiale, la commission a outrepassé sa compétence** ; que le Préfet du Val-d'Oise est, par suite, fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Versailles a rejeté son déferé tendant à l'annulation du marché litigieux »

CE, 26 octobre 1994, n°110959, Sivom de Carry-le-Rouet et Sausset-les-Pins

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier qu'après la séance d'ouverture des plis comportant les soumissions, tenue le 7 décembre 1984, la société "Bureau d'études pour l'urbanisme et l'équipement de la région méditerranéenne", chargée d'une mission de maîtrise d'œuvre par le syndicat intercommunal, a demandé au groupement d'entreprises conduit par la société des tuyaux Bonna d'établir un nouveau profil en long de l'ouvrage ; que ce document présenté le 27 décembre 1984, comportait d'importantes modifications par rapport au plan remis initialement ; qu'il était de nature à influencer sur l'appréciation que la commission d'appel d'offres avait à porter sur la valeur technique du projet proposé par le groupement d'entreprises et donc sur l'un des éléments à prendre en compte pour l'attribution du marché ; **qu'ainsi, la production de ce nouveau profil en long ne pouvait être regardée comme l'une des précisions ou l'un des compléments que la commission était en droit de demander aux candidats en vertu des dispositions précitées de l'article 300 du code des marchés publics ; que, par suite, la commission s'est prononcée dans des conditions irrégulières** ; que, dès lors, le syndicat requérant n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif a annulé la décision du 7 janvier 1985 ».

Procédure par laquelle

CAA Marseille, 10 avril 2017, n°16MA02754, Conseil régional de l'ordre des architectes de Provence-Alpes-Côte d'Azur

« Considérant, en premier lieu, que si l'office public de l'habitat des Hautes-Alpes a décidé d'engager une procédure d'appel d'offres restreint en application de l'ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005 et des articles 30 à 32 du décret 2005-1742 du 30 décembre 2005 pour l'attribution du marché en cause alors qu'il n'y était pas tenu dès lors que le montant de ce marché était inférieur au seuil d'application des procédures formalisées fixé par l'article 7 du décret 2005-1742, la personne publique qui se soumet volontairement à une procédure formalisée est tenue d'en respecter les modalités »

CE, 15 octobre 1982, n°21609, SA Affichage Giraudy

« Une commune, qui avait décidé, bien qu'elle n'y fût pas légalement tenue, de recourir à la procédure de l'appel d'offres pour l'attribution du contrat qu'elle se proposait de conclure avec une entreprise d'affichage, devait se conformer aux règles imposées par cette procédure et, notamment, à celles qui ont pour objet de maintenir l'égalité entre les concurrents. En écartant la soumission de la société requérante, qui était conforme aux conditions de l'appel d'offres pour retenir celle d'une autre société, qui n'était pas conforme à ces conditions et qui n'a été régularisée, à la demande de la commune, que postérieurement à l'ouverture des plis cachetés, la commune a méconnu le principe d'égalité entre les concurrents et commis une faute de service de nature à engager sa responsabilité envers la société requérante ».

Article R2124-2

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

Librement

Procédure ouverte / restreinte Fiche DAJ - l'examen des candidatures (avril 2019)

« Dans les marchés publics autres que de défense ou de sécurité, les procédures formalisées s'organisent en procédures restreintes ou ouvertes. Les procédures ouvertes sont les procédures dans lesquelles tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre. Cela ne signifie pas que toutes les offres seront à examiner : l'élimination des candidats est possible en procédure ouverte. Les procédures restreintes sont les procédures dans lesquelles seuls les opérateurs économiques sélectionnés sur la base de leur candidature sont admis à présenter une offre. Parmi les procédures formalisées prévues par le code de la commande publique, pour les marchés autres que de défense ou de sécurité, seul l'appel d'offres ouvert est une procédure ouverte. Les procédures adaptées prévues par le code de la commande publique peuvent être, au choix de l'acheteur, des procédures ouvertes ou des procédures restreintes ».

CE, 3 juillet 1968, n°69497, 69498 et 71179, Lavigne,

« Considérant que dans l'avis paru le 25 juillet 1965 dans le journal "Phnom-Penh presse" l'Ambassade de France se bornait à annoncer qu'elle lancerait prochainement un appel d'offres pour la construction de l'Université Royale des sciences agronomiques du Cambodge et à inciter les entrepreneurs intéressés à se faire connaître en se réservant le droit de retenir les entreprises de son choix ; qu'ainsi il résulte des termes mêmes dudit avis que l'administration entendait procéder à un appel d'offres dit "restreint" ; qu'il suit de là que les requérants ne sont pas fondés à soutenir que cette insertion dans la presse aurait comporté un appel public à la concurrence, prévu dans la **procédure de l'appel d'offres dit "ouvert", qui aurait ensuite été illégalement transformé en appel d'offres dit "restreint"** »

Candidats sélectionnés

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

« Considérant, en cinquième lieu, qu'aux termes du II de l'article 52 du code des marchés publics, applicable aux marchés passés par des entités adjudicatrices selon une procédure négociée en vertu de l'article 156 du même code : " Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues conformément au I des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du marché relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Ces critères sont mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. " ; **que, lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il lui appartient d'assurer l'information appropriée des candidats sur les critères de sélection de ces candidatures dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats** ; que cette information appropriée suppose que le pouvoir adjudicateur indique aussi les documents ou renseignements au vu desquels il entend opérer la sélection des candidatures ; que, par ailleurs, si le pouvoir adjudicateur entend fixer des niveaux minimaux de capacité, ces derniers doivent aussi être portés à la connaissance des candidats ; **que cette information appropriée des candidats n'implique en revanche pas que le pouvoir adjudicateur indique les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures, sauf dans l'hypothèse où ces conditions, si elles avaient été initialement connues, auraient été de nature à susciter d'autres candidatures ou à retenir d'autres candidats** ».

Section 2 - Procédure avec négociation

Article L2124-3

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

Négociation

Négociation Guide de bonnes pratiques du 14 février 2012

« Le recours à la négociation doit être expressément indiqué, dès le lancement de la procédure de consultation, dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation, afin de permettre aux

candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre. Il ne peut pas « se réserver le droit de recourir à la négociation », empêchant alors toute anticipation et toute prise en considération de la procédure qui sera, in fine, mise en œuvre pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ; Dès lors qu'il a expressément prévu le recours à la négociation, l'acheteur public est obligé de négocier. Il est vivement recommandé de faire porter la négociation sur tous les éléments de l'offre, et pas seulement sur le prix».

CE, 26 octobre 2023, n°474464, Commune de Strasbourg

« Il résulte de l'instruction que l'article 8.2 du règlement de la consultation stipule que la commune de Strasbourg se réservait la possibilité d'attribuer le contrat sur la base des offres initiales sans négociation. **Par suite, et dès lors qu'il ne résulte pas de l'instruction que le pouvoir adjudicateur aurait négocié avec d'autres candidats, la seule circonstance que celui-ci s'est abstenu de négocier avec le requérant n'est pas de nature à entacher d'irrégularité la procédure suivie.** »

CJUE, 5 décembre 2013, C-561/12, Nordecon AS

« La Cour a précisé que l'obligation de transparence a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur (arrêt du 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, point 25). / Ainsi, bien que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir de négociation dans le cadre d'une procédure négociée, il est toujours tenu de veiller à ce que les exigences du marché, auxquelles il a attribué un caractère impératif, soient respectées. Si tel n'était pas le cas, le principe selon lequel les pouvoirs adjudicateurs agissent avec transparence serait méconnu et le but rappelé au point précédent du présent arrêt ne saurait être atteint. / Par ailleurs, le fait d'admettre la recevabilité d'une offre non conforme à des conditions impératives en vue de la négociation priverait de toute utilité la fixation de conditions impératives dans l'appel d'offres et ne permettrait pas au pouvoir adjudicateur de négocier avec les soumissionnaires sur une base commune à ces derniers, constituée desdites conditions, et, partant, de traiter ceux-ci sur un pied d'égalité. / Au vu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que **l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18 n'autorise pas le pouvoir adjudicateur à négocier avec les soumissionnaires des offres qui ne répondent pas aux exigences impératives prévues par les spécifications techniques du marché.** »

CE, 27 avril 2011, n° 344244, Président du Sénat / Société Bio Paris Ouest

«Considérant à cet égard, en premier lieu, que les dispositions du deuxième alinéa de l'article 28 du code des marchés publics, citées ci-dessus, qui permettent au pouvoir adjudicateur, au cours de la procédure adaptée, de négocier avec les candidats ayant présenté une offre sur tous les éléments de leur offre, notamment sur le prix, n'ont ni pour objet ni pour effet de l'autoriser à abandonner, en cours de procédure, le critère du prix défini, à parité avec un autre critère, comme principal critère de jugement des offres par le règlement de consultation».

CE, 11 août 2009, n°325465, Sté Val'Horizon

« Considérant que dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur détermine librement les modalités de discussion des offres ; qu'il est **seulement tenu d'engager la négociation avec l'ensemble** des candidats, dans le respect du principe d'égalité de traitement ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que le groupe Pizzorno Environnement ait été traité différemment des autres candidats et **que la circonstance que les négociations n'auraient pas été très développées est indifférente** ; que ce groupe n'est donc pas fondé à soutenir que la négociation se serait déroulée dans des conditions irrégulières ».

CAA Marseille, 27 juin 2002, n°00MA01402, Préfet des Bouches-du-Rhône

« La procédure du marché négocié implique nécessairement pour l'administration, l'engagement d'une discussion avec les candidats en vue d'obtenir les meilleurs conditions de passation du marché [...], d'autre part, il résulte de l'instruction que l'article 2 du règlement de consultation prévoyait que le cahier des clauses administratives particulières et le cahier des clauses techniques particulières étaient susceptibles d'évoluer en fonction des propositions des candidats ; **que ces modifications n'ont pas altéré de manière substantielle ni l'objet ni les conditions de la consultation.** ».

CE, 26 septembre 1994, n°110193, M. Romani

« Considérant que, par la délibération litigieuse du 13 septembre 1985, le conseil municipal de Manduel (Gard) a autorisé le maire à passer avec le cabinet X... et Z..., selon la procédure du marché négocié, un marché d'études en vue de préparer le dossier de construction d'un foyer résidence pour personnes âgées qui devait être soumis à l'examen de la commission régionale des institutions sociales et médico-sociales ; **que le maire après avoir établi une liste de cinq cabinets d'architectes, s'est borné à demander à ces derniers de faire état de leurs références et de préparer, sous huitaine, une "esquisse d'ambiance" ; qu'une telle consultation ne pouvait tenir lieu de la mise en compétition prévue par les dispositions précitées de l'article 314** ; que, dans ces conditions, et alors qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que les exceptions à l'obligation de mise en concurrence prévues par l'article 312 bis du code des marchés publics aient trouvé à s'appliquer, la délibération du conseil municipal de Manduel du 13 septembre 1985 a été prise en violation des dispositions du code des marchés publics ; qu'ainsi MM. A... et Y..., architectes, sont fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Montpellier a rejeté leur demande tendant à l'annulation de cette délibération ».

Article R2124-3

Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure avec négociation **dans les cas suivants** :

- 1° Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans **adapter des solutions immédiatement disponibles** ;
- 2° Lorsque le besoin consiste en une **solution innovante**. Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ;
- 3° Lorsque le marché comporte **des prestations de conception** ;
- 4° Lorsque le marché ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de **circonstances particulières** liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ;
- 5° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les **spécifications techniques** avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique, définis à la section 2 du chapitre 1er du titre 1er du présent livre ;
- 6° Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens des articles L. 2152-2 et L. 2152-3, ont été présentées pour autant que les **conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées**. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres. Toutefois, par dérogation aux dispositions de l'article R. 2144-4, ne peuvent participer à la procédure que le ou les soumissionnaires ayant justifié au préalable ne pas être dans un cas d'exclusion et satisfaisant aux conditions de participation fixées par l'acheteur.

Dans les cas suivants

CE, 21 décembre 2022, n°464685, Société Oyonnair

« Il résulte des dispositions précitées du 4° de l'article R2124-3 que le recours à la procédure négociée est subordonné à **l'existence de circonstances particulières liées à la nature du marché, à sa complexité, ou au montage juridique et financier, lesquelles doivent s'apprécier au regard des capacités du pouvoir adjudicateur à passer le marché selon la procédure normale d'appel d'offres**. Par suite, les requérants ne sont pas fondés à soutenir **qu'en tenant compte de l'expérience acquise par le pouvoir adjudicateur dans le domaine des évacuations sanitaires par voie**

aérienne, l'auteur de l'ordonnance attaquée aurait commis une erreur de droit. Il n'a pas davantage commis d'erreur de droit ni dénaturé les pièces du dossier en tenant pas compte que la négociation aurait permis l'amélioration des offres et l'émergence de nouvelles solutions par rapport à celles présentées lors d'une précédente procédure, cette circonstance n'étant pas au nombre des conditions du recours à cette procédure. Il n'a enfin, contrairement à ce que soutiennent les requérants, pas exigé que les motifs du recours à la procédure avec négociation sur le fondement du 4° de l'article R2124-3 précité ne diffèrent pas de ceux ayant conduit à la déclaration sans suite de l'appel d'offre précédent.

En deuxième lieu, l'auteur de l'ordonnance attaquée, qui est suffisamment motivée, n'a pas inexactement qualifié les faits de l'espèce en jugeant que les circonstances invoquées par les centres hospitaliers d'Ajaccio et de Bastia, tirées de certaines particularités techniques des prestations attendues, **qui apparaissent largement standardisées**, ne permettaient pas de caractériser une complexité justifiant le recours à la procédure négociée sur le fondement des mêmes dispositions. »

CJUE, 27 octobre 2011, C-601/10, Commission c. République Hellénique

« Selon la jurisprudence de la Cour, en tant que dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité FUE dans le secteur des **marchés publics de services**, l'article 11, paragraphe 3, sous e), de la directive 92/50 et l'article 31, point 4, sous a), de la directive 2004/18 doivent faire l'objet d'une **interprétation stricte, et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement** (voir arrêts du 10 avril 2003, Commission/Allemagne, C-20/01 et C-28/01, Rec. p. I-3609, point 58; du 18 novembre 2004, Commission/Allemagne, C-126/03, Rec. p. I-11197, point 23; du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, point 46, ainsi que du 8 avril 2008, Commission/Italie, C-337/05, Rec. p. I-2173, points 57 et 58) ».

CJUE, 14 septembre 2004, C-385/02, Commission c/République Italienne

« Les dispositions de l'article 7, paragraphe 3, de la directive, qui autorisent des dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité CE dans le secteur des **marchés publics des travaux**, doivent faire l'objet d'une **interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement** (voir, en ce sens, arrêts du 18 mai 1995, Commission/Italie, C-57/94, Rec. p. I-1249, point 23, et du 28 mars 1996, Commission/Allemagne, C-318/94, Rec. p. I-1949, point 13). (...) D'une part, s'agissant d'une disposition dérogatoire qui doit faire l'objet d'une interprétation stricte, il convient d'opter pour l'interprétation qui restreint la période pendant laquelle joue la dérogation plutôt que pour celle qui l'allonge. Répond à cet objectif l'interprétation qui retient comme point de départ la date de conclusion du contrat initial plutôt que la date, nécessairement ultérieure, de l'achèvement des travaux qui en font l'objet ».

CE, 28 juillet 2000, n°202792, Jacquier

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le marché d'architecture et d'ingénierie a été conclu selon la procédure de marché négocié sur la base des dispositions de l'article 312 bis du code des marchés publics, aussi bien s'agissant du choix des deux architectes que de celui de la SA Phenol Engineering, titulaire du brevet du procédé Samovar ; que, et sans qu'il soit besoin d'apprécier si le choix sans mise en concurrence préalable de la SA Phenol Engineering pouvait se justifier, l'absence de mise en concurrence des architectes chargés de mettre en œuvre **le projet ne reposait sur aucune des justifications prévues par les dispositions de l'article 312 bis du code des marchés publics ; qu'il appartenait dès lors à la cour administrative d'appel de Nancy de soulever d'office le moyen tiré de la nullité du marché ainsi irrégulièrement passé ; qu'en s'abstenant de le faire, la cour administrative d'appel a entaché son arrêt d'une erreur de droit ; que M. JACQUIER est fondé à en demander l'annulation ».**

CE, Section, 29 janvier 1982, n°19926, Martin

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que pour faire procéder à l'installation du chauffage central dans son groupe scolaire, la commune de Moussy-le-Neuf a conclu avec M. X..., entrepreneur, un marché de gré à gré de 49 392 F accompagné de cinq mémoires d'achat sur factures portant le montant

total du marché à 79 369,79 F hors taxes ; **que le recours à cette procédure constitue une méconnaissance volontaire des dispositions des articles 279 et 310 du code des marchés publics régissant les contrats passés par communes de moins de 5 000 habitants qui faisaient obligation à la commune de Moussy-le-Neuf de procéder à une adjudication ou à un appel d'offres ouvert dès lors que le montant du marché dépassait 50000 F** ; que, par suite, le contrat passé entre ladite commune et M. X... est nul et n'a pu faire naître aucune obligation à la charge de l'entrepreneur ; qu'il résulte de ce qui précède que d'une part M. X... est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Versailles l'a condamné à supporter, à raison de 90 %, les frais exposés par la commune pour remédier aux malfaçons de l'installation et à indemniser celle-ci, dans la même proportion, pour les autres préjudices nés de ces malfaçons, et que d'autre part la commune n'est pas fondée à demander, par la voie d'un recours incident la majoration de l'indemnité mise à la charge de l'entrepreneur ».

Sans adapter des solutions immédiatement disponibles

DAJ, La procédure concurrentielle avec négociation, fiche technique, 2019

« Lorsque les travaux, produits ou services objets du marché sont disponibles immédiatement sans adaptation et peuvent être fournis par de nombreux opérateurs économiques, ils ne se prêtent pas au recours à la procédure avec négociation. **Cette procédure ne pourra donc pas être mise en œuvre pour les achats « sur étagère » de produits, de services ou de travaux, c'est-à-dire standardisés, non spécifiquement conçus pour les besoins d'un marché en particulier** » ; « Le recours à la procédure avec négociation n'est pas automatique dès que le pouvoir adjudicateur définit les prestations à réaliser par référence à des spécifications techniques. **Une analyse au cas par cas doit être menée en fonction de la prestation à réaliser et du secteur d'achat** ».

CE, 7 octobre 2020, n°440575 Lyon Métropole Habitat

« Pour annuler la procédure de passation, le juge des référés s'est fondé sur la circonstance qu'il résultait du rapport de présentation des offres que la procédure concurrentielle avec négociation avait été mise en œuvre sur le fondement des dispositions du 2° du II de l'article 25 du décret du 25 mars 2016, au motif que le besoin consisterait en une solution innovante, alors que les prestations demandées n'étaient pas caractérisées par leur caractère innovant. **En statuant ainsi, alors qu'il ressortait du rapport de présentation des offres que la procédure avait été engagée sur le fondement des dispositions du 1° du II du même article, au motif que le besoin ne pouvait être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles**, le juge des référés a dénaturé les pièces du dossier. Il suit de là que Lyon Métropole Habitat est fondé à demander l'annulation de l'ordonnance qu'il attaque.

Lyon Métropole Habitat fait valoir que les prestations demandées, consistant en la réalisation de diagnostics immobiliers avant relocation ou avant vente, portaient sur un parc immobilier nombreux, disparate, comportant des logements tant individuels que collectifs, disséminés sur un grand nombre de communes, dont les dates de construction étaient variables, et alors qu'en outre le règlement de la consultation autorisait les variantes. Toutefois, **il résulte de l'instruction que les prestations de service demandées portaient sur les diagnostics exigés par différentes réglementations, devant être faits conformément aux normes applicables auxquelles renvoyait le cahier des clauses techniques particulières, et qu'il s'agissait donc de prestations connues et normalisées. Si la réalisation de tels diagnostics à une grande échelle et sur un vaste territoire supposait une adaptation des méthodes de l'entreprise, il ne résulte pas pour autant de l'instruction que ces prestations ne pouvaient être réalisées qu'au prix d'une adaptation par les candidats des solutions immédiatement disponibles. Il suit de là que le recours de Lyon Métropole Habitat à la procédure concurrentielle avec négociation sur le fondement des dispositions du 1° du II de l'article 25 du décret du 25 mars 2016 était irrégulier. Ce manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence étant susceptible d'avoir lésé la société AED amiante et environnement, dont l'offre était régulière, elle est fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens qu'elle soulève, à demander l'annulation de la procédure ».**

Solution innovante

DAJ- L'expérimentation achats innovants, mars 2019

«L'innovation ne se limite pas aux produits non disponibles sur le marché. L'acheteur public pourra donc acheter une solution innovante sans publicité ni mise en concurrence en deçà de 100.000 euros "alors même qu'une solution non-innovante pourrait répondre au besoin. Il peut s'agir non seulement d'une innovation technologique de produit ou de procédé mais aussi d'une innovation d'organisation ou de commercialisation liée, par exemple, à la numérisation ou à l'interconnexion. La solution peut être déjà disponible sur le marché. En revanche, la production d'un produit personnalisé dont les caractéristiques ne diffèrent pas sensiblement de ceux des produits déjà fabriqués ne constituent pas une innovation. La définition de l'achat innovant reste relativement large pour laisser une certaine souplesse d'appréciation aux acheteurs, notamment au regard du secteur concerné. L'acheteur se soumet à deux obligations lorsque celui-ci recourt à cette procédure. La première est de réaliser son achat en "bon gestionnaire" et donc de respecter trois recommandations essentielles : choisir une offre pertinente, s'assurer de la bonne utilisation des deniers publics et ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique. La seconde obligation est la déclaration obligatoire du marché à l'Observatoire économique de la commande publique (OCEP)».

TA Paris, 26 septembre 2024, n° 2423223, Société I Tech Transfert

« Aux termes de l'article L. 2124-3 du code de la commande publique : " La procédure avec négociation est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques ". Aux termes de l'article R. 2124-3 de ce code : " Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure avec négociation dans les cas suivants : 1° Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ; () 4° Lorsque le marché ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent () ". Il résulte de ces dernières dispositions que le recours à la procédure négociée est subordonné à l'existence de circonstances particulières liées à la nature du marché, à sa complexité, ou au montage juridique et financier, lesquelles doivent s'apprécier au regard des capacités du pouvoir adjudicateur à passer le marché selon la procédure normale d'appel d'offres.

En l'espèce, il résulte de l'instruction que le lot n° 2 litigieux s'inscrit dans le cadre de la passation d'un accord-cadre portant sur les opérations de déménagement de l'ensemble du Centre Pompidou, préalables à sa fermeture totale pour travaux. Le lot n° 2 correspond aux prestations dites " tertiaires ", incluant notamment le déménagement des mobiliers, fonds documentaires et archives, en particulier de la bibliothèque publique d'information et de la bibliothèque Kandinsky, tandis que les lots n°s 1 et 3 correspondent aux prestations liées aux " œuvres d'art " et aux " équipements techniques ". Quant au lot n° 4, il porte sur les prestations de coordination logistique des opérations de déménagement et de stockage. Il résulte de l'instruction, en particulier de l'annexe à la délibération du conseil d'administration du Centre Pompidou du 21 novembre 2023 portant approbation du lancement de la consultation du marché de déménagement, que l'établissement public a justifié le recours à la procédure avec négociation pour l'attribution de l'accord-cadre en raison, **d'une part, de l'absence de solution immédiatement disponible compte tenu de la complexité de l'achat au sens du 1° de l'article R. 2124-3 précité, d'autre part, des circonstances particulières et de la complexité de l'achat, au sens du 4° du même article. S'agissant de ce second motif, le Centre Pompidou a plus particulièrement mis en évidence les difficultés liées à la nature du bâtiment et à son emprise, à la volumétrie en jeu (120 000 m2 et environ 11 000 m3) et aux spécificités tenant à la nature des biens à déménager, en l'occurrence œuvres d'art, mobilier et matériel technique. Il a également fait état de la difficulté pour lui de définir toutes les spécifications techniques en l'absence de précédent et compte tenu de la haute technicité des prestations et de la diversité des solutions susceptibles de répondre au besoin. Il a également relevé des spécificités tenant à la mission en coactivité dès lors que le Centre Pompidou restera ouvert au public jusqu'à l'été 2025, soit pendant l'exécution d'une partie des prestations. Enfin, l'établissement a mentionné les risques opérationnels et financiers liés à ce projet d'une ampleur inédite le concernant, compte tenu de la valeur des biens déménagés en différents lieux, du montant exceptionnellement élevé de l'opération dans son budget de fonctionnement (11, 945 millions d'euros HT) et de la circonstance que les prestations de déménagement conditionnent le**

démarrage des travaux faisant l'objet d'un schéma directeur ».

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

« Considérant que, pour juger que la ville de Paris ne pouvait recourir à la procédure de dialogue compétitif, le juge des référés a relevé que si la ville attendait des candidats des propositions innovantes pour la conception et le design des kiosques ainsi que pour l'amélioration des conditions de travail des kiosquiers, le titulaire du contrat aurait à fournir les autres prestations dans des conditions comparables à celles que prévoyaient les contrats en cours ; qu'il en a déduit que, bénéficiant d'une expérience séculaire en la matière, la ville ne se heurtait pas à des difficultés telles qu'elle ne serait pas en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pour répondre à ses besoins ou établir le montage financier ou juridique du projet ; **qu'en jugeant ainsi, alors, d'une part, que la ville de Paris entendait qu'à l'occasion de la passation d'un nouveau marché, des solutions innovantes soient proposées, aussi bien pour la conception des ouvrages que pour la gestion de l'activité des kiosquiers, qui tiennent compte à la fois des évolutions technologiques et d'objectifs d'usage multiple des kiosques, de respect des contraintes architecturales et de l'environnement, de gestion optimale d'un réseau de kiosquiers et d'optimisation des recettes domaniales, et, d'autre part, qu'il ressortait des pièces du dossier qui lui était soumis et de l'argumentation des parties devant lui que la définition des moyens techniques pouvant répondre à de tels besoins était complexe, au sens des dispositions citées au point 7, le juge des référés a entaché son ordonnance d'une erreur de qualification juridique »**

Prestations de conception

Rép. min. n° 4001, JOAN, 6 mars 2018, Firmin Le Bodo A.

«Comme le souhaitait la France, la directive européenne 2014/24/UE, transposée par l'ordonnance no 2015- 899 du 23 juillet 2015 et le décret no 2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics, a élargi de manière importante les possibilités de recours à la négociation en marché public. Le 1° du II de l'article 25 du décret no 2016-360 permet ainsi aux pouvoirs adjudicateurs d'utiliser la procédure concurrentielle avec négociation lorsque le besoin ne peut être satisfait par le biais d'une solution immédiatement disponible sur le marché, c'est-à-dire sans effort d'adaptation ou de conception. Dans ce cas, la procédure concurrentielle avec négociation peut être utilisée pour leur passation, quel que soit le degré d'adaptation ou de conception nécessaire. Le 3° du II de l'article 25 du même décret prévoit aussi qu'il est possible de recourir à la procédure concurrentielle avec négociation lorsque l'objet même des prestations à réaliser comporte des prestations de conception. Aussi, **les marchés publics relatifs à des prestations d'études ou d'ingénierie peuvent, par principe, être passés selon la procédure concurrentielle avec négociation, quelle que soit l'importance des prestations de conception. Il en va de même pour les marchés de maîtrise d'œuvre d'un montant supérieur aux seuils européens, hormis ceux qui sont soumis à l'obligation d'organiser un concours.** Dans l'hypothèse du 3° comme dans celle du 1° du II de l'article 25 du décret précité, le marché public en cause doit toutefois nécessiter lui-même des prestations de conception ou d'adaptation. Ainsi, si le pouvoir adjudicateur lance un marché public d'études afin de déterminer la solution la mieux à même de répondre à son besoin puis, compte tenu de ses résultats, un marché public de travaux, le premier peut être passé selon la procédure concurrentielle avec négociation du seul fait qu'il comporte des prestations de conception. Le marché public de travaux qui suivra pourra lui aussi être passé selon cette procédure, à condition qu'il présente des caractéristiques permettant de le faire entrer dans l'un des cas de recours à cette procédure prévus au II de l'article 25 du décret no 2016-360. Enfin, les marchés publics de conception-réalisation prévus à l'article 33 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et les marchés publics globaux prévus aux articles 34 et 35 de la même ordonnance, comportant des prestations de conception ou présentant un caractère de complexité, peuvent être passés selon la procédure concurrentielle avec négociation »

Circonstances particulières

TA Bordeaux, 26 août 2022, n°2204175, Sté Miner

« La société Miner soutient qu'il ne serait pas établi que l'objet du marché revêt des circonstances particulières justifiant le recours à une procédure avec négociation, au sens du 4° de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique. Toutefois, il n'est pas sérieusement contesté que **le marché en litige a pour objet la restructuration et l'extension d'un établissement recevant du public, un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes de 74 lits**, pour un coût estimé de 10 680 000 euros, **avec démolition partielle des bâtiments, reconstruction de trois corps de bâtiments et création d'une coursive fermée reliant les différents bâtiments, selon un procédé de construction particulier tenant en un chantier dit en « filière sèche », c'est-à-dire sans utilisation d'eau**. S'il est vrai que l'impact de ce procédé de construction sur le lot n° 12 « revêtement de sols » auquel la requérante s'est portée candidate est faible, **il s'agissait cependant d'une circonstance particulière qui justifiait, pour l'ensemble de l'opération, le recours à la procédure concurrentielle avec négociation**, sur le fondement du 4° de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique ».

CE, 19 novembre 2018, n°413305, société SNIDARO [Dialogue compétitif]

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, pour soutenir qu'elle pouvait légalement recourir à la procédure du dialogue compétitif, la CODAH se prévalait de ce qu'était remplie, en l'espèce, la condition mentionnée au 1° de l'article 36 du code des marchés publics ; que toutefois, la cour, qui a souverainement relevé, sans dénaturer les pièces du dossier, que le marché litigieux portait sur la reprise de désordres ne présentant pas un caractère inhabituel pour des équipements de ce type, n'a pas entaché d'inexacte qualification juridique son arrêt en jugeant que **les incertitudes portant sur la meilleure façon d'y remédier n'étaient pas telles que la CODAH pût être regardée comme n'étant pas en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins, eu égard aux éléments d'information dont elle disposait ou pouvait disposer à la date à laquelle elle avait décidé de passer le marché**, et que, par suite, la condition lui permettant de recourir à la procédure du dialogue compétitif n'était pas remplie ; qu'ainsi, le pourvoi incident de la CODAH doit être rejeté »

CAA Paris, 27 février 2018, N° 16PA02955, Armor Développement

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le marché en cause est intervenu pour le renouvellement d'un précédent marché, qui a été conclu après une procédure d'appel d'offres ouvert, dont l'exécution, pendant cinq années, n'a pas rencontré de difficultés notables ; qu'il est relatif à des prestations dont la nature et le volume sont similaires au marché initial, à l'exception de la prestation de recyclage des produits en fin de vie et de la mise en place d'un plan d'assurance qualité, des prestations relatives au système informatique d'interface avec le logiciel interne au ministère, ainsi que celles relatives à la lecture de codes-barres, qui ont seulement donné lieu à des améliorations techniques ; que le programme fonctionnel détaillé initial établi par le ministre n'a fait l'objet, à l'issue du dialogue compétitif, que de modifications mineures portant sur les délais de livraison, les caractéristiques des logiciels mis en œuvre et les lieux de collecte des produits à recycler ; que, dans ces conditions, **le groupement requérant est fondé à soutenir que le ministre de l'intérieur ne pouvait être regardé comme n'étant pas en mesure de définir seul et à l'avance l'ensemble des moyens techniques pouvant répondre à ses besoins**, et qu'il ne pouvait, dès lors, recourir légalement à la procédure de dialogue compétitif en application des dispositions précitées de l'article 36 du code des marchés publics ».

CE, 5 juillet 2017, n° 401940, Commune de La Teste-de-Buch [Dialogue compétitif]

« Considérant, en troisième lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond, ainsi que l'a relevé la cour, que la construction de l'hôtel de ville, en dépit des objectifs fixés en matière de consommation énergétique et d'impact environnemental, ne présentait pas de complexité technique particulière ni de caractère novateur ; que **si le projet était moins précis en ce qui concerne la valorisation de deux espaces proches de la mairie, la commune, qui avait fixé les orientations principales de l'aménagement envisagé, notamment pour la voirie publique, n'était pas dans l'impossibilité de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques propres à satisfaire ses besoins** ; que, par suite, la cour administrative d'appel n'a pas entaché son arrêt, qui est suffisamment motivé, d'erreur de qualification juridique en jugeant que le projet en litige n'était pas d'une complexité telle que la commune pouvait légalement recourir à la procédure du dialogue compétitif, eu égard aux

conditions alors posées par les dispositions de l'article L. 1414-5 du code général des collectivités territoriales ; »

CAA Paris, 14 mars 2017, n° 16PA02230, SIETREM

« Considérant que le SIETREM soutient qu'il n'était pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins, en raison, d'une part, de la complexité du projet compte tenu de la faible surface du terrain, des difficultés d'accès à celui-ci et des caractéristiques géotechniques médiocres du site et, d'autre part, de son souhait de fixer des objectifs de performance en termes de valorisation des déchets ; que, toutefois, s'il est constant, d'une part, que la superficie du terrain n'excédait pas 10 000 m² et rendait délicate la circulation des véhicules et, d'autre part, que les caractéristiques du sous-sol imposaient la mise en œuvre de mesures particulières par l'entreprise chargée d'exploiter le futur centre de tri, ces éléments ne suffisent pas à établir que le syndicat mixte n'était pas à même de définir seul et à l'avance les moyens techniques permettant, compte tenu des contraintes mentionnées ci-dessus, de répondre à ses besoins ; que, comme l'ont relevé les premiers juges, le cahier des clauses techniques particulières amendé après l'unique réunion de dialogue compétitif diffère très peu du cahier des clauses techniques particulières initial, tant en ce qui concerne la définition des objectifs de performance qui étaient énumérés dès l'origine que les moyens d'y parvenir, notamment pour le programme fonctionnel, les conditions d'exploitation et les spécifications techniques ; que le marché en litige ne peut dès lors être regardé comme complexe au sens de l'article 36 du code des marchés publics ; que le syndicat mixte ne pouvait, par suite, recourir à la procédure de dialogue compétitif ; que la procédure de passation du marché litigieux est, pour ce motif, entachée d'irrégularité ».

CAA Paris, 3 avril 2014, n°13PA02769, Association « La Justice dans la Cité »

[Dialogue compétitif]

« Considérant qu'ainsi qu'il a été dit au point 25 ci-dessus et pour les motifs qui y sont exposés, l'EPPJP était dans l'impossibilité d'établir à l'avance les moyens techniques permettant la réalisation du projet envisagé ; que, dès lors, il a pu légalement recourir, en vue de conclure le contrat de partenariat en litige, à la procédure du dialogue compétitif ».

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

[Dialogue compétitif]

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que le marché litigieux s'inscrivait dans le cadre d'une réforme d'ensemble du réseau des chambres de commerce et d'industrie ; qu'il avait notamment pour objectif d'harmoniser les garanties d'assurance collective en matière de prévoyance et de frais de soins de santé pour l'ensemble des personnels du nouveau réseau consulaire, jusqu'alors couverts de manière hétérogène par de nombreux contrats souscrits par les différents établissements ou « entités » liés au réseau consulaire ; qu'il avait ainsi vocation à se substituer progressivement, en fonction de leurs dates d'échéance respectives, à tous les contrats passés par les établissements et « entités » ; qu'en outre, l'ACCI souhaitait que soient mises au point des solutions techniques originales permettant à la fois d'optimiser le dialogue social et la « gouvernance » du dispositif et de renforcer la qualité de la couverture des soins à moindre coût, en tenant compte de l'hétérogénéité des pratiques antérieures ; **qu'en jugeant que, dans le contexte particulier qu'il avait lui-même relevé, de refonte d'ensemble des différents dispositifs d'assurance en vigueur au sein du réseau des chambres de commerce et entités liées, l'ACCI ne pouvait être regardée comme n'étant pas en mesure de définir seule et à l'avance l'ensemble des moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et qu'elle ne pouvait dès lors recourir légalement à la procédure de dialogue compétitif en application des dispositions précitées de l'article 36 du code des marchés publics, le juge des référés a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis** ; qu'il y a lieu, par suite, d'annuler l'ordonnance attaquée / Considérant que, ainsi qu'il a été dit ci-dessus au point 5, les difficultés tenant à la mise en place pour la première fois d'un marché unique se substituant progressivement aux multiples contrats de protection santé existants, dans un contexte de réforme profonde du réseau consulaire, **ne permettaient pas à l'ACCI d'être objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre**

à ses besoins ; que par suite, la MPCCIP n'est pas fondée à soutenir que l'ACCI aurait illégalement eu recours à la procédure de dialogue compétitif pour l'attribution du lot n° 2 du marché litigieux ».

TA Montreuil, 6 novembre 2012, n°1208326, Société Sabena Technics DNR

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions que la procédure négociée peut être utilisée dans des cas exceptionnels, lorsque la nature ou les aléas des services ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix ; qu'il résulte de l'instruction que les avions utilisés par les Douanes font l'objet de modifications substantielles, liées aux missions qui leur sont confiées, notamment dues aux particularités du survol maritime ou à la mise en place d'équipements spéciaux tels que l'intégration d'un scanner d'identification de pollutions maritimes, que les pannes et avaries sont spécifiques aux avions de la Douane, en raison de problèmes de corrosion liés au vol à basse altitude au-dessus de la mer, et que des fabrications particulières sont ainsi nécessaires pour certaines pièces de tôlerie et des ferrures de fixation des antennes installées sur les avions ; **qu'il résulte ainsi de l'instruction que la nature et les aléas des prestations de logistique et de maintenance de ces avions, eu égard à leur destination et aux conditions de leurs interventions, soulevant des difficultés techniques atypiques, ne permettent pas la répartition des prix entre prix forfaitaire et prix hors forfait et de fixer de manière préalable et globale les prix du marché, et constituent, dès lors, un cas exceptionnel rendant nécessaire une négociation avec les candidats pour déterminer ces prix, après publicité préalable et mise en concurrence** ; qu'ainsi l'Etat n'a pas, en l'espèce, méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence en recourant à la procédure des marchés négociés visée par le 4° du I de l'article 35 du code des marchés publics ».

Spécifications techniques imprécises

CE, 21 décembre 2022, n°464685, Société Oyonnair

« Il résulte des dispositions précitées du 4° de l'article R2124-3 que le recours à la procédure négociée est subordonné à **l'existence de circonstances particulières liées à la nature du marché, à sa complexité, ou au montage juridique et financier, lesquelles doivent s'apprécier au regard des capacités du pouvoir adjudicateur à passer le marché selon la procédure normale d'appel d'offres**. Par suite, les requérants ne sont pas fondés à soutenir **qu'en tenant compte de l'expérience acquise par le pouvoir adjudicateur dans le domaine des évacuations sanitaires par voie aérienne, l'auteur de l'ordonnance attaquée aurait commis une erreur de droit**. Il n'a pas davantage commis d'erreur de droit ni dénaturé les pièces du dossier en tenant pas compte que la **négociation aurait permis l'amélioration des offres et l'émergence de nouvelles solutions par rapport à celles présentées lors d'une précédente procédure, cette circonstance n'étant pas au nombre des conditions du recours à cette procédure**. Il n'a enfin, contrairement à ce que soutiennent les requérants, pas exigé que les motifs du recours à la procédure avec négociation sur le fondement du 4° de l'article R2124-3 précité ne diffèrent pas de ceux ayant conduit à la déclaration sans suite de l'appel d'offre précédent.

En deuxième lieu, l'auteur de l'ordonnance attaquée, qui est suffisamment motivée, n'a pas inexactement qualifié les faits de l'espèce en jugeant que les circonstances invoquées par les centres hospitaliers d'Ajaccio et de Bastia, tirées de certaines particularités techniques des prestations attendues, **qui apparaissent largement standardisées**, ne permettaient pas de caractériser une complexité justifiant le recours à la procédure négociée sur le fondement des mêmes dispositions. »

TA Bastia, 20 mai 2022, n°2200574, Sté Oyonnair

« Enfin, si l'article 1.2 du règlement de consultation fonde aussi le recours à la procédure de négociation sur les dispositions du 5° de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique, visant les hypothèses dans lesquelles les spécifications techniques ne peuvent être définies avec une précision suffisante, il résulte de l'instruction que les centres hospitaliers de Bastia et d'Ajaccio, **eu égard à l'expérience qu'ils ont acquise en la matière, étaient parfaitement capables de définir avec une précision suffisante les spécifications techniques dont ils avaient besoin pour des évacuations sanitaires par avion à destination du continent** ».

CAA Douai, 4 octobre 2012, n°11DA01878, Agence Nathalie A

« Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'instruction, en particulier des mentions portées sur l'avis d'attribution du marché n°06 MOE 34/2009, publié le 28 juillet 2009 au Journal officiel de l'Union européenne et du rapport de présentation, qu'a été mise en œuvre, pour la passation du marché contesté, une procédure négociée ; que, toutefois, la prestation de services à réaliser ne pouvait, en l'espèce, être regardée comme étant d'une nature telle que les spécifications du marché ne pouvaient être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres ; qu'en effet, **le CROUS n'invoque aucune difficulté particulière** et il résulte de l'instruction que le **nouveau marché avait le même objet que le marché précédemment résilié**, comportait des missions équivalentes et avait déjà fait l'objet d'une estimation réévaluée à la date de la résiliation ; qu'il appartenait ainsi, en application des dispositions précitées, au maître d'ouvrage de recourir, en vue de l'attribution de ce nouveau marché, soit à une procédure de concours, soit à une procédure d'appel d'offres ; que, par suite, en ayant fait le choix de la procédure négociée, le CROUS Amiens-Picardie a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que ce manquement ayant trait au choix du cocontractant est de nature à entraîner l'annulation du marché contesté »

CAA Bordeaux, 6 février 2007, n°04BX00663, Office public d'aménagement et de construction de la communauté urbaine de Bordeaux

« Considérant qu'aux termes de l'article 35-I-2° du code des marchés publics dans sa rédaction alors en vigueur : Il ne peut être passé de marchés négociés que dans les cas définis ci-dessous. I. - Peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence : (...) 2° Les marchés de services, lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres ; **qu'il ne résulte pas de l'instruction que le marché litigieux d'assurance, conclu aux conditions générales d'une assurance multirisques habitation, serait un marché complexe dont les spécifications ne pouvaient être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres** ; que, par suite, les conditions requises par les dispositions précitées de l'article 35-I-2° du code des marchés publics n'étant pas remplies, l'office public d'aménagement et de construction de la communauté urbaine de bordeaux ne pouvait légalement recourir à la procédure du marché négocié pour conclure le contrat litigieux ».

Modification substantielle des conditions initiales

TA Paris, 16 avril 2024, n° 2407402, SAS Arverne Drilling Services

« Aux termes de l'article L. 2124-3 du code de la commande publique : " La procédure avec négociation est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques. ". Aux termes de l'article R. 2124-3 du même code : " Aux termes de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique : " Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure avec négociation dans les cas suivants : / () ; / 6° Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens des articles L. 2152-2 et L. 2152-3, ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres. Toutefois, par dérogation aux dispositions de l'article R. 2144-4, ne peuvent participer à la procédure que le ou les soumissionnaires ayant justifié au préalable ne pas être dans un cas d'exclusion et satisfaisant aux conditions de participation fixées par l'acheteur ».

TA Mayotte, 10 novembre 2022, n°2205028, SAS Mayotte Route Environnement

« Ainsi, le prix des offres déposées pour le lot n°2 excédait les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure et étaient donc inacceptables, de telle sorte que le pouvoir adjudicateur pouvait légalement engager une procédure négociée. Toutefois, **il résulte de l'instruction et notamment du nouveau DCE communiqué aux soumissionnaires le 21 juillet 2022 que, dans le souci de respecter l'enveloppe budgétaire, le projet initial avait été substantiellement diminué**. Les requérantes font valoir, sans être contestées sur ce point, que cette réduction du format initial du projet représenterait 20% de sa valeur de 30% de sa surface. Dès lors,

l'administration ne pouvait pas recourir à la procédure du marché négocié sans méconnaître les dispositions précitées de l'article R. 2124-3, 6° du code de la commande publique, mais devait procéder à un nouvel appel d'offres. Il résulte de tout ce qui précède que le groupement MRE-MAMI-SART est fondé à soutenir que le marché litigieux a été conclu à la suite d'une procédure irrégulière et, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, doit être annulée pour ce motif ».

CAA Douai, 28 janvier 2016, n°14DA00039, Commune de Saint-Leu d'Esserent

« Considérant que si, après un appel d'offres déclaré infructueux, le pouvoir adjudicateur peut adapter le dossier de consultation préalablement à la passation du marché négocié pour tenir compte des résultats de la première consultation ou même corriger certains éléments du dossier de consultation afin de prendre en compte les propositions faites par les différents candidats au cours de la négociation engagée avec eux, **ces adaptations ou ces corrections ne peuvent modifier substantiellement l'objet ou les conditions de réalisation du marché** ; / Considérant qu'après que les propositions des candidats en réponse à l'appel d'offres initial de la communauté de communes Pierre Sud Oise pour son service de transport urbain aient été déclarées inacceptables, au motif que leur montant excédait très largement les prévisions de financement, un nouveau cahier des clauses administratives et techniques particulières a été soumis aux candidats ; que son article 20, relatif au matériel roulant, a fait disparaître la notion d'âge moyen des véhicules utilisés, a substitué, en matière d'émissions de polluants atmosphériques par les véhicules utilisés, la norme " Euro 3 " à la norme " Euro 5 ", moins contraignante, a prévu " que la communauté de communes accepte de façon temporaire, en attendant la livraison d'éventuels véhicules neufs, la mise en place d'un parc de véhicules ne répondant pas entièrement aux exigences du dossier de consultation, notamment en ce qui concerne les normes Euro ou encore les équipements des personnes à mobilité réduite " ; que son article 30.2, relatif à la vente des titres de transport, a inséré une disposition nouvelle excluant, dans le seul but de limiter le coût du service, l'implantation d'une agence commerciale sur le territoire de la communauté de communes ou la mise en œuvre d'un système de dépositaires ; que le respect de ce nouveau cahier des charges a permis de réduire de 40,8 % le montant de la proposition initiale du groupement d'entreprises Kéolis-Evrard ; qu'ainsi, **ces modifications par leur nature et leur importance, ont présenté un caractère substantiel de nature à modifier les conditions initiales de réalisation de ce marché et faisant obstacle au recours à la procédure négociée dans les conditions prévues par les dispositions précitées des articles 53 et 35 du code des marchés publics** " ; que dès lors, les délibérations du 28 juin 2011 et 7 septembre 2011 de la communauté de communes Pierre Sud Oise doivent être annulées ».

CE, 27 mars 2015, n°386862, Société Groupe Progard France

« Considérant que les dispositions précitées de l'article 35 du code des marchés publics ne font pas obstacle à ce qu'après que les offres ont été déclarées inacceptables, la procédure négociée s'engage sur la base des mêmes documents et que le pouvoir adjudicateur se borne à demander aux candidats de réviser leurs prix à la baisse ; que, dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur détermine librement les modalités de discussion des offres mais ne peut engager la négociation avec plusieurs des candidats que dans le respect du principe d'égalité de traitement ; qu'il résulte de l'instruction que la société Groupe Progard France, qui a pu déposer une nouvelle offre comportant un prix plus faible que celui de son offre initiale, a été traitée de manière identique à l'association Optima et que la circonstance que les négociations n'auraient pas été très développées est indifférente ; que la société n'est donc pas fondée à soutenir que la négociation se serait déroulée dans des conditions irrégulières ».

CAA Marseille, 24 février 2014, n°11MA02562, Sté Autocars Rignon

« Considérant qu'à l'issue de l'appel d'offres ouvert, le département des Hautes Alpes a déclaré l'appel d'offres infructueux et a lancé une nouvelle procédure de passation sous la forme d'un marché négocié en application des dispositions de l'article 35 I 1° du code des marchés publics ; que dans le cadre de la procédure négociée engagée sur le fondement de l'article 35 I 1°, seules les modifications de nature substantielle par rapport aux conditions initiales du marché sont prohibées ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que la négociation engagée par le département des Hautes-Alpes a conduit à de telles

modifications ; que la société appelante qui se borne à alléguer sans autre précision que des modifications substantielles ont été apportées, notamment sur les catégories de véhicule, n'est donc pas fondée à soutenir que la procédure négociée serait entachée d'irrégularité »

CE, 11 août 2009, n°325465, Société Val'Horizon

« Considérant que pour annuler la procédure de passation engagée, le juge des référés a estimé que la lettre en date du 1er décembre 2008 par laquelle le SYNDICAT EMERAUDE informait les candidats sélectionnés de ce que les offres étaient inacceptables en raison de leur prix trop élevé et les invitait à présenter une nouvelle offre n'était pas accompagné des documents de consultation mentionnés à l'article 66 précité et ne renvoyait que de manière ambiguë aux documents de la procédure d'appel d'offres déclarée infructueuse ; **que cependant cette lettre indiquait clairement que les termes de l'appel d'offres n'étaient pas modifiés et qu'il était seulement demandé aux candidats de déposer, dans ce même cadre, une nouvelle offre à un prix moins élevé** ; que par suite le juge des référés a dénaturé les termes de ce courrier ; que son ordonnance doit donc être annulée / Considérant que les dispositions précitées de l'article 35 du code des marchés publics ne font pas obstacle à ce qu'après que les offres ont été déclarées inacceptables, la procédure négociée s'engage sur la base des mêmes documents et que le pouvoir adjudicateur se borne à demander aux candidats de réviser leurs prix à la baisse / Considérant enfin que la circonstance que la procédure initiale ait été déclarée infructueuse pour un motif tenant au niveau trop élevé des prix des offres ne faisait pas obstacle à ce que les offres soient appréciées au regard non seulement de leurs nouveaux prix, mais aussi de leur qualité technique ; que le SYNDICAT EMERAUDE était même tenu de procéder de la sorte, sauf à méconnaître les critères de sélection qu'il avait arrêtés »

CE, 25 juillet 2001, n°229666, Commune de Gravelines

« Considérant, en second lieu, que si, après un appel d'offres déclaré infructueux, la personne responsable du marché peut adapter le dossier de consultation préalablement à la passation du marché négocié pour tenir compte des résultats de la première consultation ou même corriger certains éléments du dossier de consultation afin de prendre en compte les propositions faites par les différents candidats au cours de la négociation engagée avec eux, ces adaptations ou ces corrections ne peuvent modifier substantiellement l'objet ou les conditions de réalisation du marché ; **que, par suite, en se fondant sur ce que la commune ne pouvait, après avoir invité, au cours de la négociation, les candidats à corriger leur offre afin de proposer un prix unitaire, retenir une offre conforme à cette invitation alors que le règlement de consultation prévoyait un prix forfaitaire global, le vice-président délégué par le président du tribunal administratif de Lille n'a pas entaché son ordonnance d'une erreur de droit** »

CE, 12 mars 1999, n°171293, Entreprise Porte

« Considérant qu'après un appel d'offres déclaré infructueux, la personne responsable du marché peut adapter le dossier de consultation préalablement à la passation du marché négocié afin de tenir compte des résultats de la première consultation dès lors que ces adaptations ne modifient pas substantiellement l'objet ou les conditions de réalisation du marché ; qu'il ne résulte pas des pièces du dossier qu'en choisissant, à ce stade, un produit d'une marque déterminée, la personne responsable du marché ait méconnu le principe d'égalité entre les candidats, dès lors que seul ce produit répondait aux exigences du cahier des clauses techniques particulières ; **qu'il résulte de ce qui précède qu'aucune irrégularité dont l'Entreprise PORTE pourrait se prévaloir au soutien de sa demande indemnitaire n'a entaché la seconde consultation** ; que, par suite, l'Entreprise PORTE n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Bordeaux a rejeté sa demande tendant à ce que la communauté urbaine de Bordeaux soit condamnée à lui verser la somme de 1 173 319,87 F en réparation du préjudice qui lui a causé son éviction du marché »

CE, 5 décembre 1994, n°131680, Commune du Vésinet

« Considérant que l'appel d'offres organisé par la COMMUNE DU VESINET en vue de l'attribution d'un marché ayant pour objet le déplacement d'un terrain de football, la réalisation et la couverture de deux terrains de tennis et la construction d'un bâtiment d'accueil comportant deux niveaux au stade des Merlettes a été déclaré infructueux pour les motifs que les deux seules offres présentées en temps

utile, l'une par la société "OBB construction", l'autre par la société "Etablissements Lafranque", auraient été d'un montant supérieur à l'estimation prévisionnelle du coût des travaux et que l'offre de la société "Etablissements Lafranque", dont le montant était le plus bas, n'aurait pas été conforme aux dispositions du cahier des clauses techniques particulières ; que les autorités communales ont ensuite entrepris de conclure un marché négocié dont l'objet était limité à la réalisation de la couverture des terrains de tennis et à la construction d'un bâtiment d'accueil comportant un seul niveau ; qu'elles ont écarté la proposition de la société "Etablissements Lafranque", pour le motif que celle-ci n'aurait pas présenté des garanties financières suffisantes, et retenu l'offre de la société "OBB construction", dont le montant était plus élevé ; / **Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que les importantes modifications apportées au projet après que l'appel d'offres eut été déclaré infructueux, ont été décidées dans le seul but de justifier l'attribution d'un marché à la société "OBB construction",** dont l'offre initiale était d'un montant sensiblement supérieur à celle de la société "Etablissement Lafranque" s'agissant du déplacement du terrain de football et de l'édification du bâtiment d'accueil ; que, d'ailleurs, en exécution d'une délibération prise par le conseil municipal le 7 mars 1991, le marché passé avec la société "OBB construction" a fait l'objet d'un avenant ayant notamment pour objet d'ajouter un étage au bâtiment ; qu'ainsi, en autorisant le maire à conclure ce marché, le conseil municipal n'a pas respecté l'égalité entre les entreprises ayant présenté des offres ; que, dès lors, la COMMUNE DU VESINET n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Versailles a annulé la délibération du 25 octobre 1990 ».

Article R2124-4

L'entité adjudicatrice peut passer librement ses marchés selon la procédure avec négociation.

TA Paris, 10 octobre 2024, n° 2425339, Société Socofe

« 7. En premier lieu, aux termes de l'article R. 2124-4 du code de la commande publique : " L'entité adjudicatrice peut passer librement ses marchés selon la procédure avec négociation. " Aux termes de l'article 6.1 du règlement de la consultation relatif aux informations complémentaires : " Pour obtenir tous les enseignements complémentaires qui leur seraient nécessaires pour finaliser leurs offres, les candidats doivent faire parvenir leurs demandes écrites éventuelles via la plateforme () au plus tard 30 jours calendaires avant la date limite fixée pour la réception des offres. Une réponse commune sera adressée au plus tard 15 jours calendaires avant la date limite fixée pour la réception des offres à tous les candidats. Les réponses apportées par la RATP doivent être considérées par les candidats comme une précision pour l'établissement de leur offre" ».

Section 3 - Dialogue compétitif

Article L2124-4

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

DAJ, « Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics », octobre 2014, p. 67

« En fonction de son expérience et des technologies qu'il maîtrise, chaque candidat va pouvoir proposer la solution qui lui paraît le mieux répondre aux besoins décrits dans le programme fonctionnel. Les offres reçues ne sont pas, à ce stade, des offres à prendre ou à laisser telles quelles. Elles vont pouvoir être améliorées et complétées, grâce au dialogue que l'acheteur mènera avec chaque candidat. Un candidat peut avoir besoin d'informations complémentaires sur le site (par exemple les caractéristiques de l'installation électrique). Le pouvoir adjudicateur peut demander à chaque candidat des explications sur le contenu de sa proposition et des modifications, permettant de mieux tirer profit des potentialités de cette proposition ».

Solutions de nature à répondre à ses besoins

TA Bordeaux 4 avril 2023, n° 2300992, SAS Seg Fayat

« D'une part, aux termes de l'article L. 2124-4 du code de la commande publique : " Le dialogue compétitif est la procédure par laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre ". Aux termes de l'article R. 2161-26 de ce code : " L'acheteur ouvre avec les participants sélectionnés un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins. Tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les participants sélectionnés " ».

CAA Bordeaux, 18 déc. 2018, n° 16BX00178, Synd . interdépartemental mixte pour l'équipement rural

« Ainsi que l'ont retenu les premiers juges, il résulte de ces dispositions que l'objet du dialogue compétitif ne consiste pas à identifier les besoins mais les moyens propres à les satisfaire, ce qui implique que les besoins aient été au préalable précisément définis. Pour qu'il soit admis que le pouvoir adjudicateur a précisé ses besoins, ces derniers, définis par des spécifications techniques, formulées par référence à des normes, des performances, des exigences fonctionnelles ou des écolabels, doivent prendre en compte les caractéristiques de l'ouvrage ou du service ou les éléments susceptibles d'exercer une influence déterminante sur leur conception ».

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

« Considérant qu'aux termes de l'article 36 du code des marchés publics dans sa rédaction alors applicable : La procédure d'appel d'offres sur performances est une procédure par laquelle la personne responsable du marché définit un programme fonctionnel détaillé, sous la forme de résultats vérifiables à atteindre ou de besoins à satisfaire ; qu'aux termes de l'article 68 du même code est : Après examen et classement des offres par la commission d'appel d'offres, chaque candidat est entendu par la commission, dans des conditions de stricte égalité, définies dans le règlement de la consultation. A la suite de cette audition et, le cas échéant, d'une audition supplémentaire si elle s'avère nécessaire, les candidats peuvent préciser, compléter ou modifier leur offre. L'offre modifiée est remise et traitée dans les mêmes conditions que l'offre initiale. La discussion avec les candidats a pour seul objet la définition des moyens aptes à satisfaire au mieux les besoins de la personne publique. Les procédés et les prix proposés par les candidats ne peuvent être divulgués au cours de la discussion. La personne responsable du marché ne peut élaborer ou modifier le cahier des charges en combinant des éléments proposés par différents candidats sans le communiquer à l'ensemble des candidats afin de leur permettre de modifier le cas échéant leur offre ; qu'enfin aux termes de l'article 5 : La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision par la personne publique avant tout appel à concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à concurrence. Le marché conclu par la personne publique doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins ; **qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que si les prescriptions du programme fonctionnel détaillé peuvent être modifiées après la remise des offres, ces modifications ne peuvent porter sur la nature et l'étendue des besoins de la personne publique, lesquelles peuvent seulement faire l'objet des précisions nécessaires pour répondre aux éléments d'information complémentaires apparus au cours de la procédure et à la condition que ces précisions soient portées en temps utile à la connaissance de tous les candidats ayant fait une offre pour leur permettre de l'adapter »**

Sur la base

CE, 3 juin 2009, n°319103, GIP-Carte du professionnel de santé

« Considérant en quatrième lieu qu'il résulte de l'instruction que le groupement d'intérêt public avait fait connaître dans l'avis, d'une part **son intention de ne pas recourir à une procédure se déroulant en phases successives** afin de réduire progressivement le nombre des solutions à discuter ou des offres à négocier, d'autre part son engagement de verser à chaque candidat ayant participé à l'ensemble des phases du dialogue une prime de 10 000 € ; que contrairement à ce que soutient le groupement Axalto-imprimerie nationale, ces mentions n'apparaissent pas contradictoires, dès lors qu'il n'apparaît pas que le groupement d'intérêt public ait eu l'intention d'éliminer des candidats en cours de dialogue ni qu'il en

ait effectivement écarté ; que le versement de la prime était destiné à récompenser les sociétés ayant fait le choix de poursuivre jusqu'à leur terme les négociations ; qu'il résulte de ce qui précède que le moyen doit être écarté »

TA Strasbourg, ord., 16 mai 2013, Sté Aastra c/ Cté urbaine de Strasbourg, Contrats Marchés publ. 2013, n°214, note W. Zimmer

Si l'acheteur ouvre le dialogue au cours duquel tous les aspects du marché public peuvent être discutés, il n'est pour autant pas obligé de discuter sur tous les aspects des offres.

CE, 24 juin 2011, n°347720, Sté Autostrade

« Considérant, en cinquième lieu, qu'au cours de la procédure, au stade de l'envoi du dossier définitif des offres finales, le ministre a demandé à tous les candidats de proposer un nouveau « démonstrateur » destiné à simuler les aspects du dispositif relatifs à la collecte de la taxe ; que les caractéristiques de ce nouveau démonstrateur, distinct de celui initialement exigé des candidats, ont été indiquées aux candidats à l'annexe 3 du règlement de la consultation complémentaire n° 4 ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que cette demande, adressée de manière identique à tous les candidats, était dépourvue d'utilité et conduisait à abaisser le niveau des exigences techniques attendues de ces derniers en la matière ; **que, par suite, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que le ministre, en exigeant un second démonstrateur après modification du règlement de la consultation, a porté atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats et favorisé les candidats moins performants techniquement tels que, selon elles, la société Autostrade per l'Italia SPA ».**

Article R2124-5

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

CE, 18 décembre 2017, n°413527, Société Léosphère

« Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que Météo-France a recouru à la procédure du dialogue compétitif en estimant ne pas être objectivement en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ; que l'établissement public avait, toutefois, identifié le Lidar Doppler comme étant la technologie la plus appropriée à ses besoins avant même le lancement de la procédure de passation ; qu'il n'est pas établi que, pour équiper l'aéroport de Nice de cette technologie, il serait nécessaire d'obtenir des sociétés présentes sur le marché le développement spécifique de techniques innovantes ; que, par suite, le juge des référés n'a pas entaché son ordonnance d'erreur de qualification juridique en jugeant que le projet en litige n'était pas d'une complexité technique telle que Météo-France pouvait légalement recourir à la procédure du dialogue compétitif, eu égard aux conditions alors posées par les dispositions de l'article 36 du code des marchés publics ».

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

« **Considérant que, pour juger que la ville de Paris ne pouvait recourir à la procédure de dialogue compétitif**, le juge des référés a relevé que si la ville attendait des candidats des propositions innovantes pour la conception et le design des kiosques ainsi que pour l'amélioration des conditions de travail des kiosquiers, le titulaire du contrat aurait à fournir les autres prestations dans des conditions comparables à celles que prévoyaient les contrats en cours ; qu'il en a déduit que, bénéficiant d'une expérience séculaire en la matière, la ville ne se heurtait pas à des difficultés telles qu'elle ne serait pas en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pour répondre à ses besoins ou établir le montage financier ou juridique du projet ; qu'en jugeant ainsi, alors, d'une part, que la ville de Paris entendait qu'à l'occasion de la passation d'un nouveau marché, des solutions innovantes soient proposées, aussi bien pour la conception des ouvrages que pour la gestion de l'activité des kiosquiers, qui tiennent compte à la fois des évolutions technologiques et d'objectifs d'usage multiple des kiosques, de respect des contraintes architecturales et de l'environnement, de gestion optimale d'un réseau de kiosquiers et d'optimisation des recettes domaniales, et, d'autre part, qu'il ressortait des pièces du dossier qui lui était soumis et de l'argumentation des parties devant lui que la définition des moyens

techniques pouvant répondre à de tels besoins était complexe, au sens des dispositions citées au point 7, le juge des référés a entaché son ordonnance d'une erreur de qualification juridique ».

CE, 11 mars 2013, n°364551, ACFCI

« Le juge du référé précontractuel, saisi d'un moyen en ce sens, contrôle la légalité du recours, par le pouvoir adjudicateur, à la procédure de dialogue compétitif en application de l'article 36 du code des marchés publics. 2) Le juge de cassation contrôle la qualification juridique opérée par le juge du référé précontractuel sur ce point ».

Article R2124-6

L'entité adjudicatrice peut passer librement ses marchés selon la procédure du dialogue compétitif.

Chapitre V - Techniques d'achat

Article L2125-1

L'acheteur peut, dans le respect des règles applicables aux procédures définies au présent titre, recourir à des techniques d'achat pour procéder à la présélection d'opérateurs économiques susceptibles de répondre à son besoin ou permettre la présentation des offres ou leur sélection, selon des modalités particulières.

Les techniques d'achat sont les suivantes :

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

CE, 14 décembre 2023, n° 407671, avis sur un projet de loi relatif à l'organisation de la gouvernance de la sûreté nucléaire et de la radioprotection pour répondre au défi de la relance de la filière nucléaire

« Le projet de loi prévoit que, lorsqu'ils mettent en œuvre l'exception à la durée maximale prévue au 1° de l'article L. 2125-1 du code de la commande publique, les accords-cadres de travaux, fournitures ou services qui concernent un ou plusieurs des projets mentionnés au point 21 sont conclus pour une durée qui peut aller jusqu'à celle du ou des projets concernés, fixée en tenant compte des aléas inhérents à leur réalisation.

Le Conseil d'Etat considère que la détermination d'une durée maximale aux accords-cadres qui dérogent, dans des cas exceptionnels dûment justifiés, à la durée fixée par les directives à quatre ans pour les pouvoirs adjudicateurs et à huit ans pour les entités adjudicatrices, ne se heurte à aucun obstacle d'ordre constitutionnel ou conventionnel dès lors que les directives comme les textes nationaux pris pour leur transposition, qui permettent une telle dérogation, ne lui fixent pas de durée maximale. Il observe cependant que cette disposition ne modifie le droit en vigueur que par l'introduction d'une limite qui n'y figure pas, de sorte qu'elle va au delà de ce qu'impose la transposition du droit de l'Union européenne, et qu'elle impose en outre aux acheteurs de prévoir dans les accords-cadres concernés par la mesure une durée plus longue, par la prise en compte des aléas, que celle annoncée par ailleurs pour la réalisation du projet ».

CE chambres réunies, avis, 24 novembre 2023, n°474108

« Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, **chacun de ses titulaires doit être regardé, pour l'exercice de l'action en contestation de la validité du contrat, comme un tiers à cet accord en tant que celui-ci a été conclu avec les autres opérateurs.** Par suite, saisi par l'un des titulaires d'un recours en contestation de validité de l'accord-cadre en tant qu'il a été conclu avec d'autres opérateurs économiques et si les conditions de recevabilité énoncées au point 1 sont réunies, le juge du contrat peut prononcer, le cas échéant, la résiliation ou l'annulation de cet accord en tant qu'il a été attribué à ces autres opérateurs dès lors qu'il est affecté de vices qui ne permettent pas la poursuite de son exécution. La circonstance qu'une telle annulation ou telle résiliation aurait pour effet de ramener le nombre des titulaires de cet accord-cadre à un nombre inférieur à celui envisagé par le règlement de la consultation est sans incidence sur la possibilité pour le juge de la prononcer.

Lorsqu'il est ainsi de conclusions contestant la validité de l'accord-cadre en tant qu'il a été conclu avec certains opérateurs économiques, le juge du contrat ne peut prononcer la résiliation ou l'annulation de l'accord-cadre dans son ensemble. »

Avec un opérateur économique

CE, 6 novembre 2020, n°437718, Société Manganelli Technology

« Il appartient au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats sur les conditions d'attributions des marchés subséquents à un accord-cadre mono-attributaire dès l'engagement de la procédure d'attribution de cet accord-cadre, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats. **La circonstance qu'un accord-cadre soit conclu avec un seul opérateur économique n'implique pas que son titulaire bénéficie de l'octroi automatique des marchés subséquents passés dans ce cadre. Aucune disposition ni aucun principe ne fait en effet obstacle à ce que les offres remises par le titulaire d'un accord-cadre mono-attributaire pour l'attribution des marchés subséquents soient notées et analysées, et que les marchés ne lui soient attribués que sous réserve de remplir certaines conditions. Il en va de même dans l'hypothèse où la procédure de passation de l'accord-cadre mono-attributaire envisagerait l'attribution simultanée d'un premier marché subséquent où les candidats à l'attribution de l'accord-cadre seraient de ce fait invités à remettre également une offre pour ce premier marché, sous réserve que la comparaison des offres des candidats porte uniquement sur l'accord-cadre et non, de façon concomitante, sur celles remises pour le premier marché. »**

Sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur l'objet

CAA Versailles, 8 Février 2018, n° 16VE01638, Société Sol France

« **Considérant, d'une part, qu'aux termes du II de l'article 77 du code des marchés publics, dans sa rédaction alors applicable :** " La durée des marchés à bons de commande ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans. / **L'émission des bons de commande ne peut intervenir que pendant la durée de validité du marché. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur ne peut**

cependant retenir une date d'émission et une durée d'exécution de ces bons de commande telles que l'exécution des marchés se prolonge au-delà de la date limite de validité du marché dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques »

CE, 5 février 2016, n° 383149, Syndicat mixte des transports en commun Hérault Transport

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le contrat litigieux a été passé pour une durée de six ans afin, comme le soutenait le pouvoir adjudicateur, " de tenir compte des investissements nécessaires, conséquences des exigences qualitatives en matière de sécurité, d'accessibilité et de normes environnementales, figurant dans le dossier de consultation des entreprises " ; qu'en jugeant, après avoir notamment relevé dans sa décision, d'une part, que la durée d'amortissement des véhicules utilisés, retenue par l'administration fiscale, était de quatre ou cinq ans et, d'autre part, que l'attributaire pouvait utiliser des véhicules d'une ancienneté maximale de dix ans, que les exigences qualitatives prévues par les documents de la consultation **ne plaçaient pas le syndicat mixte dans un cas exceptionnel justifiant qu'il fût dérogé à la durée de quatre ans prévue par les dispositions citées ci-dessus du code des marchés publics**, la cour n'a pas donné aux faits ainsi énoncés une qualification juridique erronée ; qu'elle n'a, en tout état de cause, pas non plus commis d'erreur de droit en tenant compte des possibilités de réutilisation ou de revente des véhicules nécessaires à l'exécution du contrat litigieux pour apprécier les modalités de leur amortissement ».

CE, 10 mai 2006, n°288435, Société Schiocchet

« Considérant que si les dispositions de l'alinéa 3 de l'article 71 du code des marchés publics autorisent la personne publique à passer des marchés à bons de commande pour une durée qui excède quatre ans **si elle justifie se trouver dans un cas exceptionnel, eu égard notamment à l'objet du marché, ces dispositions ne prévoient pas, en revanche, que la personne publique doive présenter une telle justification dans les documents de la consultation remis aux candidats ».**

Titre III - ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE DE PASSATION

Chapitre Ier - Publicité préalable

Article L2131-1

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

Ces conditions et exceptions sont définies en fonction de l'objet du marché public, de la valeur estimée hors taxe du besoin ou de l'acheteur concerné.

Tableau DAJ Marchés publics de l'État et de ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial

Tableau DAJ Marchés publics des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements

Tableau DAJ Marchés publics des autres acheteurs

Section 1 - Supports de publication

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

Article R2131-1

L'acheteur peut faire connaître son intention de passer un marché par la publication, pour le pouvoir adjudicateur, d'un avis de préinformation, ou, pour l'entité adjudicatrice, d'un avis périodique indicatif.

Ces avis sont établis conformément aux modèles fixés par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.

DAJ, fiche technique, Les marchés publics à procédure adaptée et autres marchés publics de faible montant (01/04/2019)

« Si les articles R. 2123-1, R. 2123-4, R. 2123-5, R. 2123-6 du et l'article R. 2323-4 du code de la commande publique ne le précisent plus, il demeure entendu que l'acheteur peut décider, au-delà des seuils applicables aux marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables évoqués au point 1.1.1. et inférieurs aux seuils de procédure formalisée, que le marché public sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalable ».

Avis établis conformément aux modèles fixés par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.

CE, 3 février 2022, n°457233, Société formation accompagnement conseil

« Si la société requérante soutient cependant que la partie H de l'annexe V de la directive du 26 février 2014, relative au contenu des avis de marché passés pour la fourniture de services sociaux, n'impose pas de faire figurer un montant maximal en vue de la passation d'un accord-cadre, sa partie I prévoit toutefois que l'avis de préinformation doit comporter une " brève description du marché en question comprenant la valeur totale estimée du marché " et les formulaires prévus aux annexes XVIII et XIX du règlement d'exécution (UE) 2015/1986 du 11 novembre 2015, respectivement consacrés aux avis de préinformation et de marchés de services sociaux, comportent des mentions relatives, pour les accords-cadres, à leur valeur totale maximale pour toute leur durée. Par suite, contrairement à ce que soutient la société requérante, le juge des référés du tribunal administratif de Saint-Martin n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que cette obligation s'appliquait aux marchés de services sociaux et, par voie de conséquence, à la procédure de passation de l'accord-cadre en litige ».

Article R2131-2

Les avis mentionnés à l'article R. 2131-1 peuvent être :

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

Article R2131-3

Lorsqu'une entité adjudicatrice publie un avis périodique indicatif, elle communique aux candidats qui le demandent les spécifications techniques qu'elle fait habituellement figurer ou qu'elle entend faire figurer dans les marchés ayant le même objet que celui mentionné dans l'avis.

Ces spécifications techniques sont mises à disposition sur un profil d'acheteur dans les conditions fixées aux articles R. 2131-2, R. 2131-4, R. 2131-5 et R. 2131-6. Toutefois, elles sont transmises par d'autres moyens dans les cas suivants :

- 1° Lorsqu'il n'est pas possible d'offrir un accès gratuit, sans restriction, complet et direct par voie électronique à certains documents de la consultation pour une des raisons mentionnées aux R. 2132-12 et R. 2131-14 ;
- 2° Lorsque l'entité adjudicatrice entend imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'elle met à disposition tout au long de

la procédure de passation.

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

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

Article R2131-4

Les acheteurs, à l'exception des autorités publiques centrales dont la liste figure dans un avis annexé au présent code, peuvent utiliser un avis mentionné à l'article R. 2131-1 pour lancer un appel à la concurrence dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres restreint ou d'une procédure avec négociation.

Dans ce cas, cet avis doit remplir les conditions suivantes :

- 1° Faire référence spécifiquement aux travaux, aux fournitures ou aux services qui feront l'objet du marché à passer ;
- 2° Mentionner que ce marché sera passé selon une procédure d'appel d'offres restreint ou une procédure avec négociation sans publication ultérieure d'un avis d'appel à la concurrence et inviter les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt ;
- 3° Avoir été envoyé pour publication entre trente-cinq jours et douze mois avant la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Article R2131-5

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

Article R2131-6

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

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

Article R2131-7

L'acheteur peut utiliser, pour lancer un appel à la concurrence, un avis mentionné à l'article R. 2131-1 pour les marchés de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au 3° de l'article R. 2123-1 lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure au seuil européen applicable à ces marchés qui figure dans un avis annexé au présent code.

Dans ce cas, l'avis mentionné à l'article R. 2131-1 doit remplir les conditions suivantes :

- 1° Faire référence spécifiquement aux types de services qui feront l'objet des marchés à passer ;
- 2° Indiquer que les marchés seront passés sans publication ultérieure et inviter les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt par écrit.

Article R2131-8

L'avis mentionné à l'article R. 2131-7 est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions prévues aux articles R. 2131-19 et R. 2131-20.

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

Article R2131-9

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

Paragraphe 3 - Dispositions communes relatives à l'invitation à confirmer l'intérêt**Article R2131-10**

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

Article R2131-11

L'invitation mentionnée à l'article R. 2131-10 comprend au minimum les renseignements suivants :

- 1° La nature et la quantité des prestations demandées. Dans le cas de marchés renouvelables, elle indique la nature, la quantité et, si possible, une estimation du délai dans lequel l'acheteur procédera à la publication des avis d'appel à la concurrence ultérieurs pour le renouvellement des marchés ;
 - 2° La procédure utilisée ;
 - 3° Le cas échéant, la date de commencement ou d'achèvement de l'exécution du marché ;
 - 4° L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont mis à disposition des candidats. Lorsque les documents de la consultation ne sont pas mis à disposition sur un profil d'acheteur, pour l'un des motifs énoncés aux articles R. 2132-12 et R. 2132-13, ni par d'autres moyens, ils sont joints à l'invitation.
- Dans les cas où l'accès électronique ne peut être proposé, l'invitation indique l'adresse et la date limite pour le dépôt des demandes visant à obtenir les documents de la consultation ainsi que la ou les langues autorisées pour leur présentation ;
- 5° L'identification et l'adresse du service qui passe le marché ;
 - 6° Les informations relatives aux capacités professionnelles, techniques, économiques et financières ;
 - 7° La forme du marché ;
 - 8° Les critères d'attribution ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis.

CAA Versailles, 18 Mars 2021, n° 18VE00529, Mme D.

« En quatrième lieu, si ce même avis indique à tort que le marché dont il s'agit ne fait pas l'objet d'un allotissement, il ressort toutefois des pièces du dossier que cette mention n'a pas été susceptible d'exercer une influence sur le sens de la délibération contestée et n'a pas privé les candidats d'une garantie, dès lors que la consultation des pièces du marché permettait à ces derniers d'avoir connaissance du nombre et de la consistance des lots. D'ailleurs, il ressort également des pièces du dossier que plusieurs offres ont été présentées pour chacun des lots ».

Sous-section 3 - Avis de marché**Paragraphe 1 - Avis de marché pour certains marchés passés selon une procédure adaptée****Article R2131-12**

Les marchés passés selon une procédure adaptée par l'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, font l'objet d'une publicité dans les conditions suivantes :

- 1° Lorsque la valeur estimée du besoin est inférieure à 90 000 euros hors taxes, les modalités

de publicité sont librement adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment de son montant et de la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause ;

2° Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure à 90 000 euros hors taxes et inférieure aux seuils de procédure formalisée, un avis de marché établi conformément au modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code est publié soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

L'acheteur apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant des travaux, des fournitures ou des services en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné ou au Journal officiel de l'Union européenne est en outre nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché.

Article R2131-13

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

TA Toulon, 18 juillet 2024, n°2400173, Préfet du Var.

« Il résulte de l'instruction que le marché à bons de commande en cause, renouvelable trois fois, s'élève à 350 000 euros hors taxes par période d'un an, soit un montant total pouvant atteindre 1 400 000 euros. Ce marché passé selon une procédure adaptée devait donc faire l'objet d'une publicité, dans les conditions prévues au 2° de l'article R. 2131-12 du code précité. **Or, seule une publication sur le site e-marchespublics.com est intervenue, support non habilité à recevoir des annonces légales dans le département.** Par suite, le préfet du Var est fondé à soutenir que les règles de publicité ont été, en l'espèce, méconues ».

TA Rennes, 16 mai 2024, n°2201215, Société 3D Ouest

« La société Eskale d'Armor exerce une mission de service de l'outillage public portuaire qui est un service public industriel et commercial, de sorte qu'elle est un pouvoir adjudicateur selon le 3° de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique et qu'elle pouvait choisir librement les modalités de publicité adaptées aux caractéristiques du marché en litige, dont la valeur estimée est de 80 000 euros hors taxes, selon les dispositions de l'article R. 2131-13 du code de la commande publique. Il résulte de l'instruction et en particulier des écritures des parties, qu'avant de conclure avec la société Smart Waters l'accord-cadre attaqué, **la société Eskale d'Armor a adressé une lettre de consultation à trois entreprises éditrices de logiciels de gestion portuaire.** Toutefois, compte tenu de l'objet du marché, cette consultation **ne permettait pas d'assurer une publicité suffisante** de ce marché auprès des sociétés ayant vocation à y répondre afin que soient respectés les principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. Il ne résulte d'aucune autre pièce du dossier que la société Eskale d'Armor a mis en place une mesure de publicité permettant aux candidats potentiels d'accéder à la consultation en litige. Ainsi, l'absence de publicité du marché en litige a été de nature à restreindre l'accès des candidats potentiels à cette consultation. Par suite, le moyen tiré du manquement à l'obligation de publicité doit être accueilli ».

TA Nice, 3 octobre 2023, n°2203363, Préfet des Alpes-Maritimes

« Il est constant que l'avis d'appel à concurrence du marché litigieux, qui répondait aux critères fixés par ces dispositions, n'a fait l'objet d'aucune publication dans un journal d'annonces légales ou dans le bulletin officiel des annonces de marchés publics et **que seul un avis de publication a été déposé sur la plate-forme dématérialisée " marchés.sécurisés.fr "**. Le vice entachant le contrat litigieux, tiré de l'absence de publicité au bulletin officiel des marchés publics ou dans un journal d'annonces légales, a ainsi affecté la régularité de la mise en concurrence et la légalité du choix des cocontractants. Le préfet des Alpes-Maritimes est fondé à soutenir que le marché litigieux est entaché d'illégalité ».

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

spécifiques

Article R2131-14

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

Article R2131-15

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

Paragraphe 3 - Avis de marché pour les marchés passés selon une procédure formalisée**Article R2131-16**

Pour les marchés passés selon une des procédures formalisées énumérées aux articles R. 2124-2 à R. 2124-6 :

1° L'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements publient un avis de marché dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne ;

2° Les autres acheteurs publient un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne.

TA Versailles, 9 juillet 2024, n°2207150, Mme A E, Mme C D et M. B F

« Il résulte de l'instruction que le seul avis d'appel à la concurrence concernant la réalisation d'une crèche sur la commune d'Orgeval est celui mentionné au point 5, concernant la construction d'une crèche et la construction d'un groupe scolaire, publié au journal officiel de l'Union européenne le 27 janvier 2022, et mentionnant la commune comme seul pouvoir adjudicateur. De plus, le jury de concours a été nommé par une délibération de la commune d'Orgeval du 10 février 2022, l'avis et les procès-verbaux du jury de concours en date des 15 mars et 28 juin 2022 ont été rédigés par la commune d'Orgeval pour l'analyse des candidatures et la sélection des offres, et c'est la commission d'appel d'offres de la commune d'Orgeval réunie le 8 juillet 2022 qui a proposé d'attribuer à la société OBM Construction les deux marchés publics attaqués, finalement présentés comme des lots. **Il résulte de ce qui précède que les opérations de passation du marché public concernant la construction d'une crèche n'ont pas été réalisées par l'acheteur, à savoir le SIVU de la petite enfance, alors même que ni le SIVU ni la commune d'Orgeval ne se prévalent d'une convention de groupement de commandes ».**

TA Guyane, 12 janvier 2023, n°2201851, Société OPTIM'OM

« Il résulte de l'instruction que le marché public litigieux a fait l'objet d'une publication régulière à compter du 16 septembre 2022 au Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne. De même, l'avis rectificatif fixant la date limite de réception des offres ou des demandes de participation au 14 novembre 2022 a fait l'objet d'une publication à compter du 10 octobre 2022 au Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union

européenne. Dans ces conditions, la société OPTIM'OM n'est pas fondée à soutenir que la procédure de passation du marché litigieux a été conduite en méconnaissance des obligations de publicité prévues à l'article R. 2131-16 du code de la commande publique. Par suite, le moyen doit être écarté ».

CE, 9 juin 2021, n°448948, société Allo Casse Auto

« Il ressort des pièces des dossiers soumis au juge des référés que les contrats pour la conclusion desquels la ville de Paris a lancé la procédure litigieuse ont pour objet de confier à leur titulaire l'enlèvement des véhicules abandonnés dans les parcs de fourrière placés sous sa responsabilité, conformément à l'article L. 325-8 du code de la route. La fréquence et le volume des enlèvements auxquels le titulaire s'engage à procéder sont fixés par les stipulations du contrat. Le service ainsi rendu par les entreprises de démolition automobile cocontractantes ne fait l'objet d'aucune rémunération sous la forme d'un prix, les stipulations des conventions projetées, qui reprennent les clauses types définies à l'article R. 325-45 du code de la route, indiquant que ces entreprises ont le droit, en contrepartie de leurs obligations, de disposer des accessoires, pièces détachées et matières ayant une valeur marchande issus des véhicules. Aucune stipulation de ces conventions ne prévoit par ailleurs de compensation, par la ville de Paris, des éventuelles pertes financières que pourrait subir son cocontractant du fait des risques inhérents à l'exploitation commerciale des produits issus de ces enlèvements. Dans ces conditions, ces conventions, qui prévoient que la rémunération du service rendu prend la forme du droit d'exploiter les véhicules abandonnés et qui transfèrent à leurs titulaires le risque inhérent à cette exploitation, présentent le caractère de concessions de service. 5. Pour annuler la procédure de passation litigieuse, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a retenu qu'elle avait été conduite en méconnaissance des obligations de publicité prévues aux articles L. 2124-1, L. 2131-1 et R. 2131-16 du code de la commande publique, applicables aux seuls marchés publics. En statuant de la sorte, le juge des référés a méconnu le champ d'application de la loi. Ses ordonnances doivent être annulées pour ce motif, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les moyens des pourvois ».

Article R2131-17

L'avis de marché est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.

Paragraphe 4 - Publicité supplémentaire**Article R2131-18**

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

Section 2 - Publication**Article R2131-19**

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

Article R2131-20

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

publications de l'Union européenne. Elles mentionnent la date de cet envoi.

Chapitre II - Communication et échanges d'informations

Section 1 - Confidentialité

Article L2132-1

L'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que **celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation du montant total ou du prix détaillé des offres.**

Toutefois, l'acheteur peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées.

L'acheteur peut imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'il communique dans le cadre de la procédure de passation d'un marché.

TA Toulon, 11 juillet 2024, n°2201617, Société aménagement gestion publique (SAGEP)

« D'une part, la commune ne pouvait utilement se prévaloir de ce que lors de la production de son mémoire en défense, la société V.A.D. n'était pas encore partie à l'instance, dès lors qu'il est d'usage que, dans les instances régies par l'article L. 551-1 du code de justice administrative, la procédure soit communiquée à l'attributaire du marché, usage que la commune ne pouvait raisonnablement ignorer. **D'autre part, le mémoire technique produit par la SAGEP contient une partie entièrement dédiée à son savoir-faire, de sorte que ces informations remplissaient les conditions posées à l'article L. 151-1 du code de commerce et étaient dès lors couvertes par le secret des affaires, sans que la commune n'établisse que ces informations étaient effectivement publiques. Dans ces conditions, la commune du Pradet a méconnu les dispositions de l'article L. 2132-1 du code de la commande publique et a commis une faute, de nature à engager sa responsabilité.** »

TA de Lyon, 20 juin 2024, n°2405082, Société Limoge Révillon.

« Il résulte de l'instruction que Grand Bourg Habitat a fait porter le débat sur le cahier des prescriptions techniques et le programme de travaux à réaliser qui figurent dans les éléments modifiables dans le règlement de la consultation. La société Limoge Révillon n'établit pas que le dialogue n'a pas permis à son groupement de faire évoluer son projet architectural, alors que, par ailleurs, **elle fait grief à Grand Bourg Habitat de ne pas avoir respecté la confidentialité des solutions préconisées par les candidats, en méconnaissance de l'article L. 2132-1 du code de la commande publique et de l'article 2-2-2 du règlement de la consultation, auquel elle reproche en outre d'organiser le cherry picking des préconisations des candidats. Par suite, le moyen tiré de ce que Grand Bourg Habitat aurait méconnu l'article R. 2161-27 du code de la commande publique doit être écarté. Il ne peut davantage lui être sérieusement reproché d'avoir méconnu l'obligation de confidentialité et d'avoir organisé un cherry picking dès lors que le principe même du dialogue compétitif est de permettre à l'acheteur de réutiliser les idées ou solutions d'un soumissionnaire pour faire évoluer ses exigences.** »

TA Limoges, 21 décembre 2023, n°2302095, Société Rhenus office systems.

« Si la société requérante critique la production par l'ASP, dans le cadre de la présente instance, d'un certain nombre de pièces qui comporteraient des informations confidentielles dont la communication porterait atteinte au secret des affaires, cette communication, qui est intervenue après la sélection des offres, **n'est en tout état de cause pas susceptible de l'affecter et ne peut ainsi avoir altéré la concurrence entre les entreprises candidates à l'attribution du marché** ».

TA d'Amiens, 2 août 2023, n°2102207, Société NTI Solutions

« Il résulte de l'instruction que [...] la commune de Villers Saint-Sépulcre, [...] a communiqué au tribunal **l'intégralité du mémoire par lequel la société NTI Solutions avait présenté son offre technique, sans en occulter aucun passage.** Dans ces conditions, et alors qu'elle pouvait se borner à produire, à l'appui de sa défense, le seul extrait de l'offre technique non conforme aux prescriptions des cahiers

des charges et que, par ailleurs, le mémoire technique de la société NTI Solutions ne se limitait pas à reprendre des informations publiées sur son site internet, la commune a méconnu les dispositions des articles cités précédemment. »

TA de Paris, 12 juin 2023, n°2118784, Société B-Led Group

« Toutefois, à supposer que cette communication ait permis à la société Manganelli Technology d'améliorer son offre, il résulte également de l'instruction que le critère relatif à la présentation d'une solution technique pour le pilotage du plafond lumineux était évalué sur un total de 8 points sur 100. Par suite, dès lors que 15,81 points sur 100 séparent, au classement général des offres, la société requérante, classée deuxième, de la société attributaire, le classement des deux candidates n'a pas pu être modifié par cette communication. **La méconnaissance du principe de l'égalité de traitement des candidats et de l'article L.2132-1 du code de la commande publique compte tenu de la divulgation d'informations protégées par le secret des affaires n'a donc pu affecter les chances de la société requérante d'obtenir le marché.** »

CE, 15 mars 2023, n° 465171, Ville de Paris

« Les documents et informations échangés entre l'administration et un candidat lors de la phase de négociation d'un contrat de la commande publique, dès lors qu'ils révèlent par nature la stratégie commerciale du candidat, entrent dans le champ du 1° de l'article L. 311-6 et ne sont, par suite, pas communicables.

Parmi les mentions occultées par la Ville de Paris dans le rapport d'analyse des offres communiqué à la SOMUPI, figurent des éléments relatifs aux engagements pris par la société attributaire à l'égard du pouvoir adjudicateur en termes de quantité et de qualité des prestations, qui, dès lors que, comme l'a relevé le tribunal administratif, ils ne mentionnent ni les prix unitaires, ni les caractéristiques précises de ces prestations, ne révèlent pas en eux-mêmes des procédés de fabrication ou la stratégie commerciale de l'entreprise et sont, par suite, communicables. Il en va notamment ainsi des **éléments relatifs aux modèles de mobilier envisagés, à leur dimensionnement, à leur qualité, incluant la nature des équipements numériques proposés, à leur esthétique, à leur évolutivité ainsi qu'à leur nombre et au calendrier de leur déploiement.** Par suite, le tribunal n'a pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis en considérant que le rapport d'analyse des offres communiqué à la SOMUPI avait fait l'objet d'occultations excessives ».

CE, 22 nov. 2022, n° 456554, Min. des armées

« Il ressort des énonciations du jugement attaqué qu'après avoir rappelé le caractère de documents administratifs, au sens et pour l'application de l'article L. 300-2 du code des relations entre le public et l'administration, des documents se rapportant à un marché public, le tribunal administratif de Toulon a jugé que, par nature, les qualifications dans l'expertise de la société Wics Naval n'entraient pas dans le champ du secret des affaires protégé par les dispositions de l'article L. 311-6 du même code, cité au point 2, au motif qu'elles ne concernaient ni le secret des procédés techniques de fabrication, ni le secret des informations financières de l'entreprise, ni le secret des stratégies commerciales de l'entreprise. Toutefois, dès lors que l'avis d'appel à la concurrence n'exigeait pas des entreprises candidates au marché en cause la production d'une certification en particulier mais demandait de fournir " des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et habilités à attester la conformité des fournitures par des références à certaines spécifications techniques, ou toutes autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité " et " les certificats de qualification professionnelle établis par des organismes indépendants ou tout moyen de preuve équivalent ", **le tribunal, en ne recherchant pas si les certificats produits par la société Wics Naval à l'appui de sa candidature ne comportaient pas des éléments relatifs aux moyens humains de l'entreprise de nature à révéler des choix stratégiques couverts par le secret des affaires, a commis une erreur de droit** ».

CE, 10 février 2022, n°456503, Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM)

« Il résulte de l'instruction que la SHAM était tenue de communiquer, dans le cadre de la consultation en cause, des informations relatives au prix de son offre, lesquelles doivent être regardées, à ce stade de la procédure de passation, comme couvertes par le secret des affaires au

sens des dispositions citées aux points 2 à 4. **Si la SHAM fait valoir qu'elle s'est expressément opposée à ce que son offre soit communiquée à M. J..., dirigeant de la société ACAOP, et à l'ensemble des préposés de cette société, dont elle a sollicité l'exclusion de l'analyse des offres, en raison de relations étroites alléguées de M. J... avec une société concurrente**, cette seule circonstance ne suffit pas, par elle-même, à caractériser un risque d'atteinte imminente au secret des affaires dès lors que la société ACAOP ainsi que son dirigeant et ses personnels sont tenus à une obligation contractuelle de confidentialité dans le cadre de leur mission d'assistance au maître de l'ouvrage. **A cet égard, il appartiendra à la requérante, si elle s'y croit fondée, de faire valoir notamment devant le juge du référé précontractuel tout manquement qu'elle aura relevé aux règles de publicité et de concurrence, tenant, le cas échéant, en une violation par le pouvoir adjudicateur du secret commercial ou de l'impartialité à laquelle celui-ci est tenu ».**

CE, 9 juin 2021, n°449643, Société Lorany conseils

« Si la société Lorany Conseils soutient en premier lieu que le juge des référés du tribunal administratif de Rouen s'est à tort fondé sur des pièces communiquées par la société Gimarco en violation du secret des affaires, cette circonstance n'est pas de nature à entacher d'irrégularité ni d'erreur de droit son ordonnance, dès lors que ces pièces ont pu être discutées contradictoirement par les parties ».

TA de Nancy, 26 oct. 2020, n°2002619, SHAM

« Eu égard au **risque d'atteinte au secret des affaires** que présente la collaboration de M.E... comme assistant à la maîtrise d'ouvrage pour l'analyse des offres de la SHAM et de la société BEAH, il y a lieu de suspendre l'analyse des candidatures et des offres de la SHAM sur l'ensemble des lots auxquels elle a candidaté, c'est-à-dire les lots 1, 2, 3, 4, 7, 8 et 9, jusqu'à la notification de l'ordonnance à intervenir dans le cadre du référé précontractuel n° 2002618 dont la SHAM a par ailleurs saisi le tribunal, et d'enjoindre au CHRU de Nancy, jusqu'à la même échéance, d'interdire l'accès, par tout moyen, à M.E... ou à toute personne travaillant au sein de la société ACAOP, l'ensemble des documents déposés par la SHAM sur les lots 1, 2, 3, 4, 7, 8 et 9 ».

CJUE 20 mars 2018, C-187/16, Commission c/ Autriche

« 94. À cet égard, la République d'Autriche n'a pas démontré que l'objectif consistant à empêcher la divulgation d'informations sensibles relatives à la production des documents officiels en cause n'aurait pas pu être atteint dans le cadre d'une mise en concurrence, telle que prévue respectivement à l'article 8 de la directive 92/50, lu en combinaison avec les articles 11 à 37 de cette directive, et à l'article 20 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec les articles 23 à 55 de cette directive ».

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

Article R2132-1

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

Les documents de la consultation

TA Montreuil, 12 novembre 2024, n°2414969, Société Aleou

« La société requérante soutient que le dépassement du montant maximal de l'accord-cadre fixé était obligatoire afin de respecter les montants minimums des événements et leur quantité, indiqués dans le BPU/DQE, au titre de la famille de prix n° 3, et donc que les documents de la consultation étaient entachés à cet égard d'une contradiction, le produit des quantités indiquées dans le DQE avec le montant minimum de la fourchette correspondante donnant un total de 5 070 200 euros alors que le montant maximal du marché était fixé à 4 840 000 euros. Sur ce point, la circonstance, opposée par la SGP en défense, que la société requérante n'a pas sollicité d'informations ou des précisions auprès du pouvoir adjudicateur, en soulevant cette éventuelle ambiguïté ou contradiction des documents de la

consultation durant la préparation de son offre, demeure sans incidence sur la possibilité pour la société Aleou de s'en prévaloir utilement devant le juge des référés. En revanche, les quantités indiquées dans le DQE, lequel ne revêt pas un caractère contractuel et constituait, couplé au BPU, une méthode de notation, étaient nécessairement estimatives, de même que les montants minima du coût des événements différenciant chacun des seuils permettant de proposer des prix unitaires au titre de la famille de prix n° 3 relative à la rémunération de la plateforme. Il ne ressort d'aucune des mentions du BPU/DQE, ni des autres documents de la consultation, que ces fourchettes de montants du coût des événements, destinés seulement à proposer des prix unitaires pour l'indemnisation de la plateforme au titre de la famille de prix n° 3, étaient intangibles et que les prix minima de chacune des fourchettes constituaient des prix planchers liant la société requérante pour le chiffrage du montant à proposer au titre de la famille de prix n° 1 relative à la production des événements, bien distincte de la famille de prix n° 3. Au demeurant, aucun minimum n'était expressément fixé dans les documents de la consultation tandis qu'un maximum était, quant à lui, clairement fixé et n'a, nécessairement en toute connaissance de cause, pas été respecté par la société requérante. Dans ces conditions, pour regrettable que soit le manque de lisibilité du document " BPU/DQE " à remplir par les candidats, en raison de l'absence de lien entre les seuils indicatifs communiqués pour le chiffrage unitaire de la famille de prix n° 3 et les données à prendre en compte pour le chiffrage prospectif de la famille de prix n° 1, les documents de la consultation, dans leur ensemble, n'étaient pas entachés d'une contradiction ou d'une ambiguïté de nature à induire en erreur les candidats sur le montant minimum ou maximum pouvant être indiqué au titre de la famille de prix n° 1 de même que pour le montant total de la proposition financière issue du BPU/DQE. »

CE, 27 septembre 2024, n°490697, Société ETPO

« Contrairement à ce qu'allègue la société ETPO, il ne résulte pas de l'instruction, notamment pas des modifications apportées par la région Guadeloupe aux documents de la consultation, notamment quant au délai maximal d'exécution des travaux du lot n° 2, qu'elle n'aurait pas déterminé avec suffisamment de précision la nature et l'étendue des besoins à satisfaire en méconnaissance des dispositions citées au point précédent. »

TA Guadeloupe, 10 mai 2024, n°2400506, Société Transports Appatore

« La société requérante soutient que les documents de la consultation recèlent une incohérence sur le nombre de mois entre le règlement de la consultation et l'acte d'engagement qui serait de nature à influer sur la constitution et le dépôt des offres dès lors que l'exécution de la prestation a été retardée d'un mois par rapport à ce qui était prévu dans le règlement de consultation. Il est constant que l'acte d'engagement prévoit que le marché est conclu pour une durée ferme d'une année scolaire du 2 septembre 2024 au 5 juillet 2025 et 1 mois et 3 semaines du 13 mai 2024 au 6 juillet 2024 et entre en vigueur au 13 mai 2024. Toutefois, ce décalage d'un mois du 15 avril au 13 mai résulte de la date effective des notifications des marchés qui n'a pu intervenir avant le 23 avril 2023. **Cette modification dans le cadre de la mise au point des marchés ne saurait constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du marché ».**

CAA Douai, 14 février 2013, n° 12DA01123, Entreprise Georges LANFRY

« Considérant que l'ENTREPRISE GEORGES LANFRY soutient que le dossier de consultation est entaché de contradictions et se prévaut à ce titre d'un plan d'exécution des échafaudages du 16 février 2009, présenté en mars 2009 par l'attributaire du lot n° 1, que le département de la Seine-Maritime aurait validé et qui portait la hauteur des échafaudages verticaux à douze mètres au lieu de cinq mètres ; qu'il résulte cependant de l'instruction que ce plan a été élaboré dans le cadre du premier appel d'offres, remporté par la requérante mais dont le marché a été résilié ultérieurement ; que si ce plan de février 2009 indiquait " plan valable pour exécution ", il est constant qu'il a été validé avant le lancement du second appel d'offres et qu'il ne faisait pas partie des documents de la consultation organisée pour la réattribution du lot n° 2 " charpentes " ; que ces documents s'avéraient d'ailleurs incompatibles techniquement avec le plan initial ; que, par suite, l'entreprise appelante, qui ne pouvait ignorer les contraintes de taille et d'ouverture posées par le CCTP du lot n° 1, ne saurait invoquer l'existence de ce plan préparatoire et non définitif de février 2009, non joint au règlement de la consultation et

probablement inconnu des autres candidats au marché, pour soutenir l'existence d'une contradiction entre ce plan et les documents de la consultation ».

Se réfère

CAA Douai, 04 février 2021, n°19DA02242, Société Bouygues Energies et Services

« Il résulte de l'instruction que l'avis d'appel public à la concurrence relative au lot n°3 de l'opération de travaux en litige a été envoyé à la publication le 5 juin 2014. Cette date constitue la date de lancement de la consultation au sens de l'article 2.1 précité du cahier des clauses administratives particulières, lequel énumère les pièces constitutives du marché. Ainsi, en vertu des stipulations de cet article, la version du cahier des clauses administratives générales applicable au marché de travaux en litige est celle dont la rédaction était connue à la date du 5 juin 2014, soit la version résultant de l'arrêté du 3 mars 2014 qui est entré en vigueur, conformément à son article 8, le 1er avril 2014. **La circonstance que l'avis de pré-information a été publié au journal officiel de l'Union européenne le 2 octobre 2013 est sans incidence sur ce point dès lors que cet événement ne saurait constituer le point de départ du lancement de la consultation s'agissant d'un marché soumis à une obligation de publicité.** »

Article R2132-2

Les documents de la consultation sont gratuitement mis à disposition des opérateurs économiques. Pour les marchés qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 40 000 euros hors taxes et dont la procédure donne lieu à la publication d'un avis d'appel à la concurrence, cette mise à disposition s'effectue sur un profil d'acheteur à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.

Lorsque les spécifications techniques sont fondées sur des documents gratuitement disponibles par des moyens électroniques, l'indication de la référence de ces documents est considérée comme suffisante.

L'avis d'appel à la concurrence, ou le cas échéant l'invitation à confirmer l'intérêt, mentionne l'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont accessibles.

TA Paris, 10 novembre 2022, n°2221446, Société Médicis

« L'article 3.2 du règlement de la consultation prévoit que l'offre financière est fondée sur le brief " Monnaies et Merveilles ". L'article 7 de ce même règlement précise que le prix est apprécié à partir de l'offre de prix proposé dans ce brief.

19. D'une part, il résulte de l'instruction que le brief " Monnaie et Merveilles " était annexé au règlement de la consultation, permettant ainsi aux sociétés candidates de formuler leurs offres de prix pour chacune des prestations sollicitées. Si la Monnaie de Paris a envoyé à la société Médicis, dans son premier courriel du 5 septembre 2022, un tableau excel pré-rempli, il résulte de l'instruction et ainsi qu'il a été dit au point 13 que ce document a été transmis par erreur à la société requérante. Dans ces conditions, il ne correspond pas un nouveau Détail quantitatif estimatif (DQE) et la Monnaie de Paris n'a pas modifié les conditions de la consultation. En outre, dans le second courriel du 5 septembre 2022, la Monnaie de Paris n'a pas fait de demande de précisions au regard du lot n° 2, les éléments contenus dans le brief ayant été intégralement repris par la société Médicis dans le bordereau des prix unitaires (BPU).20. D'autre part, la société Médicis soutient que la Monnaie de Paris a rempli elle-même l'ensemble des lignes du DQE alors que toutes les lignes ne figuraient pas dans le BPU préalablement complété par la société requérante. Cette dernière fait toutefois valoir, en page 22 de son mémoire en réplique, que la Monnaie de Paris aurait agi de cette manière avec tous les candidats. Elle ne peut dès lors se prévaloir d'aucune lésion particulière. En tout état de cause, il résulte de l'instruction que le BPU comprend une ligne " vitrophanies vitrines rue Guénégaud (lot de 6) 5 formats " que la société Médicis a chiffré à un prix unique de 365 euros HT, prix qui se retrouve dans le DQE produit dans l'extrait du rapport d'analyse des offres produit par la Monnaie de Paris. La circonstance que ce prix ait été décomposé dans le DQE pré-rempli envoyé dans le premier courriel du 5 septembre 2022, sur la base d'un prix identique pour chacun des six formats, pour maladroit et regrettable qu'elle soit, reste sans

incidence sur la régularité de l'appréciation des offres au regard du critère prix. En outre, le fait que les deux dernières lignes du DQE " Stickers fenêtres rue Guénégaud - Vitrophanie - Adhésif côté impression - Modèle 5: 465 x 1265 " et " Autres : fabrication et pose " ne figurent pas dans le brief initial ne saurait, à lui seul, caractériser une modification de l'appréciation des offres au regard du critère prix, **dès lors que ces lignes ajoutent, pour l'une, une nouvelle taille de stickers sur les quatre déjà prévues et, pour l'autre, un élément relatif non pas aux prestations sollicitées mais aux conditions de réalisation de ces prestations, nécessairement pris en compte par les sociétés candidates.** Dès lors, la société Médicis n'a pas été lésée par la méthode d'appréciation établie par la Monnaie de Paris au regard du critère prix. Par suite, le moyen tiré de l'irrégularité de l'appréciation des offres au regard du critère prix doit être écarté en toutes ses branches. »

Article R2132-3

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

TA Paris, 24 janvier 2024, n°2400734, Société Antarès

« D'une part, aucune disposition ni aucun principe n'impose au pouvoir adjudicateur d'informer un candidat que son offre a été déposée dans le cadre d'une autre consultation que celle à laquelle il voulait postuler et, d'autre part, **il ne peut rectifier de lui-même l'erreur de dépôt ainsi commise, sauf dans l'hypothèse où il serait établi que cette erreur résulterait d'un dysfonctionnement de la plateforme de l'acheteur public.** »

CE, 1^{er} juin 2023, n°469127, Communauté d'agglomération de la région de Château Thierry

« Toutefois d'une part, aucune disposition ni aucun principe n'impose au pouvoir adjudicateur d'informer un candidat que son offre a été déposée dans le cadre d'une autre consultation que celle à laquelle il voulait postuler et, d'autre part, **il ne peut rectifier de lui-même l'erreur de dépôt ainsi commise, sauf dans l'hypothèse où il serait établi que cette erreur résulterait d'un dysfonctionnement de la plateforme de l'acheteur public.** Par suite, le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens a entaché son ordonnance d'une erreur de droit en estimant que la communauté d'agglomération de la région de Château-Thierry avait dans ces conditions manqué à ses obligations de mise en concurrence. »

Article R2132-4

Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif, l'accès aux documents de la consultation sur le profil d'acheteur est offert à compter de l'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, l'accès aux documents de la consultation sur le profil d'acheteur est offert dès que possible et au plus tard à la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Article R2132-5

Lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur le profil d'acheteur pour une des raisons mentionnées aux articles R. 2132-12 et R. 2132-13, l'acheteur indique, dans l'avis d'appel à la concurrence ou l'invitation à confirmer l'intérêt, les moyens par lesquels ces documents peuvent être obtenus.

Lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur le profil d'acheteur parce que l'acheteur impose aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité de certaines informations, celui-ci indique, dans l'avis d'appel à la concurrence, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, dans les documents

de la consultation, les mesures qu'il impose en vue de protéger la confidentialité des informations ainsi que les modalités d'accès aux documents concernés.
Lorsque certains documents de la consultation sont trop volumineux pour être téléchargés depuis le profil d'acheteur, l'acheteur indique dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt les moyens électroniques par lesquels ces documents peuvent être obtenus gratuitement.

Article R2132-6

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

TA Lyon, 21 novembre 2024, n°2410905, Société Comatis

« Cette réponse a été faite régulièrement, dans le délai de six jours avant la remise des offres fixé tant par les dispositions de l'article R. 2132-6 du code de la commande publique, que par l'article 8 du règlement de consultation En tout état de cause, Saint-Etienne Métropole n'a fait ainsi que reprendre une suggestion de la société Comatis, qui ne peut être regardée de ce fait comme ayant été lésée par cet ajout, ce qu'elle ne démontre d'ailleurs nullement ».

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

Article R2132-7

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

Article R2132-8

Les moyens de communication électronique ainsi que leurs caractéristiques techniques ne sont pas discriminatoires et ne restreignent pas l'accès des opérateurs économiques à la procédure de passation. Ils sont communément disponibles et compatibles avec les technologies de l'information et de la communication généralement utilisées.
Ils répondent à des exigences minimales figurant dans un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe au présent code.

Article R2132-9

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

TA Cergy-Pontoise, 16 août 2024, n°2410839, Société Etandex

« Il résulte de l'instruction que la société Etandex a déposé son offre le 5 juillet 2024 à 15h45. Si elle soutient que cette dernière a été ouverte, le même jour, dès 17h27 soit avant l'expiration du délai

prescrit aux candidats pour déposer leur offre initiale, fixé au lundi 8 juillet 2024 à 11h00, en méconnaissance des dispositions sus rappelées du code de la commande publique et que cette circonstance a été à l'origine d'une fuite d'information ayant profité à la candidature de la société Soprema entreprises attributaire, il résulte de l'instruction que l'offre de la société Soprema entreprises a été ouverte le même jour dès 16h07 ce qui exclut la fuite d'information alléguée. Si, à l'audience, la société requérante relève que le journal des événements fait apparaître le dépôt d'une offre par la société Soprema entreprises dès 11h50 et que cette circonstance fait naître un doute sur une possible fuite d'informations entre ce moment et le dépôt de l'offre finale de la société attributaire, il résulte de l'instruction que le pli déposé à 11h50 n'a pas été ouvert, ce qui, en l'état de l'instruction, ne permet pas de regarder, comme établie, ou même comme probable, la fuite d'information alléguée ».

CE, 3 juin 2022, n°461899, Société Saur

« Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Nantes que la société Saur a tenté, en vain, de déposer sa candidature, par voie électronique, le 13 janvier 2022 dans la matinée, alors que par application de l'article 6.1 du règlement de la consultation, le délai pour remettre cette candidature expirait à midi ce même jour. Elle n'a finalement remis sa candidature au siège du syndicat mixte Atlantic'Eau qu'à 17h. La société Saur faisait valoir devant le juge des référés que cet échec était imputable, d'une part, au fait qu'un des deux liens hypertextes mentionnés à l'article 6 du règlement de la consultation, qui permettait accès direct au réseau informatique de l'autorité concédante, était défectueux et, d'autre part, à la circonstance qu'elle avait été contrainte de confier le téléchargement de sa candidature à une salariée peu expérimentée en raison de la dégradation soudaine de l'état de santé de la salariée qui devait initialement accomplir cette tâche. Il résulte toutefois des énonciations de l'ordonnance attaquée, non contestées sur ce point, que si un des deux liens hypertextes ne permettait pas le téléchargement d'une candidature, l'autre lien, également mentionné dans le règlement de la consultation, fonctionnait correctement et avait d'ailleurs permis la remise en temps utile de plusieurs candidatures. »

Article R2132-10

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

Article R2132-11

Les candidats et soumissionnaires qui transmettent leurs documents par voie électronique peuvent adresser à l'acheteur, sur support papier ou sur support physique électronique, une copie de sauvegarde de ces documents établie selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie, annexé au présent code.

CE, 23 septembre 2021, n° 449250, RATP

« Si l'article R. 2151-5 du code de la commande publique prévoit que les offres reçues hors délai sont éliminées, l'acheteur public ne saurait toutefois rejeter une offre remise par voie électronique comme tardive lorsque le soumissionnaire, qui n'a pu déposer celle-ci dans le délai sur le réseau informatique mentionné à l'article R. 2132-9 du même code, établit, d'une part, qu'il a accompli en temps utile les diligences normales attendues d'un candidat pour le téléchargement de son offre et, d'autre part, que le fonctionnement de son équipement informatique était normal ».

Article R2132-12

L'acheteur n'est pas tenu d'utiliser des moyens de communication électronique dans les cas suivants :

1° Pour les marchés mentionnés aux articles R. 2122-1 à R. 2122-11 et répondant à un

besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée ;

2° Pour les marchés de services sociaux et autres services spécifiques mentionnés au 3° de l'article R. 2123-1 et à l'article R. 2123-2 ;

3° Lorsque, en raison de la nature particulière du marché, l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait des outils, des dispositifs ou des formats de fichiers particuliers qui ne sont pas communément disponibles ou pris en charge par des applications communément disponibles ;

4° Lorsque les applications prenant en charge les formats de fichier adaptés à la description des offres utilisent des formats de fichiers qui ne peuvent être traités par aucune autre application ouverte ou communément disponibles ou sont soumises à un régime de droit de propriété intellectuelle et ne peuvent être mises à disposition par téléchargement ou à distance par l'acheteur ;

5° Lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait un équipement de bureau spécialisé dont les acheteurs ne disposent pas communément ;

6° Lorsque les documents de la consultation exigent la présentation de maquettes, de modèles réduits, de prototypes ou d'échantillons qui ne peuvent être transmis par voie électronique ;

7° Lorsque l'utilisation d'autres moyens de communication est nécessaire en raison soit d'une violation de la sécurité des moyens de communication électroniques, soit du caractère particulièrement sensible des informations qui exigent un degré de protection extrêmement élevé ne pouvant pas être assuré convenablement par l'utilisation de moyens de communication électroniques dont disposent communément les opérateurs économiques ou qui peuvent être mis à leur disposition par un des moyens d'accès mentionnés à l'article R. 2132-14.

Article R2132-13

Lorsque l'acheteur n'utilise pas de moyens de communication électroniques en application de l'article R. 2132-12, il l'indique dans l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation.

Les raisons pour lesquelles d'autres moyens de communication sont utilisés, sont indiquées dans le rapport de présentation mentionné aux articles R. 2184-1 à R. 2184-6 pour les pouvoirs adjudicateurs et dans les documents conservés en application des articles R. 2184-7 à R. 2184-10 pour les entités adjudicatrices.

Pour chaque étape de la procédure, les candidats et soumissionnaires appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils transmettent à l'acheteur.

TA de Cergy-Pontoise, 26 septembre 2023, n°2311670, SAS ATELIER d'ARCHITECTURE BERNAC-GONZALEZ et ASSOCIÉS

« En outre, les documents de la consultation prescrivant la présentation d'une maquette, qui ne pouvait être transmise par voie électronique, l'ensemble des pièces requises par le règlement de concours devait, conformément aux dispositions du dernier alinéa de l'article R. 2132-13 du code de la commande publique, **être transmis selon les mêmes modalités que la maquette**, exigence qui n'est pas manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des offres et qui pouvait aisément être satisfaite par tous les candidats. »

Article R2132-14

L'acheteur est réputé offrir d'autres moyens d'accès appropriés dans tous les cas suivants :

1° Lorsqu'il offre gratuitement un accès sans restriction, complet et direct par moyen électronique aux outils et dispositifs mentionnés au premier alinéa de l'article R. 2132-10 à partir de la date de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, à compter du lancement de la consultation. Le texte de l'avis ou de l'invitation à confirmer l'intérêt précise l'adresse internet à laquelle ces outils et dispositifs sont accessibles ;

2° Lorsqu'il veille à ce que les opérateurs économiques n'ayant pas accès à ces outils et

dispositifs ni la possibilité de se les procurer dans les délais requis, à condition que l'absence d'accès ne soit pas imputable à l'opérateur économique concerné, puissent accéder à la procédure de passation du marché en utilisant des jetons provisoires mis gratuitement à disposition en ligne ;

3° Lorsqu'il assure la disponibilité d'une autre voie de présentation électronique des offres.

Section 2 - Dématérialisation des communications et échanges d'informations

Article L2132-2

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

Titre IV - PHASE DE CANDIDATURE

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

CAA Paris, 17 juillet 2022, n°20PA01663, SELAS Allodiscrim

« D'autre part, **le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet, le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement**. La circonstance qu'un contrat confie certaines prestations pouvant être qualifiées de prestations de conseil juridique, à un prestataire qui ne remplit pas les conditions requises à cet effet par les dispositions de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, **n'est pas de nature à entacher d'illicéité l'objet même du contrat, une telle irrégularité concernant les qualifications de ce prestataire et non l'objet même du contrat** ».

Section 1 - Exclusions de plein droit

(Interdiction de soumissionner obligatoire)

Article L2141-1

Sont exclues de la procédure de passation des marchés les **personnes** qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 225-4-1, 225-4-7, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

La condamnation définitive pour l'une de ces infractions ou pour recel d'une de ces infractions d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale entraîne l'exclusion de la procédure de passation des marchés de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions.

Sauf lorsque la **peine d'exclusion des marchés** a été prononcée pour une durée différente par une décision de justice définitive, **l'exclusion de la procédure de passation des marchés** au titre du présent article s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation.

Cette exclusion n'est pas applicable en cas d'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du même code ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 dudit code ou des articles 702-1 ou 703 du code de procédure pénale.

Personnes

Article 131-39 5° du Code pénal

« Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes : L'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ».

Recel

Article 321-1 du Code pénal

« Le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit ».

Peine d'exclusion des marchés publics

Article 131-34 du Code pénal

« La peine d'exclusion des marchés publics emporte l'interdiction de participer, directement ou indirectement, à tout marché conclu par l'Etat et ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, ainsi que par les entreprises concédées ou contrôlées par l'Etat ou par les collectivités territoriales ou leurs groupements ».

Exclusion de la procédure de passation des marchés

Article 57 de la directive du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics

« 4. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les Etats membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants : / (...) / c) le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ; / (...) 6. Tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux paragraphes 1 et 4 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure de passation de marché. (...) 7. Par disposition législative, réglementaire ou administrative et dans le respect du droit de l'Union, les Etats membres arrêtent les conditions d'application du présent article ».

CC n° 2021-966 QPC du 28 janvier 2022

« Or, en premier lieu, d'une part, les dispositions contestées, qui n'ont pas pour objet de punir les opérateurs économiques mais d'assurer l'efficacité de la commande publique et le bon usage des deniers publics, n'instituent pas une sanction ayant le caractère d'une punition ».

CJUE, 11 Juin 2020, affaire C-472/19, Vert Marine

« L'article 38, paragraphe 9, de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui n'accorde pas à un opérateur économique condamné de manière définitive pour l'une des infractions visées à l'article 38, paragraphe 4, de cette directive et faisant l'objet, pour cette raison, d'une interdiction de plein droit de participer aux procédures de passation de contrats de concession la possibilité d'apporter la preuve qu'il a pris des mesures correctrices susceptibles de démontrer le rétablissement de sa fiabilité.

L'article 38, paragraphes 9 et 10, de la directive 2014/23 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce que l'examen du caractère approprié des mesures correctrices prises par un opérateur économique soit confié aux autorités judiciaires, à condition que le régime national mis en place à cet effet respecte l'ensemble des exigences posées à l'article 38, paragraphe 9, de cette

directive et que la procédure applicable soit compatible avec les délais imposés par la procédure de passation des contrats de concession. Par ailleurs, l'article 38, paragraphe 9, de la directive 2014/23 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui permet aux autorités judiciaires de relever une personne d'une interdiction de plein droit de participer aux procédures de passation de contrats de concession à la suite d'une condamnation pénale, d'effacer une telle interdiction ou d'exclure toute mention de la condamnation dans le casier judiciaire, à condition que de telles procédures judiciaires répondez effectivement aux conditions posées et à l'objectif poursuivi par ce régime et, en particulier, permettent, dès lors qu'un opérateur économique souhaite participer à une procédure de passation de contrats de concession, de lever, en temps utile, l'interdiction le frappant, au regard du seul caractère approprié des mesures correctrices invoquées par cet opérateur et évaluées par l'autorité judiciaire compétente conformément aux exigences prévues à cette disposition, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier ».

CJUE, 30 janv. 2020, C-395/18, Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA c/ Consip SpA, Ministero dell'Economia e delle Finanze

« les États membres peuvent prévoir, aux fins de l'application de l'article 57, paragraphe 4, sous a), de la directive 2014/24, que le pouvoir adjudicateur a la faculté, voire l'obligation, d'exclure l'opérateur économique ayant soumis l'offre de la participation à la procédure de passation de marché lorsqu'un manquement aux obligations visées à l'article 18, paragraphe 2, de cette directive est constaté à l'égard de l'un des sous-traitants visés dans l'offre de cet opérateur. »

CJCE, 19 juin 2019, C-41/18, Meca Srl

« Il ressort du libellé de l'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24 que le législateur de l'Union a entendu confier au pouvoir adjudicateur, et à lui seul, au stade de la sélection des soumissionnaires, le soin d'apprécier si un candidat ou un soumissionnaire doit être exclu d'une procédure de passation de marché. ».

CE, 31 octobre 2017, n° 410496, Métropole Aix-Marseille-Provence

« Considérant que ni l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, qui définit les interdictions de soumissionner obligatoires et générales, ni l'article 48 de cette ordonnance, qui énumère les interdictions de soumissionner facultatives, ni aucun autre texte ne prévoient que la condamnation pour banqueroute constitue un motif d'exclusion de la procédure de passation des marchés publics ».

Article L2141-2

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

Déclarations incombant en matière fiscale ou sociale

Arrêté du 29 mars 2017 modifiant l'arrêté du 25 mai 2016 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution de marchés publics et de contrats de concession

Arrêté du 25 mai 2016 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution de marchés publics et de contrats de concession

Date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité des candidatures

Fiche technique DAJ, « l'examen des candidatures »

« Cette phase d'examen des candidatures se déroule, en principe, avant la phase d'examen des offres.

Par exception à cette règle, l'article R2161-4 du code de la commande publique permet à l'acheteur, en appel d'offres ouvert et pour les seuls marchés publics qui ne sont pas des marchés publics de défense ou de sécurité, d'examiner les offres avant les candidatures. Lorsqu'il recourt à cette faculté, l'acheteur doit procéder à l'examen des candidatures de façon impartiale et transparente, de la même manière qu'il l'aurait fait en amont de la procédure et sans que son appréciation soit impactée par l'analyse des offres préalablement menée.

Les dispositions du code de la commande publique font obligation à l'acheteur de contrôler :

- que les candidatures ont été reçues dans les délais prescrits ;
- que les candidats satisfont aux conditions de participation indiquées dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation
- et que les candidats ne font pas l'objet d'un motif d'exclusion de la procédure de passation».

CAA de DOUAI, 21 décembre 2023, 22DA01773, Office public de l'habitat des communes de l'Oise

« En dernier lieu, il résulte des dispositions précitées de l'article R. 2144-7 du code de la commande publique qu'en l'absence de demande, adressée avant la signature du contrat par l'OPH des communes de l'Oise à la société Agenor CDG, en vue d'obtenir les éléments justifiant de la régularité de sa situation fiscale, ainsi que la liste de ses salariés étrangers, la candidature de cette société aurait dû être déclarée irrecevable et écartée, ce qui faisait obstacle à la conclusion du contrat. Les irrégularités commises dans le cadre de la procédure de passation de ce contrat ne peuvent donc donner lieu à une régularisation devant le juge. Par ailleurs, si la société Agenor CDG a produit à l'appui de sa candidature une déclaration sur l'honneur datée du 19 octobre 2020 où elle atteste avoir satisfait à ses obligations fiscales au 31 décembre 2018, ce document, eu égard à la date de la consultation, ne répond pas aux exigences des articles L. 2141-2 et R. 2143-3 du code de la commande publique. En outre, la société n'a pas remis la liste de ses salariés étrangers soumis à autorisation de travail avant la signature du contrat. Dans ces conditions, eu égard à la portée du manquement reproché à l'OPH des communes de l'Oise qui, en omettant de demander cette liste et une attestation justifiant du respect de ses obligations fiscales à la société attributaire, n'a pas vérifié que cette société ne faisait l'objet d'aucune exclusion à ce titre, le vice entachant la procédure de passation ne permet pas la poursuite du contrat et ce, quand bien même la société a justifié de la régularité de sa situation fiscale et produit la liste requise postérieurement à la signature du contrat. Par suite, l'OPH des communes de l'Oise n'est pas fondé à soutenir que le tribunal administratif ne pouvait prononcer la résiliation du contrat litigieux. 9. Il résulte de tout ce qui précède que l'OPH des communes de l'Oise n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif d'Amiens a prononcé la résiliation du contrat conclu avec la société Agenor CDG ».

Article L2141-3

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

- 1° Soumises à la **procédure de liquidation judiciaire** prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce ou faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger ;
- 2° Qui font l'objet, à la date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature, d'une **mesure de faillite personnelle** ou d'une **interdiction de gérer** en application des articles L. 653-1 à L. 653-8 du code de commerce, ou d'une mesure équivalente prévue par un droit étranger ;
- 3° Admises à la **procédure de redressement judiciaire** instituée par l'article L. 631-1 du code de

commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger, qui ne bénéficient pas d'un plan de redressement ou qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché.

Procédure de liquidation judiciaire

Article L.640-1 du Code de commerce

« Il est institué une procédure de liquidation judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné à l'article L. 640-2 en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible. La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens ».

Mesure de faillite personnelle

Article L653-2 Code de commerce

« La faillite personnelle emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale ».

Interdiction de gérer

Article L653-8 du Code de commerce

« Dans les cas prévus aux articles L. 653-3 à L. 653-6 du Code de commerce, le tribunal peut prononcer, à la place de la faillite personnelle, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci ».

Procédure de redressement judiciaire

CE, 21 octobre 2019, n°416616, Commune de Chaumont

« Par ailleurs, la faculté offerte par le pouvoir adjudicateur aux candidats de compléter leur candidature, prévue par les dispositions précitées du I de l'article 52 du code des marchés publics, a pour seul objet de permettre aux candidats de compléter leur dossier avant l'examen des candidatures dans le cas où des pièces seraient absentes ou incomplètes. En revanche, elle n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de permettre à un opérateur économique qui reprend une partie des actifs d'un candidat dont la candidature avait été regardée comme ne présentant pas les capacités suffisantes pour exécuter le marché et qui a été placé en liquidation judiciaire à la suite d'un plan de cession, de participer à la procédure de passation d'un marché public alors qu'il n'avait pas lui-même présenté sa candidature. »

CE, 25 janvier 2019, n°421844, Solutech

« Il résulte du I de l'article 46, du IV de l'article 51 et du II de l'article 55 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 que, sauf lorsque l'acheteur décide de limiter le nombre des candidats admis à négocier, les preuves de ce qu'un candidat ne se trouve pas dans un des cas d'interdiction de soumissionner énumérés à l'article 45 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, qui ne peuvent être exigées au stade du dépôt des dossiers de candidature, doivent seulement être apportées par le candidat auquel le pouvoir adjudicateur envisage d'attribuer le marché public.,2) Société ayant fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire puis, à l'issue d'une période d'observation, d'un plan de redressement sur une durée de neuf ans, arrêté par un jugement du tribunal de commerce, durée ultérieurement portée à dix ans par d'autres jugements. S'il résulte de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et des articles 51 et 55 du décret du 25 mars 2016 qu'il lui incombait, pour que le marché puisse lui être attribué, de produire une copie de ces jugements, le pouvoir adjudicateur ne pouvait exiger la production des ces justifications en même temps que le dépôt de sa candidature. Dès lors, par ailleurs, que le pouvoir adjudicateur n'avait pas décidé de limiter le nombre des candidats admis à négocier, il n'a entaché la procédure d'aucune irrégularité en

n'écarter pas la candidature de la société au motif que son dossier de candidature aurait été incomplet et en se bornant à exiger que la société produise les jugements en cause après que son offre eut été retenue ».

Article L631-1 du Code de commerce

« Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements. La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30 ».

CE, 26 mars 2014, n° 374387, Commune de Chaumont

« Lorsqu'il est soutenu devant lui que le placement en redressement judiciaire de l'entreprise candidate à l'attribution d'un marché public, y compris lorsque ce placement est intervenu après le dépôt de son offre, affecte la recevabilité de sa candidature, il appartient au juge du référé précontractuel d'apprécier si cette candidature est recevable et d'annuler, le cas échéant, la procédure au terme de laquelle l'offre de l'entreprise aurait été retenue par le pouvoir adjudicateur ».

Article L2141-4

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

1° Ont été sanctionnées pour méconnaissance des obligations prévues aux articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2 du code du travail ou qui ont été condamnées au titre de l'article L. 1146-1 du même code ou de l'article 225-1 du code pénal ;

2° Au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la procédure de passation du marché, n'ont pas mis en œuvre l'obligation de négociation prévue au 2° de l'article L. 2242-1 du code du travail.

Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente fixée par une décision de justice définitive, l'exclusion prévue au présent article s'applique pour une durée de trois ans à compter la date de la décision ou du jugement ayant constaté la commission de l'infraction.

Cette exclusion n'est pas applicable en cas d'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du code pénal ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 du code pénal ou des articles 702-1 ou 703 du code de procédure pénale.

CE, 02 novembre 2022, n°464479, Ministre des armées

« Il résulte de la combinaison de ces dispositions qu'une personne dont le jugement l'ayant condamnée à une peine d'exclusion des marchés **n'est pas exécutoire en raison de l'appel formé à son encontre ne peut être exclue**, pour ce motif, de la procédure de passation du marché. Par suite, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la ministre des armées ne pouvait légalement se fonder sur la condamnation prononcée à l'encontre de la société Icare, qui faisait l'objet d'un appel, pour exclure sa candidature ».

TA de Pau, 21 mars 2022, n° 2200424, Société Chalair Aviation

« Il résulte de l'instruction que, par jugement du 13 septembre 2021, le **tribunal correctionnel** de Bordeaux a condamné la société Volotea à une peine d'amende de 200 000 € pour méconnaissance de ses obligations prévues par les articles L. 8221-3 et L. 8221-5 du code du travail du fait de travail dissimulé, faute d'avoir procédé en France, pour certains de ses pilotes, aux déclarations devant être faites aux organismes de protection sociale, ainsi qu'à verser à différentes personnes qui se sont constituées parties civiles des sommes à titre de dommages-intérêts. Si la société Volotea a **interjeté appel** de ce jugement le 17 septembre 2021, il résulte des dispositions précitées de l'article 38 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 et de l'article L. 3123-4

du code de la commande publique qu'un jugement sanctionnant la méconnaissance des obligations rappelées précédemment implique **l'exclusion de la personne condamnée de la procédure de passation des contrats de concession pour une durée de trois ans à compter de la date de ce jugement, et que seule la durée de cette exclusion**, lorsqu'une peine relative à cet objet a été prononcée pour une durée différente de celle de trois ans, doit être fixée par une décision de justice définitive. **Dans ces conditions, outre le fait que le jugement du 13 septembre 2021 ne prévoit pas que la société Volotea est exclue de la procédure de passation des contrats de concession, cette dernière n'est pas fondée à soutenir que l'appel qu'elle a formé contre cette décision de justice a pour conséquence de suspendre les effets qui s'y attachent ».**

Article L2141-5

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

Mesure d'exclusion des contrats administratifs

Article L8272-4 du Code du travail

« Lorsque l'autorité administrative a connaissance d'un procès-verbal relevant une infraction prévue aux 1° à 4° de l'article L. 8211-1, elle peut, si la proportion de salariés concernés le justifie, eu égard à la répétition ou à la gravité des faits constatés, ordonner, par décision motivée prise à l'encontre de la personne ayant commis l'infraction, l'exclusion des contrats administratifs mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5 du code de justice administrative, pour une durée ne pouvant excéder six mois. Elle en avise sans délai le procureur de la République. La mesure d'exclusion est levée de plein droit en cas de classement sans suite de l'affaire, d'ordonnance de non-lieu et de décision de relaxe ou si la juridiction pénale ne prononce pas la peine complémentaire d'exclusion des marchés publics mentionnée au 5° de l'article 131-39 du code pénal. Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat ».

Article R8272-10 du Code du travail

« Le préfet tient compte, pour déterminer la durée de l'exclusion des contrats administratifs de la personne ayant commis l'infraction conformément à l'article L. 8272-4 du Code du travail, de la nature, du nombre, de la durée de la ou des infractions relevées, du nombre de salariés concernés ainsi que de la situation économique, sociale et financière de cette personne ».

Article R8272-11 du Code du travail

« Lorsqu'il est prononcé une décision d'exclusion temporaire à l'encontre d'une entreprise, cette décision vaut pour l'entreprise et son responsable légal qui ne peut soumissionner à d'autres contrats administratifs personnellement ou par personne interposée ou encore en créant une entreprise nouvelle dont il assure la direction en droit ou en fait ».

Article L2141-6

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

Article L2141-6-1

La personne qui se trouve dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux articles L. 2141-1, L. 2141-4 et L. 2141-5 peut fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité, notamment en établissant qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation du

préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, qu'elle a clarifié totalement les faits ou les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières de l'infraction pénale ou de la faute.

Si l'acheteur estime que ces preuves sont suffisantes, la personne concernée n'est pas exclue de la procédure de passation de marché.

Une personne qui fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics au titre des articles 131-34 ou 131-39 du code pénal ne peut se prévaloir des deux premiers alinéas du présent article pendant la période d'exclusion fixée par la décision de justice définitive.

Section 2 - Exclusions à l'appréciation de l'acheteur

CAA Lyon, 27 Février 2020, n° 18LY01136, Société VBSO

« Le pouvoir adjudicateur ne peut se fonder uniquement sur les seuls manquements allégués d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés, **sans rechercher si d'autres éléments du dossier de la candidature de la société permettent à celle-ci de justifier de garanties suffisantes. ...L'office public de l'habitat a dès lors valablement pu estimer que la société ne justifiait pas de garanties suffisantes et écarter sa candidature en raison de l'insuffisance de ses capacités professionnelles** ».

Article L2141-7

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

Résiliation

Fiche technique DAJ, « La résiliation unilatérale par l'administration des marchés publics et des contrats de concession »

«Les hypothèses dans lesquelles la personne publique peut prononcer la résiliation à titre de sanction ainsi que la procédure à suivre, sont précisées par les cahiers des clauses administratives générales. Seule une faute d'une gravité suffisante est de nature à justifier la résiliation d'un marché public aux torts du titulaire (CE, 26 février 2014, Société environnement service, n° 365546). Il existe deux types de résiliation pour faute : la résiliation simple et la résiliation aux frais et risques ».

TA Nice, ord. 4 novembre 2022, n°2204878, Sté Insolit Créations

« Ces dispositions permettent aux acheteurs d'exclure de la procédure de passation d'un marché public une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant été gravement défaillant dans l'exécution de ses obligations contractuelles, dans le cadre de d'un précédent contrat et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée à cette fin, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats.

S'il incombe au juge des référés saisi sur le fondement de l'article L.551 du CJA de vérifier le bien-fondé des motifs de l'exclusion d'un candidat à une procédure d'appel d'offres, **il relève uniquement de son office, lorsque l'exclusion est fondée sur l'article L.2141-7 du code de la commande publique, de vérifier, d'une part, la matérialité des résiliations ou des sanctions ainsi que des manquements qui les ont motivées et l'absence d'erreur manifeste d'appréciation quant à la gravité desdits manquements aux obligations contractuelles** et, d'autre part, la mise en œuvre de la procédure contradictoire de l'article L.2141-11 précité. Il ne lui appartient pas, en dehors de ces éléments qui relèvent de l'évidence, de statuer sur la régularité des résiliations ou sanctions prononcées par le pouvoir adjudicateur, une telle question relevant de la compétence du juge du contrat ».

CJCE, 3 octobre 2019, C-267/18, Delta Entrepriza de Construcții și Montaj

« L'article 57, paragraphe 4, sous g), de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doit être interprété en ce sens que :

le pouvoir adjudicateur est en principe en droit d'exclure de la procédure de passation de marché public de travaux **un opérateur économique qui a été visé par la résiliation d'un marché public antérieur, fondée sur l'inexécution de la clause qui lui imposait de communiquer, pour autorisation préalable, l'attribution d'une partie de ces travaux à un sous-traitant ;**

il incombe au juge national d'élucider, au vu des circonstances particulières du litige et en application du principe de proportionnalité, si **la résiliation du (premier) marché public était due à une défaillance importante dans l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre de ce marché, suffisante pour écarter l'opérateur économique du (deuxième) marché.** »

Contrat de la commande publique antérieur

CE, 10 juin 2009, n°324153, Région de Lorraine

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que la commission d'appel d'offres de la REGION LORRAINE a écarté la candidature de la société ACE BTP en raison de l'insuffisance de ses références relatives à des prestations similaires, compte-tenu de ses prestations antérieures et de l'absence de garanties nouvelles suffisantes ; que **la commission d'appel d'offres a pris en compte, pour apprécier les prestations antérieures similaires de la société, ses manquements allégués dans le cadre de précédents marchés**, notamment son absence, non contestée, à des réunions hebdomadaires de chantier contractuellement prévues et les conditions dans lesquelles elle a accompli sa mission de sécurité sur un chantier où précisément un incendie s'est déclaré ; qu'il est par ailleurs constant que la société ACE BTP ne justifie pas avoir fourni des références autres que celles relatives à ces marchés précédemment conclus avec la REGION LORRAINE ; que, dans ces circonstances, la commission d'appel d'offres a pu, valablement écarter sa candidature à raison de l'insuffisance de ses capacités professionnelle ».

Article L2141-7-1

L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes soumises à l'article L. 225-102-1 du code de commerce qui ne satisfont pas à l'obligation d'établir un plan de vigilance comportant les mesures prévues au même **article L. 225-102-4**, pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou d'engagement de la consultation.

Article L225-102-4 du Code de commerce

Article L2141-8

L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui :

1° Soit ont entrepris **d'influer indûment** sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché, ou ont fourni des **informations trompeuses** susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution ;

2° Soit par leur **participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché**, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une **distorsion de concurrence** par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens.

CE, 16 février 2024, n°488524, Département des Bouches-du-Rhône

« Les articles L. 2141-8 et L. 2141-11 du code de la commande publique (CCP) permettent aux

acheteurs d'exclusion de la procédure de passation d'un marché public une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant, dans le cadre de la procédure de passation en cause ou dans le cadre d'autres procédures récentes de la commande publique, entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée à cette fin, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats....Il résulte de ces dispositions, qui doivent être interprétées à la lumière de l'article 57 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 qu'elles transposent en droit national, lequel limite à trois ans la période pendant laquelle un opérateur peut être exclu dans les cas visés au paragraphe 4 de cet article, que **l'acheteur ne peut pas prendre en compte, pour prononcer une telle exclusion, des faits commis depuis plus de trois ans. Toutefois, lorsqu'une condamnation non définitive a été prononcée à raison de ceux-ci, cette durée de trois ans court à compter de cette condamnation** ».

Influer indûment

TA Marseille, 7 septembre 2023, n° 2307702, Société Rénovation peinture

« Il résulte de l'instruction que le département, pour exclure la société Rénovation peinture de la procédure de passation en cause, s'est fondé uniquement sur le fait que l'associé majoritaire de la société, avait été déclaré **coupable le 2 décembre 2022 de faits de corruption active s'étant déroulés du 1er janvier 2012 au 26 mai 2016** alors qu'il était gérant de la société, constitués par des rémunérations et avantages versés à un agent du département et un assistant à maîtrise d'ouvrage afin que ceux-ci aident à la rédaction des offres de la société Rénovation peinture ou analysent les offres en sa faveur. Le département des Bouches-du-Rhône ne fait pas valoir que lors de la procédure de passation en cause ou lors des procédures récentes, notamment celles arrivées à leur terme aux mois de février et mai 2023, au titre desquelles les offres de la société requérante ont été examinées et la société a été attributaire d'un marché, la société Rénovation peinture, ou l'un de ses associés, aurait commis les actes visés par les dispositions du 1° de l'article L. 2142-8 du code de la commande publique. **Dans ces conditions les seules procédures de passation ayant fait l'objet d'une influence de la décision de l'acheteur de la part de l'associé majoritaire de la société requérante sont celles qui font certes l'objet du jugement du 2 décembre 2022, mais qui se sont déroulées au cours des années 2012 à 2016 et n'ont donc pas de caractère récent.** Il suit de là, au regard de ce qui a été dit au point 4, que ni la société Rénovation peinture, ni son associé majoritaire, **ne peuvent être regardés comme ayant, dans le cadre de la procédure de passation en cause ou dans le cadre d'autres procédures récentes de la commande publique, entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur.** Il en résulte que le département des Bouches-du-Rhône ne pouvait légalement exclure la société Rénovation peinture de la procédure de passation en cause. Par suite la décision du 11 août 2023 doit être annulée, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres moyens de la requête ».

Trib. UE, 5 octobre 2022, n°T-761/20, European Dynamics Luxembourg SA

« Si l'article 30, paragraphe 5, sous g), de la décision BCE/2016/2 ne renvoie certes pas explicitement à l'article 57, paragraphe 4, sous i), de la directive 2014/24, cette dernière disposition constitue cependant une expression des principes généraux du droit des marchés publics, dont notamment celui d'égalité des chances et de traitement entre soumissionnaires, dans la mesure où le motif d'exclusion qu'elle prévoit vise à empêcher toute tentative d'influencer indûment la prise de décision dans la procédure d'appel d'offres de quelque manière que ce soit, en vue d'assurer un traitement égal entre les candidats ou soumissionnaires et de garantir de la sorte l'égalité des chances entre eux (voir, en ce sens, arrêt du 10 novembre 2017, Jema Energy/Entreprise commune Fusion for Energy, T-668/15, non publié, EU:T:2017:796, point 101 et jurisprudence citée).

Il ressort ainsi de l'interprétation téléologique et contextuelle de l'article 30, paragraphe 5, sous g), de la décision BCE/2016/2 que ledit article comprend deux hypothèses d'exclusion distinctes, la seconde ayant vocation à s'appliquer également, contrairement à ce que prétend la requérante, aux **communications adressées par les candidats ou soumissionnaires au pouvoir adjudicateur lorsqu'elles ont pour objet de tenter d'influer indûment sur le processus décisionnel lors de la procédure de passation de marché** ».

CE, 24 mars 2022, n°457733, Société EPI

« Les articles L. 3123-8 et L. 3123-11 du code de la commande publique (CCP) permettent à l'autorité concédante d'exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant, dans le cadre de la procédure de passation en cause ou dans le cadre d'autres procédures récentes de commande publique, entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée à cette fin, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats....**Le choix par un opérateur économique d'une dénomination sociale ne saurait, au seul motif que celle-ci est susceptible d'induire un risque de confusion avec une autre société également candidate à l'attribution d'une concession, justifier son exclusion sur le fondement de l'article L. 3123-8 du CPP** ».

Informations trompeuses

CE, 8 décembre 1997, n°154715, Société A2IL

« Considérant que, par une décision du 4 décembre 1989, la commission d'appel d'offres de la communauté urbaine de Lyon a retenu l'offre présentée par la société Delmas Automatismes ; qu'ultérieurement il est apparu que la société faisait l'objet d'un plan de redressement judiciaire, à la date à laquelle elle a déposé son offre alors qu'elle avait indiqué n'être pas en état de "réglement judiciaire" sur le formulaire joint à sa candidature ; que si les dispositions précitées de l'article 300 du code des marchés publics permettent à l'autorité habilitée à passer le marché, dans le cas où l'offre retenue par la commission ne lui paraît pas acceptable, de déclarer l'appel d'offres infructueux elles font obstacle à ce que la commission d'appel d'offres, après avoir fait son choix procède à un nouvel examen des offres et retienne finalement l'offre d'une autre entreprise que celle qu'elle avait initialement retenue ; qu'il n'en va différemment que dans les cas où le choix de la commission a été fondé sur des éléments entachés d'erreur matérielle ou de fraude ; qu'en l'espèce il ressort des pièces du dossier que la société "Delmas Automatismes" a sciemment **dissimulé qu'elle se trouvait en état de redressement judiciaire** ; que, par suite, la commission n'a pas commis une erreur de droit en retirant sa décision du 4 décembre 1989 par laquelle elle avait retenu l'offre de la société "Delmas Automatismes" et en décidant de reprendre l'examen des offres ».

Participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché public susceptible de créer une distorsion de concurrence

TA Orléans, 15 novembre 2022, n° 2002278, Société Dixys

« 7. Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que, dans le cadre de la préparation de son marché, l'acheteur peut procéder à un "sourcing" au cours duquel il peut, notamment, consulter un ou plusieurs opérateurs économiques susceptibles de répondre à son besoin.

Dans cette hypothèse, le ou les opérateurs qui ont participé à la préparation du marché peuvent, en principe, se porter candidat à la procédure de passation du marché. Ce n'est que si un opérateur a eu accès à des informations ignorées des autres candidats, susceptibles de fausser la concurrence, que l'acheteur doit l'exclure de la mise en concurrence lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par un autre moyen.

8. En l'espèce, la société requérante se borne à soutenir que du seul fait de la participation de la société SRTC à la réunion du 19 septembre 2019, le SICOM aurait dû écarter sa candidature. Toutefois, ce faisant, elle n'établit, ni même n'allègue, que cette participation à la préparation du marché aurait permis à la société SRTC de bénéficier d'informations ignorées des autres candidats et susceptibles de créer une distorsion de concurrence à l'égard de ces derniers. Cette seule participation ne révèle pas en elle-même une telle distorsion. Par suite, et quand bien même il a été indiqué a tort à la requérante par courrier du 9 avril 2020 que "Aucun candidat n'a effectué de présentation au Syndicat Intercommunal de Vidéo Protection dans le cadre du marché", le moyen tiré de ce que l'acheteur a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, en avalisant une situation de distorsion de concurrence au bénéfice de la société SRTC, ne peut qu'être

écarté ».

CE, 24 juin 2019, n° 428866, Département des Bouches-du-Rhône

« Les 2° et 5° du I de l'article 48 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 permettent aux acheteurs d'exclure de la procédure de passation d'un marché public une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant, dans le cadre de la procédure de passation en cause ou dans le cadre d'autres procédures récentes de la commande publique, entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée à cette fin, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats ».

CE, 12 septembre 2018, n° 420454, Société Otus

« Chef de projet au sein d'une société à laquelle a été confiée une mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage en avril 2017 par une personne publique, ayant rejoint en décembre 2017, préalablement à la remise des offres, la société désignée attributaire n° 1 du marché correspondant.... Si les informations confidentielles que l'intéressé aurait éventuellement pu **obtenir à l'occasion de sa mission d'assistant à maîtrise d'ouvrage** pouvaient, le cas échéant, conférer à son nouvel employeur un avantage de nature à rompre l'égalité entre les concurrents et obliger l'acheteur public à prendre les mesures propres à la rétablir, **cette circonstance était en elle-même insusceptible d'affecter l'impartialité de l'acheteur public**. Par suite, erreur de droit du juge des référés à avoir retenu un manquement à l'obligation d'impartialité de l'acheteur public du seul fait qu'il existait un risque que la société, attributaire du marché, ait pu obtenir des informations confidentielles à l'occasion de la participation de l'un de ses salariés à la mission d'assistance à la maîtrise d'ouvrage lorsque celui-ci travaillait antérieurement pour la société mandataire du syndicat ».

TA Dijon, Ordonnance, 16 décembre 2010, n° 10-02782, Sté Synapse Construction

« La société Synapse Construction soutient que la Société Energico a réalisé l'étude de faisabilité qui a permis la définition du programme ; elle bénéficiait ainsi d'un avantage concurrentiel aux plans intellectuels et financiers, par sa connaissance préalable approfondie de l'opération et de son contexte, et alors que ladite étude n'a pas été communiquée aux autres candidats

Considérant qu'il appartient au juge des référés pré-contractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquement qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

Considérant que si la commune a estimé que la communication de l'étude réalisée par la Société Energico à un tiers, même candidat à l'appel d'offres, aurait rendu plus complexe la compréhension de son projet par celui-ci ou été de nature à dissuader pour l'avenir des entreprises ou des bureaux d'étude de réaliser de telles études qu'elles craindraient de voir divulguées, elle ne soutient pas pour autant que cette diffusion aurait compromis des secrets protégés par la loi, notamment au titre du secret des affaires, que dès lors, seule **la communication de ladite étude de faisabilité apparaîtrait comme susceptible de rétablir une situation d'égal concurrence ayant lésé la société requérante** ; qu'il résulte de ce qui précède que la décision attaquée du maire de Saint Gengoux de Scisse doit être annulée ».

Question écrite n° 26797 de M. Jean Louis Masson (Moselle – NI) publiée dans le JO Sénat du 29/03/2007 - page 677

Monsieur Jean Louis Masson demande à M. le ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire de lui indiquer si un prestataire qui a participé à la phase préparatoire d'un marché public peut ensuite présenter une offre pour ce même marché ?

Réponse du Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire publiée dans le JO Sénat du 14/05/2007 - page 1018 : « Comme l'a souligné la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 3 mars 2005 Fabricom S.A. contre Etat belge (affaires C-21/03 et C-34/03), en pareil cas, ce prestataire pourrait se trouver favorisé par rapport aux autres soumissionnaires en ce qui concerne la formulation de son offre. Il pourrait aussi, même involontairement, avoir influé sur les

caractéristiques du marché à venir dans un sens qui lui est favorable. Compte tenu de la différence des situations, il ne serait donc pas fondé à invoquer le bénéfice d'une stricte égalité de traitement. Pour autant, **interdire à cette entreprise, en toutes circonstances, de présenter une offre, constituerait une mesure disproportionnée et injustifiée de la part de l'acheteur public. Ce prestataire pourra donc être admis à participer à la procédure d'attribution du marché à condition de prouver que, dans les circonstances de l'espèce, la connaissance du besoin qu'il a pu acquérir dans la phase préparatoire n'est pas de nature à fausser la concurrence entre les soumissionnaires** ».

CAA Lyon, 1er décembre 2005, n° 00LY00950, District Semine

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier et notamment d'une lettre en date du 30 mai 1997 adressée à la SCICAHHR et reçue par elle le 4 juin 1997, produite pour la première fois en appel, que M. X... X a démissionné de ses fonctions d'administrateur de cette société ; qu'ainsi à la date du 30 juin 1997, M. X... X n'était plus administrateur de la SCICAHHR lorsqu'il a pris part au vote de la délibération attribuant à cette dernière le marché de maîtrise d'œuvre en cause ; que dès lors, le DISTRICT DE LA SEMINE est fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif a considéré que M. X était encore membre de la SCICAHHR lors du vote pour annuler ladite délibération.

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que lors de sa séance du 12 juin 1996, le conseil du DISTRICT DE LA SEMINE, a reçu le directeur de la SCICAHHR pour la présentation détaillée de l'opération de réhabilitation du boulodrome que sa société avait élaboré ; que l'avant-projet ainsi préparé prévoyait la construction d'un bâtiment d'une superficie totale de 1 383 m2 comprenant un terrain d'évolution sportive de 30 m x 20 m, des pistes de jeux de boules, des vestiaires, des locaux techniques pour une estimation prévisionnelle de 3 700 000 francs HT ; que lors de sa séance du 13 février 1997, le même conseil a décidé la poursuite du projet précédemment décrit en modifiant uniquement la taille de la surface sportive en augmentant sa longueur de 10 m ; que lors de sa réunion du 6 mai 1997, le conseil du district a adopté définitivement l'avant-projet correspondant à la surface définie en dernier lieu pour un coût d'objectif de 4 121 250 francs HT et a décidé de procéder à un appel d'offre ; qu'ainsi **le projet soumis à l'appel d'offre était pour l'essentiel celui décrit dans le projet élaboré initialement par la SCICAHHR dont il différait peu ; qu'il résulte de ces circonstances, qu'eu égard à la part prise par la SCICAHHR dans la conception même du projet, le DISTRICT DE LA SEMINE a méconnu dans l'organisation de l'appel d'offre le principe d'égalité entre les concurrents** ; que dès lors, le DISTRICT DE LA SEMINE n'est pas fondé à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Grenoble a annulé la délibération du 30 juin 1997 ».

CJCE, 3 mars 2005, affaires jointes C-21/03 et C-34/03, Fabricom SA c/ Etat Belge

« La directive 93/38[...] , spécialement à son article 4.2, et la directive 98/4[...] , combinées au principe de proportionnalité, à la liberté du commerce et de l'industrie et au respect du droit de propriété, garanti notamment par le protocole du 20 mars 1952 additionnel à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'opposent-elles à ce que ne soit pas admise à introduire une demande de participation ou à remettre une offre pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services, toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, sans que soit laissée à cette personne la possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, l'expérience acquise par elle n'a pu fausser la concurrence ?

36 - Dans ces conditions, il convient de répondre à la première question posée dans les affaires C-21/03 et C-34/03 que la directive 92/50 et, plus particulièrement, son article 3, paragraphe 2, la directive 93/36 et, plus particulièrement, son article 5, paragraphe 7, la directive 93/37 et, plus particulièrement, son article 6, paragraphe 6, ainsi que la directive 93/38 et, plus particulièrement, son article 4, paragraphe 2, s'opposent à une règle, telle que celle prévue aux articles 26 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 10 janvier 1996, et 32 de l'arrêté royal du 25 mars 1999, modifiant l'arrêté royal du 8 janvier 1996, par laquelle n'est pas admise l'introduction d'une demande de participation ou la remise d'une offre pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services par une personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, sans que soit laissée à cette personne la

possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, **l'expérience acquise par elle n'a pu fausser la concurrence** ».

CE, 29 juillet 1998, n°177952, Garde des Sceaux/Sté Genicorp

« Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier soumis au juge du fond que ce dernier ait dénaturé les faits de l'espèce, ou se soit fondé sur des faits matériellement inexacts, en estimant que la société "Genicorp" **n'a pas**, à l'occasion d'un marché antérieur conclu pour assister le responsable du projet de "gestion informatisée des détenus en établissement" pendant la phase préliminaire correspondant à la conception de l'application en cause, **recueilli des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats et de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats** ».

Article L2141-9

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

TA Cergy-Pontoise, 13 Juin 2024, n° 2407363, Société Colas France

« Si deux personnes morales différentes constituent en principe des opérateurs économiques distincts, elles doivent néanmoins être regardées comme un seul et même candidat lorsque le pouvoir adjudicateur constate leur absence d'autonomie commerciale, résultant notamment des liens étroits entre leurs actionnaires ou leurs dirigeants, qui peut se manifester par l'absence totale ou partielle de moyens distincts ou la similarité de leurs offres pour un même lot ».

CJUE, 21 décembre 2023, aff. C-66/22, Infraestruturas de Portugal et Futrifer Indústrias Ferroviárias

« Dans l'affaire au principal, la juridiction de renvoi indique que l'article 55, paragraphe 1, sous f), du CCP confère exclusivement à l'autorité nationale de la concurrence l'appréciation des conséquences qu'une violation des règles de concurrence peut avoir dans le cadre des futures procédures de passation de marchés publics. Ainsi, cette réglementation paraît, d'une part, obliger les pouvoirs adjudicateurs à se conformer à une décision de cette autorité qui impose à un opérateur économique une sanction lui interdisant de participer à de telles procédures pendant une certaine période et, d'autre part, empêcher ces pouvoirs adjudicateurs d'exclure de ces mêmes procédures un opérateur économique qui n'a pas été frappé d'une telle sanction. **Il s'ensuit qu'un soumissionnaire peut se voir exclu d'une procédure de passation d'un marché public, à la suite d'une décision de ladite autorité, sans que le pouvoir adjudicateur puisse apprécier le comportement de ce soumissionnaire et, par conséquent, l'intégrité et la fiabilité de ce dernier pour exécuter le marché en cause, ni décider de manière autonome, au regard du principe de proportionnalité, si l'exclusion dudit soumissionnaire se justifie pour le motif visé à l'article 57, paragraphe 4, premier alinéa, sous d), de la directive 2014/24...**

Une telle réglementation, qui lie l'appréciation de l'intégrité et de la fiabilité des soumissionnaires aux conclusions d'une décision de l'autorité nationale de la concurrence relative, notamment, à la participation future à une procédure de passation d'un marché public, porte atteinte au pouvoir d'appréciation dont doit jouir le pouvoir adjudicateur dans le cadre de l'article 57, paragraphe 4, premier alinéa, de la directive 2014/24. »

CJUE, 15 sept. 2022, C-416/21, J. Sch. Omnibusunternehmen et K. Reisen

« Dans le cas de soumissionnaires liés, le principe d'égalité de traitement prévu à l'article 36, paragraphe 1, de la directive 2014/25 serait violé s'il était admis que ces soumissionnaires puissent présenter **des offres coordonnées ou concertées, à savoir non autonomes ni indépendantes**, qui seraient susceptibles de leur procurer ainsi des avantages injustifiés au regard des autres soumissionnaires (voir, par analogie, arrêt du 17 mai 2018, Specializotas transportas, C-531/16, EU:C:2018:324, point 29)...

L'article 57, paragraphe 4, premier alinéa, sous d), de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2017/2365 de la Commission, du 18 décembre 2017, lu conjointement avec l'article 80, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2017/2364 de la Commission, du 18 décembre 2017, doit être interprété en ce sens que : **le motif d'exclusion facultatif prévu à cet article 57, paragraphe 4, premier alinéa, sous d), vise les cas où il existe des indices suffisamment plausibles pour conclure que des opérateurs économiques ont conclu un accord proscrit par l'article 101 TFUE, mais n'est pas limité aux seuls accords prévus à ce dernier article** ».

Entente

Article L 420-1 du Code de commerce

« Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement »

Autorité de la Concurrence, 19 Avril 2019, Décision n° 19-D-06 relative à des pratiques dans la passation de marchés publics de travaux d'extension du tramway de Bordeaux

« 22. La CUB soutient tout d'abord que l'existence d'écart resserrés entre les offres globales et l'attribution équilibrée des marchés révèle une répartition de marchés entre les soumissionnaires. 23. Néanmoins, **un faible écart dans les offres de prix n'est pas, en tant que tel, probant et ne saurait par lui-même caractériser la mise en œuvre d'une entente.** »

Autorité de la Concurrence, 19 février 2018, Décision n° 18-D-02 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux d'entretien d'espaces verts en Martinique

« 13. Outre les éléments précédemment évoqués, les offres présentées par les entreprises du groupe Fontaine comportent de nombreuses analogies de forme, telles que l'utilisation de la même graphie, la copie de paragraphes entiers, l'utilisation du même vocabulaire et des mêmes illustrations, ou encore un chiffrage identique des moyens techniques et humains proposés ».

« 16. Selon une jurisprudence constante, chaque appel d'offres constitue un marché pertinent sur lequel se rencontrent la demande du pouvoir adjudicateur et les offres des candidats qui y répondent. Lorsque les offres sont déposées lot par lot, chacun d'eux peut constituer un marché pertinent mais, dans de tels cas, une entente entre les offreurs peut aussi être appréciée à l'échelle du marché global incluant tous les lots dès lors que l'attribution de plusieurs d'entre eux peut être simultanément affectée par une même pratique.

17. Une concertation anticoncurrentielle est établie sur de tels marchés instantanés dès lors que les entreprises ont coordonné leur comportement ou ont échangé entre elles des informations sur leur comportement futur antérieurement au dépôt de leurs offres.

18. **Des entreprises appartenant à un même groupe, mais disposant d'une autonomie commerciale, peuvent présenter des offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt de ces offres.** Dans l'autre sens, ces entreprises peuvent renoncer à leur autonomie commerciale à l'occasion d'une mise en concurrence et se concerter soit pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre, soit pour établir ensemble cette offre dans un groupement, à la condition de n'en présenter qu'une seule.

19. En revanche, si ces entreprises déposent plusieurs offres séparées, elles sont réputées manifester ainsi leur autonomie commerciale et garantir aux yeux du pouvoir adjudicateur l'existence d'une

concurrence entre elles. **Dans l'hypothèse où ces offres multiples auraient été établies en concertation, elles ne peuvent dès lors plus être considérées comme indépendantes et leur coordination peut être qualifiée d'entente anticoncurrentielle.** À cet égard, il est sans incidence sur cette qualification que le responsable du marché ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées, dès lors que **l'existence de tels liens n'implique pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations** (décision n° 03-D-01 du 14 janvier 2003 « Gaz médicaux » paragraphes 123 et suivants ; arrêt de la cour d'appel de Paris statuant sur cette décision du 9 novembre 2004).

21. Plusieurs éléments du dossier démontrent que les sociétés du groupe Fontaine destinataires des griefs ont coordonné leurs offres avant de soumissionner au marché public lancé par le groupement de commandes SMHLM/OZANAM dans le but d'obtenir vingt lots sur vingt-trois. La coordination des niveaux de prix et la similitude du format de présentation des offres s'expliquent par le fait qu'elles ont été établies par les mêmes rédacteurs.

22. Les sociétés en cause ne le contestent pas et les dirigeants du groupe déclarent que cette coordination était nécessaire pour surmonter les difficultés financières de leur filiale « Les Bougainvillées » en lui permettant de bénéficier in fine de tous les lots gagnés par le groupe, grâce à un système de sous-traitance au sein du groupe. Les pratiques en cause avaient donc pour objectif assumé de contourner la limitation des lots attribués à une même société et de tromper le responsable du marché sur la réalité de la concurrence entre les filiales du groupe.

24. Il résulte de tout ce qui précède que les pratiques mises en œuvre par les entreprises du groupe Fontaine contreviennent aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ».

Autorité de la Concurrence, 19 février 2018, Décision n° 18-D-02 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux d'entretien d'espaces verts en Martinique

« 13. Outre les éléments précédemment évoqués, les offres présentées par les entreprises du groupe Fontaine comportent de nombreuses analogies de forme, telles que l'utilisation de la même graphie, la copie de paragraphes entiers, l'utilisation du même vocabulaire et des mêmes illustrations, ou encore un chiffrage identique des moyens techniques et humains proposés ».

« 16. Selon une jurisprudence constante, chaque appel d'offres constitue un marché pertinent sur lequel se rencontrent la demande du pouvoir adjudicateur et les offres des candidats qui y répondent. Lorsque les offres sont déposées lot par lot, chacun d'eux peut constituer un marché pertinent mais, dans de tels cas, une entente entre les offreurs peut aussi être appréciée à l'échelle du marché global incluant tous les lots dès lors que l'attribution de plusieurs d'entre eux peut être simultanément affectée par une même pratique.

17. Une concertation anticoncurrentielle est établie sur de tels marchés instantanés dès lors que les entreprises ont coordonné leur comportement ou ont échangé entre elles des informations sur leur comportement futur antérieurement au dépôt de leurs offres.

18. Des entreprises appartenant à un même groupe, mais disposant d'une autonomie commerciale, peuvent présenter des offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt de ces offres. Dans l'autre sens, ces entreprises peuvent renoncer à leur autonomie commerciale à l'occasion d'une mise en concurrence et se concerter soit pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre, soit pour établir ensemble cette offre dans un groupement, à la condition de n'en présenter qu'une seule.

19. En revanche, si ces entreprises déposent plusieurs offres séparées, elles sont réputées manifester ainsi leur autonomie commerciale et garantir aux yeux du pouvoir adjudicateur l'existence d'une concurrence entre elles. **Dans l'hypothèse où ces offres multiples auraient été établies en concertation, elles ne peuvent dès lors plus être considérées comme indépendantes et leur coordination peut être qualifiée d'entente anticoncurrentielle.** À cet égard, il est sans incidence sur cette qualification que le responsable du marché ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées, dès lors que **l'existence de tels liens n'implique pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations** (décision n° 03-D-01 du 14 janvier 2003 « Gaz médicaux » paragraphes 123 et suivants ; arrêt de la cour d'appel de Paris statuant sur cette décision du 9 novembre 2004).

21. Plusieurs éléments du dossier démontrent que les sociétés du groupe Fontaine destinataires des griefs ont coordonné leurs offres avant de soumissionner au marché public lancé par le groupement de commandes SMHLM/OZANAM dans le but d'obtenir vingt lots sur vingt-trois. La coordination des niveaux de prix et la similitude du format de présentation des offres s'expliquent par le fait qu'elles ont

été établies par les mêmes rédacteurs. 7 22. Les sociétés en cause ne le contestent pas et les dirigeants du groupe déclarent que cette coordination était nécessaire pour surmonter les difficultés financières de leur filiale « Les Bougainvillées » en lui permettant de bénéficier in fine de tous les lots gagnés par le groupe, grâce à un système de sous-traitance au sein du groupe. Les pratiques en cause avaient donc pour objectif assumé de contourner la limitation des lots attribués à une même société et de tromper le responsable du marché sur la réalité de la concurrence entre les filiales du groupe.

24. Il résulte de tout ce qui précède que les pratiques mises en œuvre par les entreprises du groupe Fontaine contreviennent aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ».

Autorité de la concurrence, 6 décembre 2016, n°16-D-28

« Les ententes peuvent se matérialiser par des échanges d'informations donnant lieu à la **remise d'offres de couverture** : « 121. L'analyse des offres remises respectivement par SETIS et SCET dans le cadre des consultations lancées par EPORA démontre que l'échange d'information entre les deux sociétés avait pour objet de répartir les marchés. Chaque société a obtenu quatre marchés subséquents dans ses zones de prédilection. Et chaque société a remporté la consultation concernée en utilisant la majoration de prix maximale prévue par les accords-cadres. 122. Pour obtenir ce résultat, l'une des deux sociétés a, soit omis de remettre une offre, soit remis une offre irrégulière. Ces offres irrégulières ont constitué des offres de couverture qui ont permis à l'entreprise pré-désignée d'obtenir les marchés qu'elle souhaitait en fonction des secteurs sur lesquels elle entendait se positionner et au maximum de l'augmentation autorisée par l'article 9.3 du cahier des clauses administratives particulières. La première offre irrégulière de la SCET constitue donc une offre de couverture au profit de SETIS, attributaire préalablement désigné. 125. Grâce à cette offre de couverture lors de la première consultation d'une part, et l'absence d'offre de la SCET sur la seconde, SETIS avait l'assurance de ne pas rencontrer de concurrence sur ces marchés ».

CA Paris, pôle 5 - ch. 7, 28 octobre. 2010, n° 10/03405, Maquet

« Que cependant ces offres ne sont plus **indépendantes** s'il apparaît qu'elles ont été établies en concertation, ou après que les entreprises ont communiqué entre elles et que, dès lors, les présenter comme telles trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence, pratique qui a, en conséquence, un objet ou, potentiellement, un effet anticoncurrentiel ».

Conseil de la concurrence, 16 décembre 2008, Décision n° 08-D-33 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres de la ville d'Annecy et du conseil général de Haute-Savoie pour le transport par autocar

« 94. Il en découle, comme rappelé notamment dans les décisions n° 89-D-42 relative à des pratiques d'entente dans le secteur de la production électrique et n° 01-D-17 relative à des pratiques anticoncurrentielles dans les marchés d'électrification de la région du Havre, que **tout échange d'information préalablement au dépôt des offres est anticoncurrentiel s'il est de nature à diminuer l'incertitude où toutes les entreprises doivent se trouver placées, relativement au comportement de leurs concurrentes.** Cette incertitude est en effet la seule contrainte de nature à pousser des opérateurs concurrents à faire le maximum d'efforts en terme de qualité et de prix pour obtenir le marché. A l'inverse, toute limitation de cette incertitude affaiblit la concurrence entre les offreurs et pénalise l'acheteur public, obligé à payer un prix plus élevé que celui qui aurait résulté d'une concurrence non faussée ».

Conseil de la concurrence, 3 décembre 2008, Décision n° 08-D-28 relative à des pratiques mises en œuvre par des entreprises exploitant des granulats dans le département d'Ille-et-Vilaine

« 156. Il y a donc lieu de constater que la pièce litigieuse a été établie par la société Charier et remise à la société Carrières du Mont-Serrat avant le dépôt des offres. Sur ce point, le Conseil a relevé dans sa décision n° 08-D-15 du 2 juillet 2008 que **« l'antériorité de la concertation par rapport au dépôt de l'offre peut être déduite à défaut de date certaine apposée sur un document, de l'analyse de son contenu et du rapprochement de celui-ci avec des éléments extrinsèques, et notamment avec le résultat des appels d'offres ».**

Conseil de la concurrence, 18 mars 2003, Avis n° 03-A-02 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public

« 10. **L'entente est un accord de volontés entre deux ou plusieurs parties indépendantes, qui décident de coordonner leur comportement sur un marché.** Selon la jurisprudence, il suffit, pour retinir la qualification, qu'au moins l'une des parties à l'accord soit une entreprise. Il en résulte qu'un syndicat professionnel ou une association peut être considéré comme constituant une entente. Le droit de la concurrence retient, par ailleurs, une définition très large de la notion d'entreprise, puisqu'il s'agit de toute entité exerçant une activité de production, de distribution ou de service, quelle que soit sa nature ou sa forme juridique. La seule condition posée est que cette entité dispose d'une autonomie commerciale et de gestion pleine et entière, c'est à dire qu'elle soit capable de se comporter comme un opérateur indépendant. Selon les cas d'espèce, on peut ainsi être conduit à appliquer l'article L. 420-1 à une structure sans personnalité juridique (telle une agence, une direction régionale, ...) et inversement, à l'écartier pour une personne morale régulièrement constituée (cas éventuellement d'une société filiale qui serait considérée comme non autonome) »

« 11. Les pratiques concertées doivent, enfin, porter atteinte au libre jeu de la concurrence. En matière de marché sur appel d'offres, cette atteinte **résultera de la limitation ou de la suppression de l'incertitude devant prévaloir quant au comportement des concurrents sur le marché, ou de l'autonomie de décision dont chaque entreprise doit faire preuve, ou encore de la liberté d'entrée sur le marché. La coordination des comportements des entreprises en cause se traduit par la mise en œuvre d'une stratégie commune en matière de prix, d'accès au marché, de contrôle des débouchés, de la production ou des facteurs la composant. Cette stratégie implique des échanges d'information, entre les entreprises sur les comportements futurs.**

« 22. La règle de l'indépendance des entreprises pose le problème des sociétés appartenant à un même groupe (société-mère et ses filiales) ou constituant des filiales communes à deux ou plusieurs groupes.

23. **Le droit de la concurrence n'interdit pas le dépôt d'offres distinctes par une société-mère et par une ou plusieurs de ses filiales, en réponse à un même appel d'offres.** Le Conseil a rappelé cette absence d'interdiction de principe dans sa décision n° 03-D-01 "sociétés du groupe l'Air Liquide" de 2003 : "Il est loisible à des entreprises, ayant entre elles des liens juridiques ou financiers mais disposant d'une autonomie commerciale, de présenter des offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt de ces offres".

24. Dans cette hypothèse, le libre jeu de la concurrence repose sur la prise en compte de deux éléments concernant les offres remises.

25. **L'offre de la filiale doit être personnelle et indépendante de celle de sa société mère, en faisant appel à des moyens propres (dirigeants, capacité commerciale et de production) pour élaborer, décider et exécuter sa proposition au cas où sa candidature serait retenue.** A cet égard, on relèvera que le droit de la concurrence s'attache aux conditions de fonctionnement de la société et non à la part de capital contrôlée par la maison mère, le critère d'une participation supérieure à 50 %, retenu par le droit des sociétés (article L. 233-1 du code de commerce) pour définir une filiale, n'étant ici pas pertinent.

26. En second lieu, **la société mère et sa (ou ses) filiale(s) doivent s'interdire de toute pratique de concertation ou d'échanges d'informations sur les conditions du marché et leurs offres respectives.** La jurisprudence, en ce sens, est bien établie ; un arrêt de la Cour de cassation "sociétés Jean Lefevbre, Rougeot, Gerland, Colas" du 6 octobre 1992 s'exprime ainsi : "S'agissant de pratiques d'entreprises appartenant au même groupe, [que], s'il est loisible à des entreprises, unies par des liens juridiques et financiers mais disposant d'une réelle autonomie technique et commerciale, de présenter des offres distinctes, elles ne peuvent le faire qu'à condition de respecter les règles de la concurrence ; que tel n'est pas le cas lorsque, comme en l'espèce, elles se concertent sur les prix pour coordonner leurs soumissions ou réaliser ensemble leurs études" »..

Conseil de la concurrence, 4 février 2003, décision n° 03-D-07 relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'achat de panneaux de signalisation routière verticale par des collectivités locales

« 64. En premier lieu, selon une jurisprudence constante, tant communautaire que nationale, les dispositions prohibant les ententes illicites ne s'appliquent pas, en principe, aux accords conclus entre des entreprises ayant entre elles des liens juridiques et financiers, comme une société mère et ses filiales, ou les filiales d'une même société mère entre elles, ou comme les sociétés mères d'une filiale commune, si elles ne disposent pas d'une autonomie commerciale et financière, à défaut de volonté propre des parties à l'accord ; qu'en effet, en l'absence d'autonomie commerciale et financière, les différentes sociétés du groupe forment alors une unité économique au sein de laquelle les décisions et accords ne peuvent relever du droit des ententes ;

65. En deuxième lieu, il est loisible à des entreprises ayant entre elles des liens juridiques et financiers mais disposant d'une autonomie commerciale de présenter des offres distinctes et concurrentes à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt de ces offres ;

66. Considérant, en troisième lieu, qu'il est loisible à des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers mais disposant d'une autonomie commerciale de renoncer, généralement ou ponctuellement, à cette autonomie à l'occasion des mises en concurrence ou d'une mise en concurrence et de se concerter pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre ou de se concerter pour établir cette offre, à la condition de ne déposer qu'une seule offre ;

67. En revanche, si de telles entreprises déposent plusieurs offres, la pluralité de ces offres manifeste l'autonomie commerciale des entreprises qui les présentent et l'indépendance de ces offres, mais si ces offres multiples ont été établies en concertation ou après que les entreprises ont communiqué entre elles, lesdites offres ne sont plus indépendantes. Dès lors, les présenter comme telles, trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence. Cette pratique a, en conséquence, un objet, ou potentiellement, un effet anticoncurrentiel ; il est, par ailleurs, sans incidence sur la qualification des pratiques que le maître d'ouvrage ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées dès lors que l'existence de tels liens n'implique pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations ».

CA de Paris, 30 avril 2002, SNC Jean François et SA Colas Midi-Méditerranée c/ décision n°01-D-67 du Conseil de la concurrence en date du 19 octobre 2001

« Considérant que les sociétés requérantes font grief à la décision critiquée de ne pas avoir tenu compte d'une circonstance particulière, en l'occurrence l'appartenance des deux sociétés à un même groupe ;

Considérant cependant que le caractère illicite des pratiques sanctionnées n'étant pas contesté, il convient à cet égard de souligner que les deux entreprises en cause ont présenté des offres distinctes apparemment concurrentes lors des deux appels d'offres ; qu'en réalité **la société COLAS MIDI-MEDITERRANEE et sa filiale avaient au préalable échangé des informations et coordonné leurs propositions de prix ; qu'elles ont dissimulé aux maîtres d'ouvrages concernés cette concertation et l'élaboration commune des offres ultérieurement présentées** ; Considérant qu'il importe peu que la concertation illicite constatée émane d'entreprises appartenant au même groupe, la gravité des faits résultant de la tromperie commise au détriment des collectivités publiques quant à l'existence ou à l'intensité de la concurrence sur le marché, au nombre d'offres réellement concurrentes soumises à l'appréciation de ces collectivités ; que cette gravité est renforcée par l'appartenance des deux sociétés requérantes à un groupe d'envergure nationale et de grande notoriété dans son secteur d'activité connaissant parfaitement les règles applicables aux marchés publics ».

Conseil de la concurrence, 19 avril 2001, Décision n° 01-D-13 du 19 avril 2001 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport public de voyageurs dans le département du Pas-de-Calais

« Considérant qu'en matière de marchés publics ou privés sur appels d'offres, il est établi que des entreprises ont conclu une entente anticoncurrentielle dès lors que la preuve est rapportée, soit qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être, qu'il s'agisse de l'existence de compétiteurs, de leur nom, de leur importance, de leur disponibilité en personnel et en matériel, de leur intérêt ou de leur absence d'intérêt pour le marché considéré ou des prix qu'ils envisagent de proposer ; que de telles pratiques sont de nature à limiter l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence ».

« Considérant qu'il est loisible à plusieurs entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, comme une société mère et ses filiales ou les filiales d'une même société mère entre elles, ou comme les sociétés mères d'une filiale commune, de renoncer à leur autonomie commerciale et de se concerter pour établir des propositions en réponse à un appel d'offres, **à la condition de faire connaître au maître d'ouvrage, lors du dépôt de leurs offres, la nature des liens qui les unissent, d'une part, le fait que leurs offres ont été établies en commun ou qu'elles ont communiqué entre elles pour les établir, d'autre part**

Considérant, à l'inverse, que des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers peuvent choisir de présenter des offres distinctes et concurrentes, dès lors qu'elles disposent de leur autonomie commerciale et ne procèdent à aucun échange d'information ; Mais considérant que, lorsqu'ayant fait ce dernier choix, elles se concertent néanmoins pour coordonner leurs offres ou pour les élaborer ou les réaliser en commun, elles faussent le jeu de la concurrence et trompent le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de la concurrence entre les soumissionnaires aux marchés considérés ».

Article L2141-10

L'acheteur peut exclure de la procédure de passation du marché les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de **conflit d'intérêts**, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens.

Constitue une telle situation toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché.

Conflit d'intérêt

Article L.2141-11

« Constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public ».

CAA Lyon, 23 mai 2024, n° 23LY01182, Société Cars A... et M. A...

« Il est constant que la société Cars A..., à laquelle la société Transarc Aquilon a entendu sous-traiter deux des lots de l'accord-cadre de transports scolaires qui lui ont été attribués par le département de la Loire, a **pour gérant M. A..., également investi d'un mandat de conseiller départemental de cette collectivité**. Toutefois, il ne résulte pas de l'instruction que ce dernier, qui n'est titulaire d'aucune délégation, **n'est pas membre de la commission d'appel d'offres et démontre, par les relevés de décisions qu'il produit, s'être déporté lors des votes intervenus en matière de transport, aurait pris part, de quelque façon que ce soit, aux travaux préparatoires ou à la procédure de passation de ce marché**. Le département de la Loire ne fait, par ailleurs, valoir aucune circonstance tendant à établir qu'il aurait été susceptible d'en avoir influencé l'issue. **Dans ces circonstances, aucun conflit attentatoire à l'impartialité de l'attribution de la commande publique de transports n'a pu résulter du cumul du mandat électif de M. A... et de sa situation de gérant d'une société entretenant une relation régulière de sous-traitance avec la société Transarc Aquilon, désignée comme titulaire de ces marchés au terme de la procédure de mise en concurrence**. Par suite, alors même que ce projet de sous-traitance n'avait pas été déclaré lors de la procédure de passation, le président du conseil départemental de la Loire ne pouvait, sans méconnaître les dispositions précitées, estimer que le mandat de M. A... plaçait la société Cars A... dans une situation de conflit d'intérêts et donc d'exclusion de soumissionner, en application de l'article L. 2141-10 du code de la commande publique, pour refuser de l'accepter comme sous-traitante de la société Transarc Aquilon ».

CE, 25 novembre 2021, n°454466, société Corsica Networks

« En premier lieu, il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que M. L..., désigné par le règlement de consultation du marché comme le " technicien en charge du dossier ", chargé notamment de fournir des renseignements techniques aux candidats, a exercé des fonctions d'ingénieur-chef de projet en matière de nouvelles technologies de l'information et de la communication au sein de l'agence d'AJaccio de la société NXO France. L'intéressé a occupé cet emploi immédiatement avant son recrutement par la collectivité de Corse et trois mois avant l'attribution du marché. Le procès-verbal d'ouverture des plis mentionne qu'il s'est vu remettre les plis " en vue de leur analyse au regard des critères de sélection des candidatures et des offres ". Si M. L... n'était pas l'un des cadres dirigeants de la société NXO France, **il occupait des fonctions de haut niveau au sein de la représentation locale de la société NXO France et ces fonctions avaient trait à un objet en relation directe avec le contenu du marché. Eu égard au niveau et à la nature des responsabilités confiées à M. L... au sein de la société NXO France puis des services de la collectivité de Corse et au caractère très récent de son appartenance à cette société et alors même qu'il n'a pas signé le rapport d'analyse des offres, la cour n'a ni inexactement qualifié les faits de l'espèce ni commis d'erreur de droit en jugeant que sa participation à la procédure de sélection des candidatures et des offres pouvait légitimement faire naître un doute sur la persistance d'intérêts le liant à la société NXO France et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par la collectivité de Corse ».**

CE, 14 octobre 2015, n°391105, Société Applicam et Région Nord Pas-de-Calais

« 5. Considérant qu'au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'en l'espèce, il résulte de l'instruction que, d'une part, M.A..., chargé par la région d'une mission d'assistance à la maîtrise d'ouvrage pour le marché litigieux, a non seulement contribué à la rédaction du cahier des clauses techniques particulières mais aussi à l'analyse des offres des candidats aux côtés des services de la région et qu'il a ainsi été susceptible d'influencer l'issue de la procédure litigieuse ; que, d'autre part, M. A...a exercé des responsabilités importantes au sein de la SA Applicam, en qualité de directeur qualité puis de directeur des opérations et des projets, et qu'ayant occupé ces fonctions du mois de décembre 2001 au mois d'avril 2013, il n'avait donc quitté l'entreprise que moins de deux ans avant le lancement de la procédure litigieuse ; que s'il ne résulte pas de l'instruction que l'intéressé détiendrait encore des intérêts au sein de l'entreprise, le caractère encore très récent de leur collaboration, à un haut niveau de responsabilité, pouvait légitimement faire naître un doute sur la persistance de tels intérêts et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par la région Nord-Pas-de-Calais ; **qu'il était au demeurant loisible à la région, qui avait connaissance de la qualité d'ancien salarié de la SA Applicam de M.A..., de mettre en œuvre, une fois connue la candidature de cette société, toute mesure en vue de lever ce doute légitime, par exemple en l'écartant de la procédure d'analyse des offres** ; que, dans ces conditions, la région Nord-Pas-de-Calais a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que, par suite, il y a lieu, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la demande, d'annuler la procédure contestée ».

CJUE, 12 mars 2015, Affaire C-538/13, eVigilo Ltd c/ Priešgairinés apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos

« 42. S'agissant des règles de preuve à cet égard, il convient de relever que, conformément à l'article 2 de la directive 2004/18, les pouvoirs adjudicateurs doivent traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité de manière non discriminatoire et agir avec transparence. Il en découle qu'un rôle actif leur est attribué dans l'application de ces principes de passation des marchés publics.

43. Ce devoir correspondant à l'essence même des directives relatives aux procédures de passation des marchés publics (voir arrêt Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, point 45), il en résulte que **le pouvoir adjudicateur est, en toute hypothèse, tenu de vérifier l'existence d'éventuels conflits d'intérêts et de prendre les mesures appropriées afin de prévenir, de détecter les conflits d'intérêts et d'y remédier ».**

CE, 22 octobre 2014, n°382495, Sté EBM Thermique

« 9. Considérant, par ailleurs, que l'existence de contrats conclus antérieurement entre la commune de Saint-Louis et la société EBM Thermique, comme la représentation de la commune au sein des

instances de la société EBM (Genossenschaft Elektra Birseck) en tant qu'abonné au réseau électrique de cette société de forme coopérative, ne sont pas de nature, par elles-mêmes, à faire naître un doute sur l'impartialité du pouvoir adjudicateur ».

CE, 19 mars 2012, n°341562, SA groupe Partouche

« Considérant, en deuxième lieu, que pour écarter le moyen tiré de la partialité de la présidente de la commission de délégation de service public à l'égard de la société Lucien Barrière, la cour a recherché **si les liens de subordination professionnelle ayant existé entre elle et la personne choisie par le groupe Lucien Barrière pour le conseiller sur sa candidature étaient de nature, eu égard à leur ancienneté et leur intensité, à faire porter, par eux-mêmes, un doute sur l'impartialité de la commission** ; que, par suite, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la procédure devant la commission de délégation de service public n'était pas entachée de partialité ».

CE, 27 juillet 2001, n°232820, Société Degremont

« Considérant que la société OTV soutient que la participation à la commission d'appel d'offres d'un de ses anciens salariés qu'elle avait licencié en 1991 n'a pas permis qu'elle soit traitée à égalité avec les autres candidats ; que, toutefois, l'intéressé a siégé à la commission en sa qualité d'élu local ; qu'eu égard notamment au délai important qui s'est écoulé depuis son licenciement et à l'absence de toute allégation précise permettant de mettre en doute son impartialité, la composition de la commission d'appel d'offres n'a pas constitué en l'espèce un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ».

CE, 3 novembre 1997, n°148150, Préfet de la Marne

« Considérant que M. Antoine X... a siégé en qualité de conseiller municipal à la commission d'appel d'offres du 29 juillet 1991 au cours de laquelle ont été examinées les offres relatives aux marchés que la commune de Francheville se proposait de passer en vue de la construction de locaux de secours et d'incendie ; que M. Marcel X..., entrepreneur, père de M. Antoine X... et son employeur, avait soumissionné pour les lots 1, 2, 3, 4 et 11 ; que dans ces conditions, et alors même que seul le lot n° 1 a été attribué à l'entreprise de M. Marcel X..., **la présence de M. Antoine X... au sein de la commission d'appel d'offres lorsque celle-ci a examiné les offres relatives aux lots 1, 2, 3, 4 et 11 a vicié la procédure relative à ces lots** ; que, par suite, le préfet de la Marne est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Châlons-sur-Marne a rejeté son déferé tendant à l'annulation des marchés signés le 5 septembre 1991 par le maire de Francheville pour les lots 1, 2, 3, 4 et 11 ».

Article L2141-11

L'acheteur qui envisage d'exclure une personne en application de la présente section doit la mettre à même de **fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité** et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché n'est pas susceptible de porter **atteinte à l'égalité de traitement des candidats**.

La personne établit notamment qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation des manquements précédemment énoncés, qu'elle a clarifié totalement les faits et les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir toute nouvelle situation mentionnée aux articles L. 2141-7 à L. 2141-10. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières attachées à ces situations.

Si l'acheteur estime que ces preuves sont suffisantes, la personne concernée n'est pas exclue de la procédure de passation de marché.

Fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité

CE, 16 février 2024, n°488524, Département des Bouches-du-Rhône

« En troisième lieu, il résulte de l'instruction que, invitée par le département des Bouches-du-Rhône à établir, en application des dispositions de l'article L. 2141-11 du code de la commande publique citées au point 3, que son **professionnalisme et sa fiabilité ne pouvaient plus être remis en cause, la société**

Rénovation peinture a, par un courrier du 18 juillet 2023, fait valoir que la personne reconnue coupable des faits de corruption active par le jugement du tribunal correctionnel de Marseille du 2 décembre 2022 n'a désormais plus la qualité de gérant. **Toutefois, la société Rénovation peinture n'établit pas avoir pris des mesures afin que cette personne, qui détient toujours un pouvoir de contrôle de cette société en sa qualité d'associé majoritaire, ne puisse plus s'immiscer dans sa gestion**. Dès lors, le département des Bouches-du-Rhône pouvait légalement estimer que les preuves ainsi apportées par la société Rénovation peinture ne sont pas de nature à démontrer sa fiabilité ».

CJUE, 14 janvier 2021, C-387/19, RTS infra BVBA et Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel contre Vlaams Gewest,

« L'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2015/2170 de la Commission, du 24 novembre 2015, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une pratique en vertu de laquelle un opérateur économique **est tenu d'apporter spontanément, lors de la présentation de sa demande de participation ou de son offre, la preuve des mesures correctrices prises pour démontrer sa fiabilité malgré l'existence, à son égard, d'un motif d'exclusion facultatif** visé à l'article 57, paragraphe 4, de cette directive, telle que modifiée par le règlement délégué 2015/2170, dès lors qu'une telle obligation ne résulte ni de la réglementation nationale applicable ni des documents de marché. En revanche, l'article 57, paragraphe 6, de ladite directive, telle que modifiée par le règlement délégué 2015/2170, ne s'oppose pas à une telle obligation lorsqu'elle est prévue de manière claire, précise et univoque dans la réglementation nationale applicable et qu'elle est portée à la connaissance de l'opérateur économique concerné au moyen des documents de marché ».

Participation à la procédure de passation du marché n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement

CE, 24 Juin 2019, n° 428866, Département des Bouches du Rhône

« Ces dispositions permettent aux acheteurs d'exclure de la procédure de passation d'un marché public une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant, dans le cadre de la procédure de passation en cause ou dans le cadre d'autres procédures récentes de la commande publique, entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée à cette fin, **que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats**. »

Section 3 - Changement de situation des opérateurs économiques au regard des motifs d'exclusion

Article L2141-12

Lorsqu'un opérateur économique est, au cours de la procédure de passation d'un marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux sections 1 et 2, il informe **sans délai** l'acheteur de ce changement de situation.

Dans cette hypothèse, l'acheteur exclut le candidat de la procédure de passation du marché pour ce motif.

Sans délais

CE, 26 mars 2014, n° 374387, Commune de Chaumont

« Lorsqu'il est soutenu devant lui que le **placement en redressement judiciaire** de l'entreprise candidate à l'attribution d'un marché public, y compris lorsque ce placement est intervenu après le dépôt de son offre, affecte la recevabilité de sa candidature, il appartient au juge du référé **précontractuel** d'apprécier si cette candidature est recevable et d'annuler, le cas échéant, la procédure au terme de laquelle l'offre de l'entreprise aurait été retenue par le pouvoir adjudicateur ».

Section 4 - Groupements d'opérateurs économiques et sous-traitants

Article L2141-13

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

CJUE 7 sept. 2021, n° C-927/19, Klaipedios regiono atlieky tvarkymo centras UAB

« Par sa onzième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 63, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 2014/24, lu en combinaison avec l'article 57, paragraphes 4 et 6, de cette directive, **doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale en vertu de laquelle, lorsqu'un opérateur économique, membre d'un groupement d'opérateurs économiques, s'est rendu coupable de fausse déclaration en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion du groupement ou de la satisfaction par ce dernier des critères de sélection, sans que ses partenaires aient eu connaissance de cette fausse déclaration, une mesure d'exclusion de toute procédure de passation de marché public peut être prononcée contre l'ensemble des membres de ce groupement** ».

Article L2141-14

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

Remplacement par un autre opérateur économique

TA, Versailles, 30 Septembre 2022, n° 2206959

« En l'espèce, il est constant qu'après avoir constaté l'absence de production des attestations sociales et fiscales relatives aux sociétés Lovers Srl et Lovers Romania, membres du groupement d'entreprises, malgré sa demande en ce sens par courrier du 22 août 2022, le directeur de la plate-forme du commissariat des armées de Rambouillet n'a pas exigé de la société Leo Minor, en tant que mandataire du groupement d'entreprises, ainsi qu'il y était pourtant tenu par les dispositions de l'article 50 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, le remplacement de ces deux sociétés par des personnes ne faisant pas l'objet d'un motif d'exclusion. Contrairement à ce que fait valoir le ministre des armées, l'absence de production des attestations sociales et fiscales les concernant suffisait, à elle seule, à caractériser le motif d'exclusion, prévu au 2° de l'article 45 de la même ordonnance, affectant les sociétés Lovers Srl et Lovers Romania. Le manquement ainsi commis aux obligations de mise en concurrence a lésé la société requérante, **dès lors qu'elle a privé le groupement d'entreprises mandaté par cette société, titulaire pressenti, de procéder au remplacement des deux sociétés défaillantes et, ainsi, de conserver le bénéfice de l'attribution du marché subséquent n° 6 à l'accord-cadre conclu le 31 juillet 2018** ».

Chapitre II - Conditions de participation

Article L2142-1

L'acheteur ne peut imposer aux candidats **des conditions de participation** à la procédure de passation autres que celles propres à garantir qu'ils disposent de **l'aptitude à exercer l'activité professionnelle**, de la **capacité économique et financière** ou des **capacités techniques et professionnelles** nécessaires à l'exécution du marché.

Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.

CAA Lyon, 1^{er} févr. 2024, n° 22LY01219, Sté Sarl Moresk

« En premier lieu, il résulte de l'instruction que **la certification Qualibat 2194 est à la fois en rapport avec l'objet du marché** qui porte sur la restauration de l'appareillage en pierre d'un monument historique et lui est proportionnée dans la mesure où l'intervention sur le gros œuvre de l'édifice nécessite le même degré de qualification quelle que soit son étendue.

En deuxième lieu, **la certification Qualibat 2194 peut être obtenue en fonction de la spécialisation de l'entreprise et non pas de sa taille**. Il suit de là que son exigibilité n'a pas été de nature à créer une discrimination au détriment des petites entreprises et qu'elle n'a pas porté atteinte au principe de libre accès à la commande publique.

En troisième lieu, **la certification produite par la société Moresk l'habilitant à intervenir sur des bâtiments anciens ou traditionnels, ne saurait équivaloir à la certification Qualibat 2194** exigée dans le règlement de la mise en concurrence qui se rapporte à des travaux différents. Le pouvoir adjudicateur ne pouvait que rejeter l'offre de la société Moresk comme irrecevable, alors en outre que l'insuffisance des références présentées n'est pas contestée.

Enfin, la société Moresk, dont l'offre n'a pu être examinée en raison du rejet de sa candidature, ne peut utilement se prévaloir de la méconnaissance par le pouvoir adjudicateur des articles R. 2111-15, R. 2111-16 et R. 2111-17 du code de la commande publique qui réglementent **l'exigibilité des labels appliqués aux matériaux, fournitures ou procédés proposés pour les prestations à livrer et qui ne peuvent entrer en ligne de compte que pour apprécier la valeur des offres des seuls soumissionnaires dont la candidature a été déclarée recevable**. Il suit de là que le moyen tiré de la méconnaissance de ces dispositions doit être écarté comme inopérant.

La société Moresk n'établissant pas avoir été irrégulièrement évincée de la mise en concurrence, ses conclusions tendant à l'indemnisation de son **manque à gagner ou des frais qu'elle a engagés pour soumissionner ne peuvent qu'être rejetées** ».

Des conditions de participation

Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics

Article 2

I. - Dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation de la capacité économique et financière des candidats, l'acheteur peut notamment exiger un ou plusieurs des renseignements ou documents justificatifs suivants :

1° Déclaration concernant le chiffre d'affaires global du candidat et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activité faisant l'objet du marché public, portant au maximum sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles ;

2° Déclarations appropriées de banques ou, le cas échéant, preuve d'une assurance des risques professionnels pertinents ;

3° Bilans ou extraits de bilan, concernant les trois dernières années, des opérateurs économiques pour lesquels l'établissement des bilans est obligatoire en vertu de la loi.

II. - Si, pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les renseignements et documents demandés par l'acheteur, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre moyen considéré comme approprié par l'acheteur.

Article 3

I. - Dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation des capacités techniques et professionnelles des candidats, l'acheteur peut exiger un ou plusieurs renseignements ou documents figurant dans la liste ci-dessous. Pour les marchés publics autres que de défense ou de sécurité, cette liste est limitative.

1° Une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, assortie d'attestations de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, l'acheteur peut indiquer que les éléments de preuve relatifs à des travaux exécutés il y a plus de cinq ans seront pris en compte. Ces attestations indiquent le montant, la date et le lieu d'exécution des travaux et précisent s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin ;

2° Une liste des principales livraisons effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années ou, pour les marchés publics de défense ou de sécurité, au cours des cinq dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, l'acheteur peut indiquer que les éléments de preuve relatifs à des produits ou services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte. Les livraisons et les prestations de services sont prouvées par des attestations du destinataire ou, à défaut, par une déclaration de l'opérateur économique ;

3° Une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du candidat et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années ;

4° Pour les marchés publics de travaux, de services ou pour les marchés publics de fournitures comportant également des travaux de pose et d'installation ou des prestations de services, l'indication des titres d'études et professionnels du candidat ou des cadres de l'entreprise, et notamment des responsables de prestation de services ou de conduite des travaux de même nature que celle du marché public ;

5° L'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés au candidat, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux, auquel le candidat pourra faire appel pour l'exécution de l'ouvrage ;

6° Une description de l'outillage, du matériel et de l'équipement technique dont le candidat disposera pour la réalisation du marché public ;

7° La description de l'équipement technique ainsi que des mesures employées par le candidat pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise ;

8° L'indication des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d'approvisionnement que le candidat pourra mettre en œuvre lors de l'exécution du marché public ;

9° L'indication des mesures de gestion environnementale que le candidat pourra appliquer lors de l'exécution du marché public ;

10° Des échantillons, descriptions ou photographies des fournitures ;

11° Des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et habilités à attester la conformité des fournitures par des références à certaines spécifications techniques. Toutefois, d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité produites par les candidats sont acceptées, si ceux-ci n'ont pas accès à ces certificats ou n'ont aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés ;

12° Des certificats de qualification professionnelle établis par des organismes indépendants. Dans ce cas, l'acheteur accepte tout moyen de preuve équivalent ainsi que les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres Etats membres ;

13° Lorsque les produits ou les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, un contrôle effectué par l'acheteur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le fournisseur ou le prestataire de services est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme ; ce contrôle porte sur les capacités de production du fournisseur ou sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prendra pour contrôler la qualité ;

14° Dans les marchés publics de défense ou de sécurité uniquement :

a) Une description des sources d'approvisionnement dont le candidat dispose pour exécuter le marché public, pour faire face à d'éventuelles augmentations des besoins de l'acheteur par suite d'une crise ou pour assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché public avec une indication de leur implantation géographique lorsqu'elle se trouve hors du territoire européen ;

b) Une description des règles internes en matière de propriété intellectuelle ;

c) Lorsqu'il s'agit de marchés publics qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale, les éléments mentionnés à l'arrêté du Premier ministre mentionné à l'article R. 2300-1 du code de la commande publique justifiant la capacité de traiter, stocker et transmettre ces informations au niveau de classification ou de protection exigé par l'acheteur.

II. - Dans les marchés publics de défense ou de sécurité, si, pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les références demandées par l'acheteur, il est autorisé à prouver ses capacités techniques ou professionnelles par tout autre moyen considéré comme approprié par l'acheteur.

Article 4

L'acheteur peut demander aux candidats qu'ils produisent des certificats de qualité attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes d'assurance de qualité, y compris en ce qui concerne l'accessibilité pour les personnes handicapées. Ces certificats, délivrés par des organismes indépendants, sont fondés sur les normes européennes et certifiés par des organismes accrédités.

Lorsque l'acheteur demande la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certains systèmes ou normes de gestion environnementale, il se réfère :

1° Soit au système de management environnemental et d'audit (EMAS) de l'Union européenne ;

2° Soit à d'autres systèmes de gestion environnementale reconnus conformément à l'article 45 du règlement (CE) n° 1221/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 susvisé ;

3° Soit à d'autres normes de gestion environnementale fondées sur les normes européennes ou internationales en la matière élaborées par des organismes accrédités.

L'acheteur accepte les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres Etats membres. Lorsqu'un opérateur économique n'a pas la possibilité d'obtenir ces certificats dans les délais fixés pour des motifs qui ne lui sont pas imputables, l'acheteur accepte d'autres mesures équivalentes pour autant que l'opérateur économique concerné établisse que les mesures proposées sont équivalentes à celles requises.

Article 5

Si l'objet ou les conditions d'exécution du marché public le justifient, l'acheteur peut exiger des renseignements relatifs à l'habilitation préalable ou à la demande d'habilitation préalable du candidat, en application des articles R. 2311-1 et suivants du code de la défense relatifs à la protection du secret de la défense nationale.

Article 6

Le cas échéant, les acheteurs utilisent la base de données e-Certis de la Commission européenne pour procéder aux vérifications des formes des documents de preuve ou des pièces justificatives des candidats.

Lorsque l'acheteur demande la production d'un certificat, d'une attestation ou d'un document de preuve particulier, il exige principalement celles de ces pièces justificatives qui sont référencées dans cette base.

Article 7

I. - Le présent arrêté est applicable aux marchés publics soumis au code de la commande publique, conclus par l'Etat ou ses établissements publics dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises, sous réserve des dispositions suivantes :

1° Les alinéas 1 à 5 de l'article 4 sont ainsi rédigés :

« L'acheteur peut demander aux candidats qu'ils produisent des certificats de qualité attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes d'assurance de qualité, y compris en ce qui concerne l'accessibilité pour les personnes handicapées. Ces certificats, délivrés par des organismes indépendants, sont fondés sur les normes locales, nationales ou internationales et certifiés par des

organismes accrédités.

« Lorsque l'acheteur demande la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certains systèmes ou normes de gestion environnementale, il se réfère à des normes de gestion environnementale fondées sur les normes locales, nationales ou internationales en la matière élaborées par des organismes accrédités. » ;

2° L'article 6 est supprimé.

II. - Pour l'application du présent arrêté à Saint-Barthélemy :

1° Les alinéas 1 à 5 de l'article 4 sont ainsi rédigés :

« L'acheteur peut demander aux candidats qu'ils produisent des certificats de qualité attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes d'assurance de qualité, y compris en ce qui concerne l'accessibilité pour les personnes handicapées. Ces certificats, délivrés par des organismes indépendants, sont fondés sur les normes locales, nationales ou internationales et certifiés par des organismes accrédités.

« Lorsque l'acheteur demande la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certains systèmes ou normes de gestion environnementale, il se réfère à des normes de gestion environnementale fondées sur les normes locales, nationales ou internationales en la matière élaborées par des organismes accrédités. » ;

2° L'article 6 est supprimé.

III. - Pour l'application du présent arrêté à Saint-Pierre-et-Miquelon :

1° Les alinéas 1 à 5 de l'article 4 sont ainsi rédigés :

« L'acheteur peut demander aux candidats qu'ils produisent des certificats de qualité attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes d'assurance de qualité, y compris en ce qui concerne l'accessibilité pour les personnes handicapées. Ces certificats, délivrés par des organismes indépendants, sont fondés sur les normes locales, nationales ou internationales et certifiés par des organismes accrédités.

« Lorsque l'acheteur demande la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certains systèmes ou normes de gestion environnementale, il se réfère à des normes de gestion environnementale fondées sur les normes nationales ou internationales en la matière élaborées par des organismes accrédités. » ;

2° L'article 6 n'est pas applicable ».

CAA Lyon, 23 Mai 2024, n° 22LY01704, Société CETI

« Il résulte de l'instruction que pour apprécier la valeur technique des candidats, le SDE 43 a demandé, conformément à l'article 4.2 du règlement de consultation, une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du candidat ainsi que l'effectif des personnels d'encadrement, les titres d'études et l'expérience professionnelle du ou des responsables et exécutants de la prestation envisagée, les déclarations indiquant l'équipement technique mis à disposition ainsi qu'une liste des services fournis, similaires à l'objet de l'accord cadre en cause sur les trois dernières années. Il résulte du tableau de vérification du contenu des offres, daté du 9 mars 2020, que ces éléments ont été fournis à l'appui de la candidature de la société attributaire. **Dans ces conditions, le SDE 43 a pu exercer un contrôle sur sa capacité technique. Par ailleurs, si la société CETI se prévaut de ce que la société attributaire bénéficiait, au moment de la procédure en cause, d'une expérience de maîtrise d'œuvre limitée aux réseaux d'eau et d'assainissement, il résulte de l'instruction que le dossier de candidature de l'attributaire précisait qu'il conditionnait le recrutement de membres de son équipe spécialisés dans le domaine des réseaux électriques à l'obtention du marché. Dans ces conditions, le pouvoir adjudicateur n'a pas vicié la procédure en prenant en compte des capacités techniques déterminées par des recrutements conditionnés à l'obtention du marché pour l'appréciation des capacités techniques de ce candidat ».**

TA, 26 Août 2022, n° 2206118, Versailles

« Il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur doit contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public et que cette vérification

s'effectue au vu des seuls renseignements ou documents prévus par les prescriptions de l'arrêté ministériel précité. Les documents ou renseignements exigés à l'appui des candidatures doivent être objectivement rendus nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser. **Le juge du référé précontractuel ne peut censurer l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les niveaux de capacité technique exigés des candidats à un marché public, ainsi que sur les garanties, capacités techniques et références professionnelles présentées par ceux-ci que dans le cas où cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste. »**

Aptitude à exercer l'activité professionnelle

Fiche technique de la DAJ : Présentation des candidatures

« La présentation du dossier de candidature par les opérateurs économiques n'est soumise à aucun formalisme particulier par les décrets n° 2016-360 relatif aux marchés publics et n° 2016-361 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité du 25 mars 2016, sous réserve des mesures de dématérialisation non traitées par la présente fiche. Toutefois, **le dossier doit contenir**, sous peine de rejet, **un certain nombre de renseignements destinés à vérifier que les candidats (...) disposent de l'aptitude et des capacités pour exécuter le marché public**. Il reste qu'en aucun cas, pour les marchés publics soumis au décret n° 2016-360, le candidat n'a à fournir de documents de preuve au stade de la présentation de sa candidature ».

« L'acheteur peut cependant en ce qui concerne l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, **exiger que les opérateurs économiques soient inscrits sur un registre professionnel** ».

CE, 12 avril 2023, n° 466740, ONF

« Il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel que la clause contestée par la société Héli-Cojyp, qui vise à exclure des candidats de la consultation, a pour objet d'assurer l'indépendance de l'attributaire du marché et de ses pilotes vis-à-vis des entités ou activités susceptibles d'être contrôlées dans le cadre de l'exécution de ce marché. Elle doit ainsi être regardée comme une condition de participation à la procédure de passation propre à garantir les capacités professionnelles des candidats nécessaires à l'exécution du marché, au sens des dispositions de l'article L. 2142-1 du code de la commande publique. Dès lors, en jugeant que cette clause portait sur les conditions d'exécution du marché lui-même, soumise à ce titre aux dispositions de l'article L. 2112-2 du même code, la juge des référés du tribunal administratif de Guyane a commis une erreur de droit ».

CE, 5 nov. 2021, n° 444625, Min. Économie, Finances et Relance

« Il résulte des dispositions de l'article L. 123-9 du code de commerce citées au point précédent qu'une personne assujettie à immatriculation au registre du commerce et des sociétés ne peut pas opposer aux administrations publiques les faits et actes sujets à mention dans ce registre qui n'ont pas été publiés dans celui-ci. En revanche, l'administration peut, lorsqu'elle en a connaissance, se prévaloir de ces faits et actes alors même qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une telle publication. Dès lors, la seule circonstance qu'un changement dans la composition du groupement d'intérêt économique candidat à l'attribution d'un marché public n'a pas été publié au registre, en méconnaissance des dispositions du code de commerce, à la date de la signature du contrat ne fait pas obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur tienne compte de ce changement lorsqu'il en a connaissance. Ce défaut de publication n'entache donc pas, par lui-même, la régularité de la candidature du groupement.

La cour administrative d'appel de Nantes a estimé, par une appréciation souveraine non arguée de dénégation, que la SCP Richard Lamagnère Coudray Chevalier était devenue membre du GIE GPE par un acte du 31 octobre 2016, lequel n'avait pas fait l'objet, avant la date de la signature du marché en litige, de la publicité prévue par les dispositions du code de commerce citées au point 3. En jugeant que cette candidature, signée par Me Coudray, était irrégulière au seul motif que l'acte par lequel la SCP Richard Lamagnère Coudray Chevalier était devenue membre du GIE n'avait pas été publié au registre du commerce et des sociétés à la date de la signature du marché, et en en déduisant que la candidature de ce groupement était irrégulière et que la société Huissiers Partner Conseils pouvait par suite demander l'indemnisation du préjudice causé par son éviction du marché, la cour administrative d'appel de Nantes a commis une erreur de droit ».

CJCE, 20 septembre 1988, affaire 31/87, Gebroeders Beentjes BV contre État des Pays-Bas

« 14. La deuxième question posée par la juridiction nationale vise, d'une part, à savoir si la directive 71/305 s'oppose à l'exclusion d'un soumissionnaire pour les raisons suivantes :

- défaut d'expérience spécifique pour le travail à réaliser;
 - offre qui ne paraît pas la plus acceptable au pouvoir adjudicateur;
 - incapacité de l'entrepreneur d'employer des chômeurs de longue durée.
- (...)

15. Dans le système de la directive, notamment de son titre IV (règles communes de participation), la vérification de l'aptitude des entrepreneurs à exécuter les travaux à adjudger et l'attribution du marché sont deux opérations différentes dans le cadre de la passation d'un marché public. En effet, l'article 20 de la directive prévoit que l'attribution du marché se fait après vérification de l'aptitude des entrepreneurs.

16. Même si la directive, qui vise à la coordination des procédures nationales de passation des marchés publics de travaux tout en respectant, dans toute la mesure du possible, les procédures et les pratiques en vigueur dans chacun des États membres (deuxième considérant), n'exclut pas que la vérification de l'aptitude des soumissionnaires et l'attribution du marché puissent avoir lieu simultanément, les deux opérations sont régies par des règles différentes ».

CJUE 9 oct. 2014, affaire C-641/13 P Royaume d'Espagne c/ Commission européenne

« La vérification de l'aptitude des soumissionnaires est, en effet, effectuée par les pouvoirs adjudicateurs conformément aux critères de capacités économique, financière et technique (dits critères de sélection qualitative) visés aux articles 26 et 27 de la directive [...] 93/37. En revanche, l'attribution du marché se fonde sur les critères énumérés à l'article 30 de la directive [...] 93/37, à savoir soit le prix le plus bas, soit l'offre économiquement la plus avantageuse (arrêt [Beentjes, EU:C:1988:422], points 17 et 18). À cet égard, il y a lieu de préciser que, en effet, la distinction entre les critères de sélection qualitative et les critères d'attribution découle directement de la directive [...] 93/37 (voir notamment les chapitres 2 et 3 du titre VI de ladite directive) ».

CE, 10 mai 2006, n° 281976, Sté Bronzo

« Il résulte des dispositions précitées que s'il est loisible à l'acheteur public d'exiger la détention, par les candidats à l'attribution d'un marché public, de documents comptables et de références de nature à attester de leurs capacités, cette exigence, lorsqu'elle a pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises de création récente, doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser ; que, si elle entend, au contraire, faciliter l'accès de ces entreprises au marché, la personne responsable de celui-ci peut, sur le fondement de l'article 45 du code des marchés publics et de l'arrêté précité pris pour son application, autoriser les entreprises candidates, qui ne sont pas en mesure de produire les références demandées, à justifier de leurs capacités financières et professionnelles par d'autres moyens et notamment par la présentation de titres ou de l'expérience professionnelle du ou de leurs responsables ; que, dans tous les cas, dès lors que des pièces sont exigées dans le règlement de la consultation à l'appui des candidatures, conformément à l'article 45 du code des marchés publics, il résulte des articles 52 et 58 du code des marchés publics que la commission d'appel d'offres est tenue de refuser d'admettre les candidats qui ne les produisent pas ; ».

CE, 9 mai 2012, n° 356455, Commune de Saint Benoît

« Il résulte de ces dispositions que s'il est loisible à l'acheteur public d'exiger la détention, par les candidats à l'attribution d'un marché public, de documents comptables et de références de nature à attester de leurs capacités, il doit néanmoins, lorsque cette exigence a pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises de création récente, permettre aux candidats qui sont dans l'impossibilité objective de produire les documents et renseignements exigés par le règlement de la consultation, de justifier de leurs capacités financières et de leurs références professionnelles par tout autre moyen ».

Capacité économique et financière

Les personnes soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce ne peuvent soumissionner à un marché : article L 653-2 code de commerce

« La faillite personnelle emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale ».

CJUE, 8 juillet 2021, C-295/20, « Sanresa » UAB c/ Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos

« L'obligation d'obtenir le consentement des autorités compétentes concernées pour pouvoir transférer des déchets d'un État membre vers un autre État ne saurait être assimilée ni à celle d'être inscrit sur un registre professionnel ou sur le registre du commerce d'un État membre ni à celle d'être titulaire d'une autorisation spécifique ou membre d'une organisation spécifique. Il apparaît ainsi que l'obligation d'obtenir un tel consentement ne relève pas de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, au sens de l'article 58, paragraphe 1, premier alinéa, sous a), de ladite directive...

L'appréciation des capacités techniques et professionnelles d'un candidat ou d'un soumissionnaire repose ainsi, notamment, sur une évaluation rétrospective de l'expérience acquise par les opérateurs lors de l'exécution de marchés antérieurs, comme en témoignent les deux références à l'expérience à l'article 58, paragraphe 4, de cette directive.

Ainsi, l'obligation d'obtenir le consentement des autorités compétentes concernées pour pouvoir transférer des déchets d'un État membre vers un autre État ne relève pas davantage de la notion de capacités techniques et professionnelles d'un candidat ou d'un soumissionnaire, au sens de l'article 58, paragraphe 1, premier alinéa, sous c), de ladite directive.

Cette appréciation ne saurait être remise en cause par le fait que l'annexe XII, partie II, sous g), de la directive 2014/24 permet aux opérateurs économiques d'attester leurs capacités techniques en indiquant des mesures de gestion environnementale qu'ils pourront appliquer lors de l'exécution du marché en cause. Les mesures de gestion environnementale ainsi visées par cette disposition correspondent en effet à des mesures qu'un opérateur économique entend appliquer spontanément.

En deuxième lieu, l'article 70 de cette directive, intitulé « Conditions d'exécution du marché », dispose que les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché au sens de l'article 67, paragraphe 3, de ladite directive. Ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi.

À cet égard, il apparaît que l'obligation d'obtention du consentement des autorités compétentes des États d'expédition, de transit et de destination préalablement au transfert de déchets, prévue aux articles 3 à 6 du règlement n° 1013/2006, relève de l'exécution du marché. Elle tend en effet à fixer les conditions particulières destinées à tenir compte de considérations environnementales et devant présider à l'exportation de déchets vers un autre État. À ce titre, cette exigence ne peut utilement être opposée qu'aux seuls opérateurs économiques qui envisagent d'exporter des déchets vers un autre État ».

CJUE, 20 mai 2021, C-6/20, Sotsiaalministeerium c/ Riigi Tugiteenuste Keskus

« Les articles 2 et 46 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale en vertu de laquelle le pouvoir adjudicateur doit exiger, dans un avis de marché et en tant que critère de sélection qualitative, que les soumissionnaires apportent la preuve, dès le dépôt de leur offre, qu'ils disposent d'un enregistrement ou d'un agrément requis par la réglementation applicable à l'activité faisant l'objet du marché public en cause et délivré par l'autorité compétente de l'État membre d'exécution de ce marché, alors même qu'ils possèdent déjà un enregistrement ou un agrément similaire dans l'État membre dans lequel ils sont établis ».

CAA de PARIS, 02 avril 2021, n° 19PA01326, société Heli-Union

« Par ailleurs, le II de l'article 3 de l'arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics dispose que : " Dans les

marchés publics de défense ou de sécurité, si, pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les références demandées par l'acheteur, il est autorisé à prouver ses capacités techniques ou professionnelles par tout autre moyen considéré comme approprié par l'acheteur ».

Il ressort des stipulations citées au point 4 de l'article III. 2.3 de l'avis d'appel public à concurrence que les candidats pouvaient, par tout moyen, démontrer leurs capacités techniques et professionnelles. Or, il résulte de l'instruction que le groupement attributaire, qui disposait notamment d'un agrément PART 145 pour des aéronefs de la même catégorie, d'un contrat de sous-traitance avec un centre agréé Safran Helicopter Engines (ex Turbomeca) et d'expériences dans le domaine du maintien en condition opérationnelle d'aéronefs, a justifié de savoir-faire et de capacités techniques et professionnelles suffisantes pour obtenir ultérieurement les agréments PART 145 pour l'ensemble des aéronefs et les agréments FRA 145. Il a ainsi répondu aux exigences de l'acheteur formulées dans l'avis d'appel public à concurrence. S'agissant en particulier des prestations à réaliser sur les moteurs Arriel 1c, le groupement attributaire a produit le contrat de sous-traitance avec un centre agréé Safran Helicopter Engines requis par les stipulations citées au point 4 de l'article III. 2.3 et la SIMMAD a pu estimer, même en l'absence de déclaration de sous-traitance et d'un contrat de sous-traitance visant spécifiquement les moteurs Arriel 1c, que les éléments produits suffisaient à garantir l'intervention d'un centre agréé. Par ailleurs, **si la détention d'un agrément FRA 145 est nécessaire pour assurer l'exécution du marché et qu'un délai de 12 mois suivant la notification du marché est accordé à l'attributaire pour l'obtenir alors que le marché est susceptible d'être exécuté dès la date de sa notification, cette circonstance a trait à l'exécution du marché et non à la validité du contrat.** Le moyen tiré de l'irrégularité de la candidature du groupement attributaire doit donc être écarté comme infondé »

CE, 25 mai 2018, n° 417869, La société L'Atelier des compagnons (ADC)

« 11. Il résulte de ces dispositions que **le pouvoir adjudicateur doit contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières** des candidats à l'attribution d'un marché public et que cette vérification s'effectue au vu des seuls renseignements ou documents prévus par les prescriptions de l'arrêté ministériel précité ; que les documents ou renseignements exigés à l'appui des candidatures doivent être objectivement rendus nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser ; que le juge du référé précontractuel ne peut censurer l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les niveaux de capacité technique exigés des candidats à un marché public, ainsi que sur les garanties, capacités techniques et références professionnelles présentées par ceux-ci que dans le cas où cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste ; ».

CE, 17 septembre 2014, n°378722, Delta process

« Considérant que le juge du référé précontractuel ne peut censurer l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur, en application de cet article, sur les garanties et capacités techniques que présentent les candidats à un marché public, ainsi que sur leurs références professionnelles, que dans le cas où cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste ; qu'il ressort de l'ordonnance attaquée que, pour accueillir le moyen tiré de ce que le groupement attributaire ne justifiait pas détenir les capacités professionnelles et techniques exigées et ne pas avoir besoin de recourir à des moyens externes, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Dijon s'est fondé sur l'absence d'éléments suffisants, à défaut notamment de la production par le département ou le groupement attributaire, au cours de l'instruction, du dossier de candidature du groupement, pour qu'il soit procédé au contrôle de l'appréciation que le département était tenu de porter sur la candidature du groupement ; que la société requérante ne peut ainsi utilement soutenir que le juge des référés aurait commis une erreur de droit en ne se bornant pas à vérifier si l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les capacités du groupement était entachée d'une erreur manifeste ; que **c'est par une appréciation souveraine exempte de dénaturation que le juge des référés, qui a suffisamment motivé son ordonnance sur ce point, a estimé insuffisante la seule production, au cours de l'instruction, de références professionnelles pour la justification des capacités techniques et professionnelles du groupement** ; que le juge des référés a pu, dès lors, sans erreur de droit, regarder le moyen soulevé par la société Websourd comme fondé ».

CE, 26 mars 2014, n° 374387, Commune de Chaumont

« Il résulte également de ce qui précède que **ce juge n'a pas non plus commis d'erreur de droit en annulant la procédure de passation litigieuse** au motif que le choix de l'offre de l'entreprise attributaire constituait un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence **dès lors que cette entreprise ne disposait pas des capacités financières suffisantes pour exécuter le marché litigieux**, d'une durée de dix-huit mois, **compte tenu de ce qu'elle n'avait pu présenter le plan de sauvegarde dans le délai prescrit** par le jugement du tribunal de commerce de Paris du 4 novembre 2013, quand bien même le pouvoir adjudicateur n'a été informé de ce jugement qu'après le choix des offres ».

CE 3 oct. 2012, n° 360952, Sté déménagements Le Gars-Hauts-de-Seine Déménagements

« Considérant, en troisième lieu, qu'il appartient au juge des référés précontractuels, en application des dispositions de l'article L. 551-10 du code de justice administrative, de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ; que **le choix de l'offre d'un candidat dont la candidature a été retenue sur la base d'informations relatives à ses capacités financières et professionnelles erronées est susceptible d'avoir lésé le candidat** qui invoque ce manquement, à moins qu'il ne résulte de l'instruction que sa candidature devait elle-même être écartée, ou que l'offre qu'il présentait ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable ; **qu'en jugeant que le manquement qu'il avait relevé avait été susceptible d'avoir lésé la société Organidem, quel qu'ait été son propre rang de classement à l'issue du jugement des offres, le juge des référés du tribunal administratif de Melun n'a pas commis d'erreur de droit** ».

CE, 17 nov. 2006, n°290712, ANPE

« Il résulte des dispositions précitées que s'il est loisible à l'acheteur public d'exiger la détention, par les candidats à l'attribution d'un marché public, de documents comptables et de références de nature à attester de leurs capacités, **cette exigence, lorsqu'elle a pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises, doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser** ».

CE, 28 avril 2006, n°283942, Synd. mixte de gestion et de travaux pour l'élimination des déchets et assimilés de la zone ouest du département de l'Hérault

« Aux termes de l'article 52 du même code : Avant de procéder à l'examen des candidatures, si la personne responsable du marché constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, elle peut décider de demander à tous les candidats concernés de produire ou de compléter ces pièces dans un délai identique... ; que **si ces dispositions ont pour effet de donner à la personne publique la faculté de demander, sur un plan de stricte égalité, aux candidats de fournir certains documents liés à leur capacité technique ou financière d'exécuter le marché, elles ne sauraient lui conférer la possibilité, dès lors qu'un candidat n'a pas justifié de sa capacité juridique lui permettant de déposer sa candidature, de compléter le dossier de celle-ci pour assurer la recevabilité de sa demande** ».

CE, 25 janvier 2006, n°278115, Département de la Seine-Saint-Denis

« Il résulte de ces dispositions que l'acheteur public est tenu, lorsqu'il précise dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation ceux des renseignements et documents qu'il invite les candidats à produire, de permettre à ces derniers d'apporter la preuve de leur capacité professionnelle par tout moyen ; que cette obligation est satisfaite lorsque l'acheteur public a précisé, dans les documents de la consultation, que la capacité professionnelle peut être attestée par des **certificats de qualification ou d'autres justificatifs regardés comme équivalents** ; qu'en revanche ces dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet de prévoir que la mention selon laquelle la preuve de la capacité de l'entreprise peut être apportée par tout moyen doit obligatoirement figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation ».

CE, 4 nov. 2005, n°280406, Commune de Bourges

« Compte-tenu de l'objet du marché qu'elle envisageait de passer, la COMMUNE DE BOURGES a pu prévoir dans l'avis d'appel public à la concurrence que **les entreprises candidates devaient produire des références datant de moins de trois ans pour faire valoir leurs capacités professionnelles sans méconnaître ni les limites prévues par les dispositions précitées de l'arrêté du 26 février 2004, ni les obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposaient à elle** ; qu'ainsi en annulant la procédure de passation du marché litigieux pour le motif, qui ne revêt pas un caractère surabondant, que l'exigence de références d'une antériorité inférieure à trois années avait constitué un manquement par la COMMUNE DE BOURGES à ses obligations de mise en concurrence, le juge des référés du tribunal administratif d'Orléans a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa requête, la COMMUNE DE BOURGES est fondée à demander, pour ce motif, l'annulation de l'ordonnance attaquée ».

CE, 7 mars 2005, n° 274286, Communauté urbaine de Lyon

« Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés précontractuels que **l'avis de mise en concurrence** publié par la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON **fixait deux critères de sélection des candidats**, - **curriculum vitae des candidats** : titres d'études, expérience professionnelle du ou des responsables ainsi que des exécutants de la prestation ; / - **liste des ouvrages et écrits réalisés dans les revues spécialisées, et interdisait aux candidats, afin de respecter le secret régissant les relations entre l'avocat et son client, de produire des références professionnelles** ; que d'une part, en jugeant que le principe du secret des relations entre l'avocat et son client ne faisait pas obstacle à la production par un avocat, candidat à un marché de prestations de conseil juridique, de références professionnelles dès lors que celles-ci ne comportaient aucune mention relative à l'identité du client et aux circonstances de la mission menée pour lui, le juge des référés précontractuels n'a pas commis d'erreur de droit ; que, d'autre part, après avoir souverainement constaté, sans dénaturer les pièces qui lui étaient soumises, que l'interdiction qui était ainsi faite aux candidats de produire toute référence professionnelle n'était pas justifiée par l'objet du marché, le juge des référés précontractuels a pu en déduire, sans commettre d'erreur de droit, que la combinaison de cette interdiction avec les deux critères de sélection mentionnés dans l'avis de mise en concurrence était de nature à créer une inégalité entre les candidats en faveur de ceux ayant réalisé des publications ».

CE, 30 juin 2004, n°261919, Ministre de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer

« Dès lors que, ainsi qu'il vient d'être dit, le premier juge estimait que **l'administration ne pouvait, sans méconnaître ses obligations de mise en concurrence, exiger des candidats à l'attribution du marché litigieux, eu égard à la nature des prestations à réaliser, la détention du titre de géomètre-expert**, la circonstance alléguée que les professionnels non membres de l'ordre conservaient la possibilité de présenter leur candidature en groupement avec un géomètre-expert était sans influence sur l'existence du manquement ainsi caractérisé ; que revêt, dès lors, un caractère surabondant le motif, tiré des dispositions de l'article 50 du décret du 31 mai 1996 modifié portant règlement de la profession de géomètre-expert et code des devoirs professionnels, par lequel le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Limoges a cru devoir écarter le moyen présenté en défense, sur ce point, par l'administration ; qu'ainsi, alors même qu'il serait entaché d'erreur de droit, ce motif ne peut être utilement critiqué devant le juge de cassation ».

CE, 26 novembre 2001, n°236099, Région Rhône-Alpes

« En relevant, par une appréciation souveraine dénuée de dénégation, que les "certificats de capacité" ou "certificats de compétence" signés par des architectes et produits par l'entreprise Bouvet se bornaient, à la différence de certificats de qualification délivrés par des organismes professionnels, à attester de la nature et de la qualité de travaux de gros œuvre portant sur des fondations spéciales réalisés par ladite entreprise et que, **ces certificats n'étant pas, de ce fait, de même nature que ceux délivrés par des organismes professionnels, ils ne pouvaient être regardés comme équivalents à ces derniers**, le délégué du président du tribunal administratif de Lyon a suffisamment motivé son ordonnance ; que, dès lors que le règlement particulier de la consultation ne fournissait aucune précision sur les critères d'équivalence à retenir, il a pu sans commettre d'erreur de droit ni méconnaître les prescriptions de l'article 50 précité du code des marchés publics estimer que **les**

références à produire par les entreprises candidates, qui ne pouvaient se limiter aux seules références en travaux similaires exigées par ailleurs, **devaient être de la même nature que les certificats de qualification délivrés par des organismes professionnels** ».

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

« La Commission relève, en outre, que, concernant le lycée de Wingles, il était requis dans les conditions minimales mentionnées dans l'avis de marché la fourniture d'une "attestation de qualification professionnelle OPQCB, Qualifiélec, FNTF". Or, d'une part, la directive 71/305 prévoirait, en ses articles 23 à 28, les critères de sélection qualitatives des entreprises candidates et définirait plus particulièrement, en son article 26, les moyens de justification des capacités techniques. D'autre part, il résulterait de l'arrêt du 10 février 1982, Transporoute (76/81, Rec. p. 417), que la preuve de la qualification professionnelle d'une entreprise ne peut pas être rapportée par un mode de preuve étranger à ceux limitativement autorisés par l'article 26 de la directive 71/305. Dès lors, le pouvoir adjudicateur concerné aurait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de cette disposition.

À cet égard, il convient de constater, d'une part, que l'exigence d'un justificatif d'inscription du concepteur à l'ordre des architectes ne peut que favoriser la prestation des services par les architectes français, ce qui constitue une discrimination par rapport aux architectes communautaires et, partant, une restriction à la libre prestation des services de ceux-ci.

D'autre part, selon la jurisprudence, la directive 71/305 s'oppose à ce qu'un État membre exige d'un soumissionnaire établi dans un autre État membre qu'il fasse la preuve de ce qu'il remplit les critères énoncés aux articles 23 à 26 de cette directive et relatifs à sa qualification professionnelle par d'autres moyens que ceux énoncés par ces dispositions (voir, en ce sens, arrêt Transporoute, précité, point 15). En tout état de cause, le gouvernement français reconnaît lui-même que ces critiques de la Commission sont fondées mais soutient que les manquements commis tiennent, pour l'essentiel, à l'inexpérience des pouvoirs adjudicateurs en cause dans le maniement des règles communautaires de passation des marchés publics.

Par conséquent, il y a lieu de conclure que le grief de la Commission relatif aux conditions minimales de participation est fondé et que la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 59 du traité et 26 de la directive 71/305 ».

Capacités techniques et professionnelles nécessaires

CAA Lyon, 23 Mai 2024, n° 22LY01704, Société CETI

« Il résulte de l'instruction que pour apprécier la valeur technique des candidats, le SDE 43 a demandé, conformément à l'article 4.2 du règlement de consultation, une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du candidat ainsi que l'effectif des personnels d'encadrement, les titres d'études et l'expérience professionnelle du ou des responsables et exécutants de la prestation envisagée, les déclarations indiquant l'équipement technique mis à disposition ainsi qu'une liste des services fournis, similaires à l'objet de l'accord cadre en cause sur les trois dernières années. Il résulte du tableau de vérification du contenu des offres, daté du 9 mars 2020, que ces éléments ont été fournis à l'appui de la candidature de la société attributaire. **Dans ces conditions, le SDE 43 a pu exercer un contrôle sur sa capacité technique. Par ailleurs, si la société CETI se prévaut de ce que la société attributaire bénéficiait, au moment de la procédure en cause, d'une expérience de maîtrise d'œuvre limitée aux réseaux d'eau et d'assainissement, il résulte de l'instruction que le dossier de candidature de l'attributaire précisait qu'il conditionnait le recrutement de membres de son équipe spécialisés dans le domaine des réseaux électriques à l'obtention du marché. Dans ces conditions, le pouvoir adjudicateur n'a pas vicié la procédure en prenant en compte des capacités techniques déterminées par des recrutements conditionnés à l'obtention du marché pour l'appréciation des capacités techniques de ce candidat ».**

CE, 19 décembre 2012, n° 354873, Département de l'Aveyron

« 3. En second lieu, que, d'une part, aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : " (...) Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes (...). **Les garanties professionnelles sont appréciées**

notamment dans la personne des associés et au vu des garanties professionnelles réunies en son sein. Les sociétés en cours de constitution ou nouvellement créées peuvent être admises à présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes. / La commission mentionnée à l'article L. 1411-5 dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières (...) » ; que, d'autre part, selon les articles L. 1522-1 et L. 1522-2 du même code, les collectivités territoriales peuvent créer des sociétés d'économie mixte, revêtant la forme de sociétés anonymes en principe régies par le livre II du code de commerce, dans lesquelles elles détiennent séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital, la participation des actionnaires autres que les collectivités territoriales et leurs groupements ne pouvant être inférieure à 15 % du capital social ; ».

CE, 17 octobre 2016, n° 400172, La société MLR Plage

« 4. Aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction alors applicable : " Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service./ Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégitante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat. **Les garanties professionnelles sont appréciées notamment dans la personne des associés et au vu des garanties professionnelles réunies en son sein.** Les sociétés en cours de constitution ou nouvellement créées peuvent être admises à présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes./ La commission mentionnée à l'article L. 1411-5 dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public " ; ».

CE, 29 avril 2011, n°344617, Garde des Sceaux, ministre de la Justice et des Libertés

« Considérant que, pour retenir que le garde des Sceaux avait manqué à ses obligations de mise en concurrence, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a relevé que si le règlement de la consultation du marché litigieux prévoyait que l'accès au marché était exclusivement limité aux seules personnes habilitées ayant bénéficié de l'agrément prévu à l'article 3 du décret du 6 février 1997, il ne résultait pas de l'instruction que le garde des Sceaux avait prévu de s'assurer des capacités techniques et financières des candidats en leur demandant de produire des renseignements ou documents attestant des moyens humains, matériels et financiers dont ils disposaient et justifiant de leur expérience dans le domaine des prestations du marché ; que cet agrément, prévu par le décret du 6 février 1997, ayant pour seul objet de garantir que les sociétés qui en sont titulaires disposent des compétences professionnelles requises pour procéder à des identifications par empreintes génétiques dans le cadre d'une procédure judiciaire, le juge des référés du tribunal administratif de Paris n'a pas commis d'erreur de droit en estimant que la détention de l'agrément ne suffisait pas à garantir que les candidats disposaient également des capacités techniques et financières requises pour exécuter le marché et que le garde des Sceaux ne pouvait se borner, pour satisfaire à son obligation de contrôle des capacités professionnelles, techniques et financières des candidats, à exiger la production de cet agrément ».

Section 1 - Dispositions générales

Sous-section 1 - Conditions générales

Article R2142-1

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

de la consultation.

Moyens de preuve acceptables

CAA Douai, 21 décembre 2023, n°22DA01773, Office public de l'habitat des communes de l'Oise

« Il résulte des dispositions précitées de l'article R. 2144-7 du code de la commande publique qu'en l'absence de demande, adressée avant la signature du contrat par l'OPH des communes de l'Oise à la société Agenor CDG, en vue d'obtenir les éléments justifiant de la régularité de sa situation fiscale, ainsi que **la liste de ses salariés étrangers**, la candidature de cette société aurait dû être déclarée irrecevable et écartée, ce qui faisait obstacle à la conclusion du contrat. Les irrégularités commises dans le cadre de la procédure de passation de ce contrat ne peuvent donc donner lieu à une régularisation devant le juge. Par ailleurs, si la société Agenor CDG a produit à l'appui de sa candidature une déclaration sur l'honneur datée du 19 octobre 2020 où elle atteste avoir satisfait à ses obligations fiscales au 31 décembre 2018, ce document, eu égard à la date de la consultation, ne répond pas aux exigences des articles L. 2141-2 et R. 2143-3 du code de la commande publique. En outre, la société n'a pas remis la liste de ses salariés étrangers soumis à autorisation de travail avant la signature du contrat. Dans ces conditions, eu égard à la portée du manquement reproché à l'OPH des communes de l'Oise qui, en omettant de demander cette liste et une attestation justifiant du respect de ses obligations fiscales à la société attributaire, n'a pas vérifié que cette société ne faisait l'objet d'aucune exclusion à ce titre, le vice entachant la procédure de passation ne permet pas la poursuite du contrat et ce, quand bien même la société a justifié de la régularité de sa situation fiscale et produit la liste requise postérieurement à la signature du contrat. Par suite, l'OPH des communes de l'Oise n'est pas fondé à soutenir que le tribunal administratif ne pouvait prononcer la résiliation du contrat litigieux ».

CE, 11 avril 2014, n° 375245, Ministre de la défense

« Aux termes de l'article 45 du code des marchés publics : « I. - Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager [...]. / La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie ». ; qu'aux termes de l'article 52 du même code : « [...] II. - Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues conformément au I des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du marché relatifs à leur capacités professionnelles, techniques et financières. [...] » ; qu'il résulte de ces dispositions que lorsqu'il décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats, pour sélectionner ceux qui seront admis à présenter une offre, que **les renseignements et documents prévus par l'arrêté du 28 août 2006**, pris pour l'application des dispositions de l'article 45 ».

Article R2142-2

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

Niveaux minimaux de capacité

TA Nice, 27 sept. 2007, n° 0704734, Sté GTS

« Considérant qu'il ressort de ces dispositions que, s'il appartient au pouvoir adjudicateur de fixer un niveau minimal des capacités exigées, celui-ci est libre quant à la fixation du seuil de la capacité exigée ; qu'en l'espèce, le SIVOM de Villefranche-sur-Mer a fait le choix de n'en fixer aucun ; qu'ainsi, la société GTS n'est pas fondée à soutenir qu'en ne mentionnant pas des niveaux de capacités dans les avis d'appel public à la concurrence le SIVOM de Villefranche-sur-Mer a méconnu les dispositions précitées du code des marchés publics et a méconnu, à ce titre, ses obligations de publicité et de mise en concurrence ».

Niveaux minimaux liés et proportionnés

CE, 7 mai 2013, n° 365706, Sté Segex et Sté Aximum

« Le juge du **référé précontractuel** ne peut annuler une procédure de passation d'un marché pour manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de fixer des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché résultant de l'article 45 du code des marchés publics (CMP) que si l'exigence de capacité technique imposée aux candidats est **manifestement dépourvue de lien avec l'objet du marché ou manifestement disproportionnée** ».

Article R2142-3

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

Dans le cadre de procédures incluant une ou plusieurs phases de négociation ou de dialogue, l'acheteur peut autoriser le candidat qui en fait la demande à se constituer en groupement entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché, avec un ou plusieurs des candidats invités à négocier ou à participer au dialogue ou un ou plusieurs des opérateurs économiques aux capacités desquels il a eu recours, lorsque les conditions suivantes sont remplies :

1° Le groupement dispose des garanties économiques, financières, techniques et professionnelles exigées par l'acheteur pour participer à la procédure ;

2° La constitution d'un groupement ne porte pas atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats ni à une concurrence effective entre ceux-ci.

Peut avoir recours aux capacités d'autres opérateurs économiques

CAA Bordeaux, 8 août 2024 n° 22BX02236, SARL Compagnie Robertine de transport

« D'une part, il résulte de ces dispositions, telles qu'éclairées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, et notamment l'arrêt du 3 juin 2021 " Rad Service Srl Unipersonale " (C-2010/20), qu'un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, avoir recours aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces entités, **en ce qui concerne les critères relatifs à la capacité économique et financière et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles, mais qu'il doit alors transmettre au pouvoir adjudicateur, lors de la présentation de sa demande de participation ou de son offre, un document unique de marché européen (DUME) par lequel cet opérateur affirme que tant lui-même que les entités aux capacités desquelles il entend recourir ne se trouvent pas dans l'une des situations qui doit ou peut entraîner l'exclusion d'un opérateur économique**. Il appartient alors au pouvoir adjudicateur de vérifier, d'une part, que les entités aux capacités desquelles l'opérateur économique entend recourir remplissent les critères de sélection applicables et, d'autre part, s'il existe des motifs d'exclusion concernant tant cet opérateur économique lui-même que ces entités ».

CAA de Bordeaux, 02 novembre 2021, n°19BX01470, Département Mayotte

« Le département n'a pas commis d'irrégularité en retenant la candidature de la société SNIE alors même que celle-ci n'avait pas encore, à ce stade, justifié de l'engagement définitif d'opérateurs économiques partenaires comme cela était mentionné dans son dossier. Le moyen tiré de ce que l'insuffisance des capacités techniques de la société auraient dû conduire au rejet de sa candidature doit être écarté ».

CAA Paris, 25 sept. 2018, n° 17PA00496 et 17PA00566, Ville de Paris

« Il ne ressort pas des pièces du dossier que la société Ares Services qui apportait des moyens humains à l'exécution du marché qui nécessitait des prestations de manutention, serait nécessairement conduite à exercer des prestations de transport entrant dans le champ d'application de l'article L. 3211-1 du code des transports, nécessitant l'inscription au registre des transporteurs routiers ; que la société

CVSD Demepool et la ville de Paris sont donc fondées à soutenir que c'est à tort que le Tribunal administratif de Paris s'est fondé sur les motifs rappelés ci-dessus pour annuler le marché en litige ».

CE, 11 avril 2012, n°354652, Syndicat Ody du Lloyd's de Londres

« **En présentant la candidature de l'assureur dont il est le mandataire, et qui serait seul titulaire du contrat si le marché lui était attribué**, alors même qu'il confierait également à son mandataire l'exécution, pour son compte, et sous réserve du respect des stipulations du contrat, de tâches prévues par celui-ci, **le BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE HOSPITALIERE n'a pas**, comme le soutient la Société hospitalière d'assurances mutuelles, **présenté la candidature de plusieurs opérateurs économiques** qui auraient dû constituer l'un des groupements prévus à l'article 51 du code des marchés publics ; ».

CE, 3 déc. 2012, n°361887, GIE Groupement des poursuites d'intérêt extérieures

« Ainsi qu'il a été dit au point 5, que si les groupements d'intérêt économique, dont les membres sont titulaires d'offices d'huissier de justice, ne peuvent eux-mêmes procéder au recouvrement amiable de créances ou de condamnations pécuniaires, **ils peuvent se porter candidat à l'obtention d'une commande publique**, dans les conditions indiquées ci-dessus, **pour le compte de leurs membres, dès lors que seuls ceux-ci exécutent les prestations objet du contrat** ; qu'en l'état de l'instruction, les pièces soumises au juge des référés ne permettent pas d'établir que le GIE " Groupement des poursuites extérieures " se serait porté candidat en son nom propre en vue de réaliser lui-même les prestations objet du marché ; qu'il suit de là qu'en rejetant la candidature du GIE " Groupement des poursuites extérieures " au seul motif que ce groupement ne pouvait lui-même être assimilé à un huissier de justice pour le recouvrement amiable des créances et amendes, le directeur départemental des finances publiques du Lot a manqué à ses obligations de publicité et de mise concurrence ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen de la demande, le GIE " Groupement des poursuites extérieures " est fondé à demander l'annulation de la décision du 29 juin 2012 rejetant sa candidature ».

CE, 28 avr. 2006, n°283942 Synd. mixte de gestion et de travaux pour l'élimination des déchets ménagers et assimilés de la zone ouest du département de l'Hérault

« Après avoir relevé, dans son ordonnance, qu'il n'était pas contesté que la candidature du groupement constitué de la société méditerranéenne de nettoyage et de l'entreprise Gentes ne mentionnait pas que la première était mandataire de la seconde, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Montpellier a jugé que la personne responsable du marché, après avoir admis la candidature du groupement, pouvait aisément vérifier la situation juridique de la société méditerranéenne de nettoyage et que l'omission de cette dernière à indiquer qu'elle était mandataire n'était pas suffisamment substantielle pour permettre au syndicat d'écarter l'offre du groupement pour ce seul motif ; qu'en jugeant ainsi que **l'absence d'indication du mandat dont disposait la société méditerranéenne de nettoyage ne revêtait pas un caractère substantiel**, le juge du référé précontractuel a commis une erreur de droit dans l'application des dispositions de l'article 51 du code des marchés publics ».

Solidairement responsables

CAA Bordeaux, 11 mars 2014, n° 12BX00355, Betem Ingénierie

« Il résulte de l'ensemble de ces stipulations que **si, en principe, lorsque le marché est confié à un groupement conjoint d'entrepreneurs, le mandataire de ce groupement ne représente les entrepreneurs conjoints vis-à-vis du maître de l'ouvrage, de la personne responsable du marché et du mandataire du maître d'ouvrage que jusqu'à l'expiration du délai de garantie des travaux**, il demeure, même après l'expiration de ce délai, seul habilité à présenter les projets de décomptes, à accepter le décompte général et à présenter, le cas échéant, le mémoire de réclamation prévu par le troisième alinéa du 44 de l'article 13 du cahier des clauses administratives générales ; ».

CAA Bordeaux 29 nov. 2012 n°11BX0094 Sté Hervé Thermique et Sté Crystal

« Il résulte de l'article 2.31 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés

publics de travaux, auquel font référence les marchés litigieux, que des entrepreneurs groupés sont solidaires lorsque chacun d'entre eux est engagé pour la totalité du marché et doit pallier une éventuelle défaillance de ses partenaires, l'un d'entre eux étant désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire et représentant l'ensemble des entrepreneurs vis-à-vis du maître de l'ouvrage pour l'exécution du marché ; que les entreprises qui se sont engagées solidairement par un même marché à participer à l'exécution d'un même ouvrage sans qu'aucune répartition des tâches soit faite entre elles par le marché doivent être regardées comme s'étant donné mandat mutuel de se représenter ; qu'**en l'absence de stipulation particulière dans le contrat d'engagement, la désignation d'un mandataire pour représenter les membres du groupement auprès du maître de l'ouvrage n'a pas pour effet de confier à ce mandataire la représentation exclusive, devant le juge du contrat, des autres entreprises solidaires qui gardent donc la possibilité de s'adresser à ce dernier pour obtenir le paiement du solde global du marché** ».

CE, 19 mars 2012, n°346263, Communauté urbaine de Lyon

« Il résulte de l'instruction que, par courrier en date du 22 décembre 2000, Me SAPIN a informé la société G3A, mandataire de la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON, que la société n'entendait pas poursuivre l'exécution du marché ; que **cette renonciation**, qui faisait obstacle à ce que cette société demeurât le mandataire du groupement solidaire qu'elle avait constitué avec la société Garrigues, **a nécessairement eu pour effet**, en l'absence d'autre cotraitant, **de transférer le mandat à cette dernière**, laquelle a poursuivi et achevé seule les travaux objet du marché conclu avec la COMMUNAUTE URBAINE DE LYON ; qu'il **appartenait en conséquence à la seule société Garrigues d'établir, pour le compte du groupement, le projet de décompte final du marché** ; que, par suite, en l'absence de résiliation du marché et eu égard à l'acceptation sans réserves du décompte général du marché par la société Garrigues le 23 octobre 2002, Me SAPIN n'est pas fondé à soutenir que le décompte accepté par la société Garrigues n'est pas opposable à la société Eral et à demander au profit de cette dernière l'établissement du solde du décompte général de résiliation de ce marché sur le fondement des dispositions des articles 11.3, 11.4 et 41.1 du cahier des clauses administratives générales applicable au marché litigieux ».

CE, 25 juin 2004, n°250573, Synd. intercommunal de la Vallée de l'Ondaine

« En l'absence de stipulation particulière dans le contrat d'engagement, la désignation d'un mandataire pour représenter les membres du groupement auprès du maître de l'ouvrage n'a pas pour effet de confier à ce mandataire la représentation exclusive des **autres entreprises solidaires** devant le juge du contrat, **qui gardent donc la possibilité de s'adresser à ce dernier pour obtenir le paiement du solde global du marché** ».

CJCE 2 déc. 1999 C-176/98 Holst Italia Spa

« 29. Ainsi, lorsque, **pour démontrer ses capacités financières, économiques et techniques en vue d'être admise à participer à une procédure d'appel d'offres, une société fait état des capacités d'organismes ou d'entreprises auxquels elle est liée par des liens directs ou indirects**, de quelque nature juridique qu'ils soient, **il lui appartient d'établir qu'elle a effectivement la disposition des moyens de ces organismes ou entreprises qui ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution du marché** (voir, en ce sens, s'agissant des directives 71/304 et 71/305, arrêt Ballast Nedam Groep I, précité, point 17).

30. Il appartient au juge national d'apprécier la pertinence des éléments de preuve produits à cet effet. Dans le cadre de ce contrôle, la directive 92/50 ne permet ni d'exclure a priori certains modes de preuve ni de présumer que le prestataire dispose des moyens de tiers en se fondant sur la seule circonstance qu'il appartient à un même groupement d'entreprises ».

CE, 7 nov. 1986, n°55131, Ville de Toulouse

« Si la clause de l'article 2-5 du règlement particulier de l'appel d'offres qui impose au groupement de désigner un mandataire solidaire de chacun dans les obligations contractuelles de celui-ci à l'égard du maître de l'ouvrage, crée pour ce mandataire l'obligation de se substituer aux autres co-obligés pour l'exécution du contrat, en cas de défaillance de l'un d'eux et fait, dès lors, obstacle à ce qu'un architecte puisse être désigné en cette qualité de mandataire du groupement, il résulte des affirmations non

contestées du commissaire de la République du département de la Haute-Garonne devant le tribunal administratif de Toulouse que **le mandataire commun du groupement de concepteurs-entrepreneurs à qui le conseil municipal a attribué le marché, à savoir le cabinet d'études Arragon-Merlin, n'est pas un architecte et qu'ainsi l'exécution du contrat n'expose pas un architecte à méconnaître les obligations professionnelles qui s'imposent à lui** ; que si l'exécution de cette même clause empêchait les architectes faisant partie d'un groupement de concepteurs-réalisateurs candidats au concours, d'être désignés par ce groupement pour exercer la fonction de mandataire commun, tous les groupements, candidats au concours, se trouvaient dans la même situation et qu'ainsi la clause dont il s'agit n'a pas porté une atteinte illégale à l'égalité des candidats au concours et que si les cabinets d'études participant à un groupement de candidats ne sont pas soumis à la même restriction, la différence de situation qui en résulte par rapport aux architectes a pour origine non la clause incriminée mais l'existence de règles professionnelles différentes qui régissent l'exercice de leurs professions respectives ».

CE, 6 juill. 2005, n°259801, Sté Bourbonnaise de travaux publics et de construction et société de grands travaux de l'Océan Indien

« Si, en principe, lorsque le marché est confié à un groupement conjoint d'entrepreneurs, le mandataire de ce groupement ne représente les entrepreneurs conjoints vis-à-vis du maître de l'ouvrage, de la personne responsable du marché et du maître d'œuvre que jusqu'à l'expiration du délai de garantie des travaux, **il demeure, même après l'expiration de ce délai, seul habilité à signer le décompte général et à présenter, le cas échéant, le mémoire de réclamation prévu par le troisième alinéa du 44 de l'article 13 du cahier des clauses administratives générales** ; qu'en revanche, **il n'est habilité à poursuivre, pour le compte des entrepreneurs conjoints, la procédure de règlement du différend né de la présentation de ce mémoire**, dans les conditions fixées aux paragraphes 22 et suivants de l'article 50, que jusqu'à l'expiration du délai de garantie ; qu'ainsi, en estimant que, en raison de l'expiration d'un tel délai en ce qui concerne les travaux faisant l'objet du lot n° 2 du marché litigieux, la société D.T.P. Terrassement n'avait plus qualité, le 13 septembre 1996, pour retourner au maître d'œuvre, au nom des entreprises titulaires de ce lot, le décompte général signé avec réserves ainsi que le mémoire de réclamation exposant les motifs de ces réserves, la cour administrative d'appel de Bordeaux a commis une erreur de droit ; que les sociétés requérantes sont fondées à demander, pour ce motif, l'annulation de l'arrêt attaqué ; ».

Justifie cette exigence dans les documents de la consultation

CAA Nantes, 27 juin 2008, n° 07NT01245, Communauté de Communes de la Plaine d'Argentan Nord

« En précisant dans l'article 2-1 du règlement de la consultation du marché en cause que les candidats pourront se présenter seuls ou en groupement solidaire et en reprenant cette exigence dans l'avis d'appel public à la concurrence, la communauté de communes de la Plaine d'Argentan Nord a nécessairement entendu exclure, au stade de l'attribution dudit marché, la possibilité pour les entreprises candidates de constituer des groupements conjoints ; qu'elle a ainsi méconnu les dispositions précitées de l'article 51 du code des marchés publics »

CE, 29 octobre 2007, n° 301065, Communauté d'agglomération du Pays voironnais

« Le règlement de la consultation dispose dans son article 1-4 que : « En cas de groupement, la forme souhaitée par la personne responsable du marché est un groupement solidaire ou conjoint sans mandataire solidaire. Si le groupement attributaire du marché est d'une forme différente, il pourra se voir contraint d'assurer sa transformation pour se conformer au souhait de la personne responsable du marché tel qu'il est indiqué ci-dessus » ; que le juge des référés n'a pas entaché son ordonnance d'une dénaturation de ces stipulations en considérant qu'elles ne permettaient pas aux candidats de connaître à l'avance clairement le choix que ferait la collectivité entre les deux formes de groupement souhaitées par elle ».

Article R2142-4

Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché.

Représenter plus d'un candidat

Cons. conc. DC n°07-D-11 28 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de marchés publics de travaux routiers passés par le conseil général de la Marne, la ville de Reims et le district de Reims

« Le Conseil en a tiré trois conséquences :

- Il est possible, pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers mais disposant d'une autonomie commerciale, de présenter des offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt des offres ;
- Il est possible, pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers mais disposant d'une autonomie commerciale, de renoncer, généralement ou ponctuellement, à cette autonomie commerciale à l'occasion d'une mise en concurrence et de se concerter, pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre ou pour établir cette offre, à la condition de ne déposer qu'une seule offre ;
- **En revanche, si de telles entreprises déposent plusieurs offres, la pluralité de ces offres manifeste l'autonomie commerciale des entreprises qui les présentent et l'indépendance de ces offres. Si ces offres multiples ont été établies en concertation, ou après que les entreprises ont communiqué entre elles, elles ne sont plus indépendantes.** Dès lors, les présenter comme telles trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence et cette pratique a, en conséquence, un objet ou, potentiellement, un effet anticoncurrentiel. Il est, par ailleurs, sans incidence sur la qualification de cette pratique, que le responsable du marché ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées, dès lors que l'existence de tels liens n'implique pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations ».

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

Article R2142-5

Lorsqu'un opérateur économique doit être inscrit sur un **registre professionnel**, l'acheteur peut exiger qu'il le justifie.

Registre professionnel

CJUE, 8 juillet 2021, C-295/20, « Sanresa » UAB c/ Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos

« **L'obligation d'obtenir le consentement des autorités compétentes concernées pour pouvoir transférer des déchets d'un État membre vers un autre État ne saurait être assimilée ni à celle d'être inscrit sur un registre professionnel ou sur le registre du commerce d'un État membre ni à celle d'être titulaire d'une autorisation spécifique ou membre d'une organisation spécifique.** Il apparaît ainsi que l'obligation d'obtenir un tel consentement ne relève pas de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, au sens de l'article 58, paragraphe 1, premier alinéa, sous a), de ladite directive...

L'appréciation des capacités techniques et professionnelles d'un candidat ou d'un soumissionnaire repose ainsi, notamment, sur une évaluation rétrospective de l'expérience acquise par les opérateurs lors de l'exécution de marchés antérieurs, comme en témoignent les deux références à l'expérience à l'article 58, paragraphe 4, de cette directive.

Ainsi, l'obligation d'obtenir le consentement des autorités compétentes concernées pour pouvoir transférer des déchets d'un État membre vers un autre État ne relève pas davantage de la notion de capacités techniques et professionnelles d'un candidat ou d'un soumissionnaire, au sens de l'article 58, paragraphe 1, premier alinéa, sous c), de ladite directive.

Cette appréciation ne saurait être remise en cause par le fait que l'annexe XII, partie II, sous g), de la directive 2014/24 permet aux opérateurs économiques d'attester leurs capacités techniques en indiquant des mesures de gestion environnementale qu'ils pourront appliquer lors de l'exécution du

marché en cause. Les mesures de gestion environnementale ainsi visées par cette disposition correspondent en effet à des mesures qu'un opérateur économique entend appliquer spontanément. En deuxième lieu, l'article 70 de cette directive, intitulé « Conditions d'exécution du marché », dispose que les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché au sens de l'article 67, paragraphe 3, de ladite directive. Ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi.

À cet égard, il apparaît que **l'obligation d'obtention du consentement des autorités compétentes des États d'expédition, de transit et de destination préalablement au transfert de déchets, prévue aux articles 3 à 6 du règlement n° 1013/2006, relève de l'exécution du marché.** Elle tend en effet à fixer les conditions particulières destinées à tenir compte de considérations environnementales et devant présider à l'exportation de déchets vers un autre État. À ce titre, cette exigence ne peut utilement être opposée qu'aux seuls opérateurs économiques qui envisagent d'exporter des déchets vers un autre État ».

CJUE, 20 mai 2021, C-6/20, Sotsiaalministeerium c/ Riigi Tugiteenuste Keskus

« En outre, il y a lieu de relever que l'obligation pour les soumissionnaires de disposer d'un **enregistrement ou d'un agrément requis par la réglementation applicable à l'activité faisant l'objet du marché public en cause doit être appréhendée comme un critère de sélection qualitative et non pas comme une condition d'exécution du marché**, au sens de l'article 26 de la directive 2004/18.

En effet, d'une part, cette exigence correspond à la faculté ouverte au pouvoir adjudicateur à l'article 46 de cette directive d'inviter un opérateur économique à démontrer son habilitation à exercer l'activité professionnelle concernée par une procédure de passation de marché public. Ladite exigence énonce ainsi un critère de sélection qualitative des soumissionnaires destiné à permettre aux adjudicateurs d'apprécier l'aptitude desdits soumissionnaires à exécuter le marché public concerné.

D'autre part, l'obligation pour un opérateur économique de s'enregistrer dans l'État membre d'exécution du marché public en cause ou d'y disposer d'un agrément présuppose, certes, que l'adjudicataire sera tenu de disposer d'un établissement dans cet État. En revanche, elle ne renseigne aucunement quant aux modalités d'exécution de ce marché. Partant, l'exigence de disposer d'un enregistrement ou d'un agrément ne saurait être considérée comme étant l'expression d'une condition particulière concernant l'exécution dudit marché ».

CJCE 22 mai 2003, Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korkhonen Oy c/ Varkauden Taitotalo Oy, C-18/01

« 24. Dans ces conditions, il ne saurait être exclu que Taitotalo, quoique dépourvue de la personnalité juridique au moment de la publication du second appel d'offres, ait joué un rôle déterminant dans la procédure de passation du marché en cause au principal.

25. Au demeurant, il convient d'observer que, en réponse à une question posée par la Cour lors de l'audience, **le gouvernement finlandais a précisé que, en vertu de son droit national, les fondateurs d'une société peuvent agir pour le compte de celle-ci avant son immatriculation au registre du commerce, étant entendu que ladite société assumera, à la date de son immatriculation effective audit registre, l'ensemble des engagements antérieurs pris en son nom.**

26. **Or, tel semble avoir été le cas dans l'affaire au principal**, puisque la juridiction de renvoi a relevé que Taitotalo a été inscrite au registre du commerce le 6 avril 2000 et que c'est à cette même date que Korhonen e.a. ont été informées par cette société que leurs offres n'avaient pas été retenues.

27. **Dans ces conditions, il ne saurait être exclu que Taitotalo ait assumé, à la date du 6 avril 2000, l'ensemble des engagements antérieurs pris en son nom par la ville de Varkaus et qu'elle puisse, à ce titre, être considérée comme responsable de la procédure de passation du marché en cause au principal.** 28. Au regard des considérations qui précèdent, il y a donc lieu de déclarer recevables les questions posées par le Kilpailuneuvosto ».

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

Article R2142-6

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

Chiffre d'affaires annuel minimal**CJUE, 7 septembre 2021, C-927/19, « Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras » UAB**

« L'article 58 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doit être interprété en ce sens que l'obligation, pour les opérateurs économiques, de démontrer qu'ils réalisent un certain chiffre d'affaires annuel moyen dans le domaine d'activités concerné par le marché public en cause constitue un critère de sélection relatif à la capacité économique et financière de ces opérateurs, au sens du paragraphe 3 de cette disposition.

...L'article 58, paragraphe 4, ainsi que les articles 42 et 70 de la directive 2014/24 doivent être interprétés en ce sens qu'ils sont susceptibles de s'appliquer concomitamment à une prescription technique contenue dans un appel d'offres ».

CAA Paris, 22 avr. 2013, n°11PA00627, Sté Ourry

« La société Ourry soutient qu'en exigeant la justification d'un chiffre d'affaires annuel concernant les services objet du marché réalisé au cours des trois derniers exercices disponibles d'au moins 6 000 000 euros (HT), la Ville de Paris doit être regardée comme ayant implicitement mais nécessairement exigé des références de la part des candidats, en méconnaissance de l'article 52-1 précité du code des marchés publics ; que **toutefois**, et alors qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 45 du code des marchés publics et de l'article 1er de l'arrêté du 28 août 2006 susvisé que **l'autorité adjudicatrice peut fixer des seuils minimaux liés aux capacités professionnelles, techniques et financières des candidats, dès lors que ces derniers ne sont pas disproportionnés par rapport à l'objet du marché**, de tels seuils, qui se rapportent à un **simple montant**, sans autre précision, ne sauraient être assimilés à des références, au sens de l'article 52 précité du code des marchés publics, et ce même lorsqu'ils sont relatifs au chiffre d'affaires concernant les fournitures, services ou travaux objet du marché ; qu'ainsi et en tout état de cause, c'est à bon droit, et sans avoir entaché sur ce point leur jugement d'une insuffisante motivation, que les premiers juges ont estimé qu'il ne résultait pas de l'instruction que la Ville de Paris avait retenu comme critère de sélection des candidatures la production de références portant sur des prestations similaires à celles du marché ».

Article R2142-7

Le chiffre d'affaires minimal exigé ne peut être supérieur à deux fois le montant estimé du marché ou du lot, sauf justifications liées à son objet ou à ses conditions d'exécution. Les raisons pour lesquelles un chiffre d'affaires annuel minimal supérieur à ce plafond est exigé figurent dans les documents de la consultation ou, à défaut :

- 1° Sont indiquées dans le rapport de présentation mentionné aux articles R. 2184-1 à R. 2184-6 pour les pouvoirs adjudicateurs ;
- 2° Sont conservées dans les conditions des articles R. 2184-7 à R. 2184-11 pour les entités adjudicatrices.

Ordonnance n° 2020-738 du 17 juin 2020 portant diverses mesures en matière de commande publique**« Article 3**

Lorsque la capacité économique et financière des opérateurs économiques nécessaire à l'exécution du marché ou du contrat de concession est appréciée au regard du chiffre d'affaires, l'acheteur ou l'autorité concédante ne tient pas 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. Article 4

I. - La présente ordonnance s'applique aux marchés publics et aux concessions pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de

son entrée en vigueur.

II. - Les dispositions des articles 1er et 2 s'appliquent jusqu'au 10 juillet 2021.

III. - Les dispositions de l'article 3 s'appliquent jusqu'au 31 décembre 2023 ».

Article R2142-8

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

Article R2142-9

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

Article R2142-10

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

Article R2142-11

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

Article R2142-12

L'acheteur peut exiger un niveau approprié d'assurance des risques professionnels.

Sous-section 4 - Conditions relatives aux capacités techniques et professionnelles**Article R2142-13**

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

Imposer des conditions**CAA Versailles, 6 déc. 2005, n° 03VE04081, Assoc. PACTE c/ ANPE Île-de-France**

« Il ressort des pièces du dossier que si la commission régionale d'habilitation, dans sa séance du 22 octobre 2002, a décidé « d'habiliter les organismes ayant obtenu 150 points et plus pour une prestation donnée », en faisant référence à un « système de notation mis en œuvre à l'occasion des habilitations 2003-2005 », l'ANPE n'a pas, dès l'engagement de la procédure, porté à la connaissance des candidats, notamment dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les cahiers des charges

tenus à leur disposition, **les critères d'attribution des habilitations, selon des modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant des marchés qu'elle se proposait de conclure** ; que, dès lors, l'association PACTE est fondée à soutenir que l'ANPE a méconnu le principe de transparence énoncé par l'article 1er du code des marchés publics ; qu'il suit de là que les décisions du 22 novembre 2002 du directeur régional de l'ANPE rejetant les demandes d'habilitation de l'association PACTE pour la réalisation des prestations intitulées « accompagnement dans l'emploi », « diplôme à l'emploi », « bilan de compétence approfondi », « objectif emploi individuel », « objectif emploi de groupe » et « objectif projet individuel » doivent être annulées ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, que l'association PACTE est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise a rejeté ses demandes ; ».

Article R2142-14

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

Un niveau d'expérience suffisant

CAA Marseille, 19 janvier 2022, n° 19MA02554, Société Constructions carnavalesques

« Il résulte de l'instruction, notamment des éléments versés par l'Office de tourisme métropolitain Nice Côte d'Azur, que la société Carnaval story a produit à l'appui de son dossier de candidature une fiche faisant état de ses moyens en personnel et une fiche décrivant ses moyens matériels affectés à la fabrication. Ces documents indiquaient que la société Carnaval story disposait d'un effectif de neuf personnes. Le descriptif des moyens en matériel affectés à la fabrication comporte notamment des éléments de gros outillage, de petit outillage, de peinture, de lumière, effets spéciaux, et divers matériels informatiques, et d'un hangar de 200 m². **La société a précisé dans les documents versés au dossier de candidature qu'elle avait été fondée le 20 juin 2016 et qu'elle ne disposait pas dans ces conditions de référence sur les trois dernières années. Elle a néanmoins indiqué que son " responsable carnavalier " avait travaillé durant 25 ans au sein d'une autre société et avait une expérience professionnelle dans la construction de chars.** Par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que la candidature de la société Carnaval story aurait été irrecevable faute de comporter les déclarations prévues aux points 5, 6 et 7 du A de l'article 4.1 du règlement de consultation. Au vu de ces mêmes pièces, elle n'est pas davantage fondée à soutenir que la société Carnaval story ne disposait pas de moyens propres et suffisants pour exécuter les prestations du marché, et que l'Office de tourisme métropolitain Nice Côte d'Azur aurait méconnu le règlement de consultation en déclarant recevable sa candidature ».

Références adéquates provenant de marchés publics exécutés antérieurement

Fiche technique de la DAJ : 3.1 Le contrôle limité des obligations d'égalité, de neutralité et de laïcité lors de l'examen des candidatures

« L'acheteur peut toutefois, conformément à l'article R. 2142-14, demander aux candidats de produire des références relatives à l'exécution de marché de même nature, sous réserve de ne pas éliminer les candidats ne pouvant fournir de telles références. Cela permet à l'acheteur de vérifier que les candidats disposent d'une expérience suffisante et des capacités techniques et professionnelles nécessaires pour l'exécution du service public. Ces références peuvent notamment porter sur la bonne exécution de précédents contrats dans lesquels ils étaient soumis aux obligations inhérentes au service public ».

CJUE 26 mars 2015, C-601/13, Ambisig c/ Nersant

« Pour la passation d'un marché de fourniture de services à caractère intellectuel, de formation et de conseil, l'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ne s'oppose pas à l'établissement par le pouvoir adjudicateur

d'un critère qui permet d'évaluer la qualité des équipes concrètement proposées par les soumissionnaires pour l'exécution de ce marché, critère tenant compte de la constitution de l'équipe ainsi que de l'expérience et du cursus de ses membres ».

TA Marseille, ord., 23 décembre 2008, n° 0808294, n° 0808522, n° 0808531, Association Provence action service, Cabinet liaisons humaines, Sté recherche et formation

« S'agissant des critères et sous-critères d'appréciation des offres, le pouvoir adjudicateur a valablement retenu, au titre de l'appréciation de la valeur technique des offres, un sous-critère portant sur l'expérience, la formation et le nombre des intervenants affectés à l'exécution du marché, lequel n'a pas pour objet ni pour effet d'examiner à nouveau la capacité technique du candidat mais d'évaluer son offre, laquelle inclut nécessairement les moyens que le candidat envisage de mettre à la disposition du pouvoir adjudicateur dans le cadre du marché en cause ».

Commission centrale des marchés Rev. achat public 1997, n° 5, p. 5

« Si l'entreprise dispose en son sein de personnel expérimenté, il est possible de joindre au dossier de candidatures le curriculum vitae des personnes affectées au projet de réalisation, et de faire état des réalisations éventuelles en sous-traitance dans des marchés publics de travaux, et bien entendu des réalisations ou références en travaux privés dans le même domaine ».

L'absence de références

CAA Paris, 17 décembre 2021, n°19PA03808, Société Seven

« Il ressort du jugement attaqué que, pour décider de résilier le marché en litige, le tribunal administratif s'est fondé sur une dénaturation du critère n° 2 (" organisation et méthodologie retenues par le candidat pour l'exécution de la prestation dans les délais impartis"), sur l'imprécision du critère n° 3 (" délai de réalisation des prestations "), sur l'illégalité du critère n° 5 (" références et expériences du candidat dans le domaine de la création et impression de documents ") et sur une erreur manifeste dans l'appréciation de certains critères, ainsi que sur la gravité de ces vices et sur l'absence de possibilité de régularisation. Il a de plus estimé à bon droit que ces mêmes vices n'ont pas trait au contenu du contrat, n'affectent pas le consentement des parties et, en l'absence de circonstances particulières révélant notamment une volonté de la personne publique de favoriser un candidat, ne justifient pas l'annulation du marché ».

CE, 10 juin 2009, n° 324153, Région Lorraine

« **L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats.** L'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières d'un groupement est globale ».

CE 28 avril 2006, n° 286443, Sté Abraham Bâtiment Travaux Publics

« Considérant que **si le juge du référé précontractuel a tenu compte du chiffre d'affaires de la SABTP et de son absence de référence professionnelle propre pour apprécier le caractère suffisant des garanties qu'elle présentait, il n'a jugé, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, ni que la création récente de la SABTP lui interdisait de justifier des garanties prévues par les dispositions précitées de l'article 52 du code des marchés publics, ni que la SABTP n'avait pas fourni les pièces exigées par l'article 45 du code des marchés publics pour justifier de sa capacité professionnelle et financière ; ».**

CE 3 mars 2004, n° 258602, Commune de Châteaudun

« Il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration ; que, dans le cadre de ce contrôle de pleine juridiction, le juge vérifie en particulier les motifs de l'exclusion d'un candidat de la procédure d'attribution d'un marché ; que le juge des référés précontractuels du tribunal administratif d'Orléans n'a, dès lors, pas commis d'erreur de droit en contrôlant le bien-fondé du motif tiré, par la commission d'appel d'offres de la COMMUNE DE CHATEAUDUN, de ce que les moyens de la société Etablissements Tachau étaient insuffisants par rapport à la nature et au montant des travaux à réaliser ; que **c'est sans dénaturer les pièces du**

dossier qui lui était soumis et sans commettre d'erreur de droit que ce magistrat, qui n'était pas tenu de répondre à l'ensemble des arguments invoqués en défense par la COMMUNE DE CHÂTEAUDUN, a pu estimer, au contraire, que la société Etablissements Tachau, eu égard aux justificatifs qu'elle avait produits à l'appui de sa candidature, faisait état de moyens et de références correspondant précisément à des chantiers similaires et que, par suite, la commission d'appel d'offres avait, en écartant cette candidature, méconnu les obligations de publicité et de mise en concurrence qui lui incombent ».

Section 2 - Réduction du nombre de candidats

Article R2142-15

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

Article R2142-16

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

Critères objectifs et non-discriminatoires

CE, 12 octobre 2022, n°464074, société Infokey

« Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il lui appartient, pour l'application de ces dispositions, d'assurer l'information appropriée des candidats sur les critères de sélection de ces candidatures dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats. Cette information appropriée suppose que le pouvoir adjudicateur indique aussi les documents ou renseignements au vu desquels il entend opérer la sélection des candidatures. Par ailleurs, si le pouvoir adjudicateur entend fixer des niveaux minimaux de capacité, ces derniers doivent aussi être portés à la connaissance des candidats. Cette information appropriée des candidats n'implique en revanche pas que le pouvoir adjudicateur indique les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures, sauf dans l'hypothèse où ces conditions, si elles avaient été initialement connues, auraient été de nature à susciter d'autres candidatures ou à retenir d'autres candidats ».

CE, 6 mars 2009, n°315138, Commune de Savigny-sur-Orge

« La COMMUNE DE SAVIGNY-SUR-ORGE a indiqué, à la rubrique III.2.3) de l'avis d'appel public à la concurrence relative aux niveaux spécifiques minimaux exigés, que le marché litigieux exige, s'agissant des moyens en matériel, une balayeuse aspiratrice de 5m3 à temps complet, d'une mini-balayeuse aspiratrice, d'une laveuse 5 000 litres hp, d'un véhicule léger utilitaire au prorata temporis et de deux souffleurs à dos, et, s'agissant des moyens humains, de six agents (techniques, administratifs, encadrement) ; qu'il appartient au juge administratif, saisi en application des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, **de s'assurer que ces exigences, lorsqu'elles ont pour effet de limiter la concurrence en restreignant le nombre des candidats possibles, sont objectivement rendues nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser** ; que compte tenu de l'objet du marché, destiné à assurer le balayage et le lavage de l'ensemble des caniveaux et trottoirs de la ville de SAVIGNY-SUR-ORGE, de l'absence au dossier de tout élément apporté par la société Europe Services Voirie, pourtant titulaire du précédent marché, à l'appui de son allégation selon laquelle ces exigences minimales seraient injustifiées, et eu égard aux documents de la consultation qui permettaient d'évaluer l'ampleur des prestations demandées, le juge des référés du tribunal administratif de Versailles a dénaturé les pièces du dossier en jugeant que les exigences précitées n'étaient pas justifiées ».

Article R2142-17

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

Article R2142-18

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

Section 3 - Groupements d'opérateurs économiques

Article R2142-19

Les groupements d'opérateurs économiques peuvent participer aux procédures de passation de marchés.

Groupements d'opérateurs économiques

CE, 27 avril 2021, n° 447221, Ville de Paris

« L'article R. 111-31 du code de la construction et de l'habitation (CCH), en prohibant tout lien de nature à porter atteinte à leur indépendance, fait obstacle à la participation des personnes agréées au titre du contrôle technique à un groupement d'entreprises se livrant à des activités de conception, d'exécution ou d'expertise d'ouvrage, alors même que la répartition des missions entre les membres du groupement prévoirait qu'il ne réalise pas lui-même des missions relevant du champ de l'incompatibilité prévue par l'article L. 111-25 du même code ».

CE, 28 avr. 2006, n°283942 Synd. mixte de gestion et de travaux pour l'élimination des déchets et assimilés de la zone ouest du département de l'Hérault

« Aux termes de l'article 51 du code des marchés publics relatif aux groupements des candidatures et des offres :... II. - (...) l'un des prestataires membres du groupement, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis de la personne responsable du marché...III. - (...) En cas de groupement solidaire, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant total du marché et l'ensemble des prestations que les membres du groupement s'engagent solidairement à réaliser. IV. - Les candidatures et les offres sont signées soit par l'ensemble des entreprises groupées, soit par le mandataire s'il justifie des habilitations nécessaires pour représenter ces entreprises au stade de la passation du marché... V. - La composition du groupement ne peut pas être modifiée entre la remise des candidatures et la remise des offres... ; qu'il résulte de ces dispositions que le dossier présenté par les candidats groupés à un appel d'offres doit comporter, **lorsque chacun d'eux n'en est pas signataire, l'indication, soit dans le formulaire remis à cet effet soit par la production d'un mandat présenté à part, attestant que l'un d'entre eux est mandataire des autres prestataires du groupement ; que cette indication revêt un caractère substantiel** ; ».

CJCE 23 janv. 2002, Makedoniko Metro Michaniki AE c/ Elliniko Dimosio, C-57/01

« Il n'est en principe pas possible de modifier un groupement après la remise des candidatures et ce jusqu'à la signature du marché (Décret n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 45-IV). Ce principe est conforté par le droit de l'Union dans l'arrêt visé, qui autorise cette interdiction en droit national ».

Article R2142-20

Le groupement est :

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

Groupement conjoint et solidaire

CE, 19 mai 2022, n°454637, Société BDM Architectes

« Les entreprises ayant formé un groupement solidaire pour l'exécution du marché dont elles sont titulaires sont réputées, dès lors qu'aucune répartition des tâches n'a été faite entre elles par le marché, se représenter mutuellement. ...1) a) Il en résulte que leurs conclusions doivent être regardées comme présentées au nom et pour le compte des membres du groupement et b) qu'elles peuvent tendre au **paiement du solde global** du marché. ...2) a) **Toutefois, d'une part, la représentation mutuelle de membres de groupement cesse lorsque, présents dans l'instance, ils forment des conclusions divergentes.** ...b) i) D'autre part, un membre d'un groupement solidaire, qu'il en soit ou non le mandataire, est recevable à demander le paiement, pour son propre compte, des seules prestations qu'il a personnellement effectuées, y compris lorsque le marché ne précise pas la répartition des tâches entre les membres de ce groupement. ...ii) Lorsque le maître d'ouvrage acquitte les sommes correspondant à ces prestations ou est condamné par le juge du contrat à les verser, il est libéré de sa dette à concurrence du montant des sommes correspondantes à l'égard de l'ensemble des membres du groupement ».

CE, 04 avril 2018, n° 415946, Altraconsulting

« Il appartient au pouvoir adjudicateur, dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public portant sur des activités dont l'exercice est réglementé, de s'assurer que les soumissionnaires remplissent les conditions requises pour les exercer. Tel est le cas des consultations juridiques et de la rédaction d'actes sous seing privé qui ne peuvent être effectuées à titre habituel que par les professionnels mentionnés par l'article 54 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971.... ,2) Toutefois, lorsque les prestations qui font l'objet du marché n'entrent qu'en partie seulement dans le champ d'activités réglementées, l'article 45 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 autorise les opérateurs économiques à présenter leur candidature et leur offre sous la forme d'un groupement conjoint, dans le cadre duquel l'un des cotraitants possède les qualifications requises. Ainsi, pour un marché relatif à des prestations ne portant que partiellement sur des consultations juridiques ou la rédaction d'actes sous seing privé, **il est loisible à un opérateur économique ne possédant pas ces qualifications de s'adjoindre, dans le cadre d'un groupement conjoint, en tant que cotraitant, le concours d'un professionnel du droit, à la condition que la répartition des tâches entre les membres du groupement n'implique pas que celui ou ceux d'entre eux qui n'a pas cette qualité soit nécessairement conduit à effectuer des prestations relevant de l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971** ».

CE, 18 mai 2007, n°06NT02124, Département de la Manche

« Il ressort des pièces du dossier que le règlement de la consultation organisée par le DEPARTEMENT DE LA MANCHE prévoyait, en son article 2.2 Structure de la consultation, que : La présente consultation ne fait pas l'objet d'allotissement au sens de l'article 10 du code des marchés publics. Les prestations donneront lieu à un marché unique et, en son article 2.4 que : Le marché est divisé en lots d'exécution. Il pourra être attribué à une seule entreprise ou à un **groupement d'entreprises solidaire** ; que, toutefois, l'avis d'appel public à la concurrence publié notamment au Bulletin officiel des annonces des marchés publics, faisait état de deux lots et précisait que chaque marché sera conclu avec un titulaire unique ou un groupement d'entreprises solidaire ; que **la contradiction existant ainsi entre ces deux documents était de nature à induire en erreur d'éventuels candidats quant à la nature et à l'étendue des offres qu'ils pouvaient formuler** ; que, par suite, **eu égard à l'imprécision de la description de l'objet du marché et de son cadre contractuel, la procédure de passation dudit marché était entachée d'irrégularité**, laquelle, ainsi que l'ont estimé à bon droit les premiers juges, faisait obstacle à ce que le DEPARTEMENT DE LA MANCHE, qui a méconnu les obligations de publicité et de mise en concurrence lui incombant, attribue les lots susmentionnés ».

CE, 30 juin 2004, n° 261472, OPHLM Nantes-Habitat

« Il résulte de ces dispositions que si la candidature des groupements d'entreprises à forme conjointe suppose, en vertu du I de l'article 51 du code des marchés publics, que le maître d'ouvrage ait

décomposé le marché en plusieurs ensembles de prestations techniques susceptibles, chacun, d'être attribué à un membre du groupement, **cette décomposition en lots techniques, - qui est une opération différente de celle de l'allotissement prévu à l'article 10 précité du même code, lequel consiste à conclure plusieurs marchés séparés- ne fait pas obstacle à la conclusion d'un marché unique** ; qu'ainsi, en se fondant sur la circonstance que le marché litigieux avait le caractère d'un marché unique pour juger que la collectivité publique ne pouvait pas réserver ce marché aux groupements conjoints, le premier juge a entaché son ordonnance d'une erreur de droit ».

Article R2142-21

Les documents de la consultation peuvent interdire aux candidats de présenter pour le marché ou certains de ses lots plusieurs candidatures en agissant à la fois :

- 1° En qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ;
- 2° En qualité de membres de plusieurs groupements.

Plusieurs candidatures

Circulaire du 24 décembre 2007 relative à la passation des marchés publics d'assurances (NOR : ECEM0755510C, JO n°0085 du 10 avr. 2008)

« I.-CHAMP D'APPLICATION

1. Les **contrats relatifs aux services d'assurances** qui sont conclus par les pouvoirs adjudicateurs cités au point 2 ci-après entrent dans le champ d'application du code des marchés publics. Les services d'assurances figurent en effet expressément à l'article 29 qui fixe la liste des services soumis, pour leur passation, au titre III du code des marchés publics (...)

II.-RÔLE DES INTERMÉDIAIRES

(...)

8. **Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché.** Dans le cas d'une décomposition par lot, chaque lot donnant lieu à un marché séparé, cette règle s'applique pour chaque lot considéré isolément ».

Article R2142-22

L'acheteur ne peut exiger que le groupement d'opérateurs économiques ait une **forme juridique déterminée** pour la présentation d'une candidature ou d'une offre.

L'acheteur **ne peut exiger que les** groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme juridique déterminée après l'attribution du marché **que lorsque cela** est nécessaire à sa bonne exécution. Dans ce cas, l'acheteur justifie cette exigence dans les documents de la consultation.

Exiger une forme juridique déterminée

Article 19 directive Marché

« Nonobstant le paragraphe 2, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que les groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme juridique déterminée lorsque le marché leur a été attribué, dans la mesure où cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché ».

CAA Nantes, 27 juin 2008, n°07NT01245, Communauté de Communes de la Plaine d'Argentan Nord

« En précisant dans l'article 2-1 du règlement de la consultation du marché en cause que les candidats pourront se présenter seuls ou en groupement solidaire et en reprenant cette exigence dans l'avis d'appel public à la concurrence, la COMMUNAUTE DE COMMUNES DE LA PLAINE D'ARGENTAN NORD a nécessairement entendu exclure, au stade de l'attribution dudit marché, la possibilité pour les entreprises candidates de constituer des groupements conjoints ; qu'elle a ainsi méconnu les dispositions précitées de l'article 51 du code des marchés publics ; qu'il s'ensuit que la procédure au terme de laquelle la commission d'appel d'offres a retenu l'offre du Centre de développement pour l'habitat et l'aménagement du territoire de Saint-Lô et écarté celle

présentée par l'association Habitat et Développement de l'Orne était, ainsi que l'ont estimé à juste titre les premiers juges, entachée d'irrégularité ; ».

CE, 29 octobre 2007, n°301065, Communauté d'agglomération du Pays voironnais

« Il ressort des pièces du dossier que dans sa requête, la société Perrier TP avait soulevé à l'encontre de la procédure de passation de marché, engagée par la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION DU PAYS VOIRONNAIS, non seulement le moyen tiré de la **rupture d'égalité de traitement des candidats résultant de l'absence de choix par la collectivité de la forme de groupement qu'elle exigerait en définitive des entreprises retenues pour l'exécution du contrat**, mais aussi celui tiré de **l'ambiguïté que ce défaut de précision conférerait à l'ensemble de la procédure et entachant ainsi sa régularité** ; que dès lors, en fondant sa décision sur la méconnaissance par la CAPV du principe de transparence posé par l'article 1er du code des marchés publics, le juge des référés n'a pas soulevé d'office un moyen dont il n'aurait pas été saisi ;

Considérant que la requérante ne peut utilement soutenir que l'ordonnance est entachée d'une contradiction pour avoir écarté toute violation de l'article 51 du code des marchés publics, invoquée par la société requérante devant le juge des référés, mais néanmoins suspendu la procédure de passation du marché de travaux litigieux, dès lors que cette ordonnance n'est pas fondée sur ce motif ; qu'en effet, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, l'ordonnance attaquée est fondée sur la violation du principe de transparence posé par l'article 1er du code des marchés publics ; que de même, la requérante ne peut utilement soutenir que l'ordonnance reposerait sur une interprétation erronée de l'article 51 du code puisque tel n'est pas le motif de la suspension de la procédure ;

Considérant que le règlement de la consultation dispose dans son article 1-4 que : « **En cas de groupement, la forme souhaitée par la personne responsable du marché est un groupement solidaire ou conjoint sans mandataire solidaire**. Si le groupement attributaire du marché est d'une forme différente, il pourra se voir contraint d'assurer sa transformation pour se conformer au souhait de la personne responsable du marché tel qu'il est indiqué ci-dessus » ; que **le juge des référés n'a pas entaché son ordonnance d'une dénaturaison de ces stipulations en considérant qu'elles ne permettaient pas aux candidats de connaître à l'avance clairement le choix que ferait la collectivité entre les deux formes de groupement souhaitées par elle** ».

Article R2142-23

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

Article R2142-24

Dans les deux formes de groupements mentionnées à l'article R. 2142-20, l'un des opérateurs économiques membres du groupement, désigné dans la candidature et dans l'offre comme **mandataire, représente l'ensemble des membres** vis-à-vis de l'acheteur et coordonne les prestations des membres du groupement.

Si le marché le prévoit, le **mandataire** du groupement conjoint est **solidaire**, pour l'exécution du marché, de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard de l'acheteur.

Mandataire

Guide de bonnes pratiques, « Outils pour faciliter l'accès des TPE et PME aux marchés publics », Fiche n°5 Groupement momentané d'entreprise, p.24 publié par l'OEAP en 2012

« 3 – Rôle et responsabilité du mandataire

La désignation d'un mandataire est obligatoire. Choisi parmi les membres du groupement, le mandataire est chargé de faire le lien entre le groupement et l'acheteur. Il représente le groupement, est chargé, en fonction de son mandat, de remettre les offres, signer le marché, coordonner les prestations des membres du groupement, assurer la gestion administrative et financière du

groupement. Il est destinataire de toutes les décisions prises par l'acheteur dans le cadre de l'exécution du marché (bons de commande, mise en demeure, décisions de réception).

Le mandataire peut de plus, dans les groupements conjoints, être solidaire de chaque membre du groupement pour l'exécution du contrat. L'acheteur public peut imposer cette particularité au groupement, mais cela a un coût. Le mandataire peut être rémunéré. Cette rémunération peut prendre la forme d'un pourcentage prélevé sur le montant total de la prestation confiée au groupement ».

CAA de VERSAILLES, 17 décembre 2024, n°22VE01964, société AB Consultant

« A la suite du rejet de leur offre, la société AB Consultant demande réparation du préjudice subi par l'ensemble des membres du groupement dont elle était le mandataire. Toutefois, et comme l'ont relevé les premiers juges, **le groupement candidat au marché en cause n'est pas doté de la personnalité morale et aucun marché n'a été conclu entre ce groupement et le pouvoir adjudicateur. Dès lors, la qualité de mandataire du groupement candidat ne lui donne pas qualité pour représenter les autres membres du groupement pour la réparation du préjudice subi du fait de l'éviction du groupement lors de l'attribution du marché**. Dans ces conditions, la société AB Consultant n'a pas qualité pour présenter, au nom des autres membres du groupement, des conclusions indemnitaires dirigées contre le département des Hauts-de-Seine. Par suite, c'est à bon droit que les premiers juges ont considéré que la société AB Consultant ne dispose d'aucune qualité pour présenter, au nom des autres membres du groupement, des conclusions indemnitaires dirigées contre le département des Hauts-de-Seine et qu'ils ont, par voie de conséquence, rejeté comme irrecevables ses conclusions tendant à la réparation des préjudices des sociétés Concrete Pathology et SBBG Architecture ».

CAA Lyon, 21 juillet 2021, n°19LY03428, SAS Bet Plantier et la Sarl Agi Ingénierie

« En l'absence de stipulations contraires, les entreprises qui s'engagent conjointement et solidairement envers le maître de l'ouvrage à réaliser une opération de construction s'engagent conjointement et solidairement non seulement à exécuter les travaux, mais encore **à réparer le préjudice subi par le maître de l'ouvrage du fait de manquements dans l'exécution de leurs obligations contractuelles**. Un constructeur ne peut échapper à sa responsabilité conjointe et solidaire avec les autres entreprises co-contractantes, au motif qu'il n'a pas réellement participé aux travaux révélant un tel manquement, que si une convention, à laquelle le maître de l'ouvrage est partie, fixe la part qui lui revient dans l'exécution des travaux. »

CAA Douai, 24 juin 2021 n°18DA00691, Société Rougnon

« Les entreprises ayant formé un groupement solidaire sont réputées se représenter mutuellement dans toutes les instances relatives aux obligations attachées à l'exécution du marché dont elles sont titulaires. Par suite, **une requête introduite par l'un des membres du groupement doit en principe être regardée comme présentée au nom et pour le compte de tous les membres**. Cette représentation mutuelle cesse lorsque les codébiteurs solidaires, présents dans une même instance, forment des conclusions divergentes. »

TC, 8 février 2021 n°C4203

« Les sociétés Fayat Bâtiment et Pro-Fond, membres d'un même groupement titulaire d'un marché de travaux publics, ont l'une et l'autre poursuivi la **responsabilité quasidélictuelle** de leur co-traitant et présenté des conclusions tendant à la condamnation de celui-ci à réparer le préjudice qu'elles estiment avoir subi à raison de fautes qu'il a commises au cours de l'exécution du contrat conclu avec le maître de l'ouvrage. Alors même que **les deux co-traitants sont par ailleurs liés par un contrat de droit privé**, un tel litige, qui ne concerne pas l'exécution de ce contrat de droit privé et qui implique que soient appréciées les conditions dans lesquelles **un contrat portant sur la réalisation de travaux publics a été exécuté, relève de la juridiction administrative** ».

CE, 28 avril 2006, n° 283942, Syndicat mixte de gestion et de travaux pour l'élimination des déchets ménagers et assimilés de la zone ouest du département de l'Hérault

« Considérant d'une part, qu'aux termes de l'article 51 du code des marchés publics relatif aux groupements des candidatures et des offres : ... II. - (...) l'un des prestataires membres du groupement, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis

de la personne responsable du marché...III. - (...) En cas de groupement solidaire, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant total du marché et l'ensemble des prestations que les membres du groupement s'engagent solidairement à réaliser. IV. - Les candidatures et les offres sont signées soit par l'ensemble des entreprises groupées, soit par le mandataire s'il justifie des habilitations nécessaires pour représenter ces entreprises au stade de la passation du marché... V. - La composition du groupement ne peut pas être modifiée entre la remise des candidatures et la remise des offres... ; qu'il résulte de ces dispositions que **le dossier présenté par les candidats groupés à un appel d'offres doit comporter, lorsque chacun d'eux n'en est pas signataire, l'indication, soit dans le formulaire remis à cet effet soit par la production d'un mandat présenté à part, attestant que l'un d'entre eux est mandataire des autres prestataires du groupement ; que cette indication revêt un caractère substantiel.**

Considérant qu'après avoir relevé, dans son ordonnance, qu'il n'était pas contesté que la candidature du groupement constitué de la société méditerranéenne de nettoyage et de l'entreprise Gentes ne mentionnait pas que la première était mandataire de la seconde, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Montpellier a jugé que la personne responsable du marché, après avoir admis la candidature du groupement, pouvait aisément vérifier la situation juridique de la société méditerranéenne de nettoyage et que l'omission de cette dernière à indiquer qu'elle était mandataire n'était pas suffisamment substantielle pour permettre au syndicat d'écarter l'offre du groupement pour ce seul motif ; **qu'en jugeant ainsi que l'absence d'indication du mandat dont disposait la société méditerranéenne de nettoyage ne revêtait pas un caractère substantiel, le juge du référé précontractuel a commis une erreur de droit dans l'application des dispositions de l'article 51 du code des marchés publics ».**

DIRECTIVE 2005/32/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 6 juillet 2005 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits consommateurs d'énergie et modifiant la directive 92/42/CEE du Conseil et les

« 7. Le mandataire est toute personne physique ou morale établie dans la Communauté ayant reçu un mandat écrit du fabricant pour accomplir en son nom tout ou partie des obligations et formalités liées à la présente directive » (directive 2005/32/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2005)

Représente l'ensemble des membres

CAA Toulouse, 19 septembre 2023, 21TL02394, société Betem Ingénierie,

« En cas de cotraitance, le mandataire est seul habilité à présenter les demandes d'acompte et les projets de décompte, et à accepter les décomptes ; seules sont recevables les réclamations formulées ou transmises par ses soins "(...) Il résulte des stipulations combinées de l'article 1er de l'acte d'engagement et de l'article 12.42 du cahier des clauses administratives générales que la société BDM Architectes, mandataire désigné par les cotraitants pour l'exécution du marché et, dès lors, pourvue d'une compétence exclusive pour assurer les relations entre ceux-ci et le maître de l'ouvrage pour l'ensemble des questions relatives à l'exécution du contrat, était seule habilitée à saisir le pouvoir adjudicateur d'un mémoire en réclamation ».

CJUE, 30 septembre 2022, C-592/21, « ÉDIENS & KM.LV » PS contre leslodzījuma vietu pārvalde et lepirkumu uzraudzības birojs

« Lorsqu'il est établi que, en cas d'attribution d'un marché public de services à un groupement d'opérateurs économiques, l'exécution des activités pour lesquelles il est requis une expérience sera confiée à un seul membre du groupement, le groupement soumissionnaire peut uniquement se prévaloir, afin de démontrer qu'il satisfait à une condition tenant à l'expérience imposée par le pouvoir adjudicateur conformément à l'article 58, paragraphe 4, de cette directive, de l'expérience dudit membre de ce groupement, et ce même si les documents de marché ne prévoient pas expressément que les membres d'un groupement d'opérateurs économiques doivent satisfaire individuellement à cette condition ».

CE, 22 juin 2012, n°350757, Centre hospitalier Manchester de Charleville-Mezieres

« Considérant **que les entreprises ayant formé un groupement solidaire pour l'exécution du marché dont elles sont titulaires sont réputées se représenter mutuellement dans toutes les instances relatives aux obligations attachées à l'exécution de ce marché ; qu'il en résulte que la requête par laquelle l'un des membres du groupement solidaire demande l'annulation du jugement ayant condamné ses membres, sur le fondement de leur responsabilité contractuelle, à indemniser leur cocontractant doit en principe être regardée comme présentée au nom et pour le compte des membres du groupement ; que la représentation mutuelle de membres du groupement cesse lorsque, présents dans l'instance, ils formulent des conclusions divergentes ».**

CE, 7 nov. 1986, n°55131, Ville de Toulouse

« Considérant que l'article 1^{er} du cahier des clauses administratives particulières dispose que "Le marché sera passé avec un groupement de concepteurs et de constructeurs solidaires" et que l'article 2-5 du règlement particulier de l'appel d'offres dispose que "Le marché sera conclu avec les entrepreneurs et concepteurs solidairement groupés ; l'un d'eux, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, est solidaire de chacun des autres dans les obligations contractuelles de celui-ci à l'égard du maître de l'ouvrage..." ;

Considérant que les dispositions ci-dessus citées en tant qu'elles se bornent à déclarer que **les entrepreneurs et les constructeurs appartenant à un groupement constitué pour la conception et la réalisation de l'ouvrage sont solidaires, ont pour seul effet de rendre chacun des membres du groupement financièrement responsable du manquement des autres membres du groupement à leur obligations contractuelles et ne sont contrares à aucune règle professionnelle s'imposant aux architectes ;**

Considérant que si la clause de l'article 2-5 du règlement particulier de l'appel d'offres qui impose au groupement de désigner un mandataire solidaire de chacun dans les obligations contractuelles de celui-ci à l'égard du maître de l'ouvrage, crée pour ce mandataire l'obligation de se substituer aux autres co-obligés pour l'exécution du contrat, en cas de défaillance de l'un d'eux et fait, dès lors, obstacle à ce qu'un architecte puisse être désigné en cette qualité de mandataire du groupement, il résulte des affirmations non contestées du commissaire de la République du département de la Haute-Garonne devant le tribunal administratif de Toulouse que **le mandataire commun du groupement de concepteurs-entrepreneurs à qui le conseil municipal a attribué le marché, à savoir le cabinet d'études Arragon-Merlin, n'est pas un architecte et qu'ainsi l'exécution du contrat n'expose pas un architecte à méconnaître les obligations professionnelles qui s'imposent à lui ; que si l'exécution de cette même clause empêchait les architectes faisant partie d'un groupement de concepteurs-réalisateurs candidats au concours, d'être désignés par ce groupement pour exercer la fonction de mandataire commun, tous les groupements, candidats au concours, se trouvaient dans la même situation et qu'ainsi la clause dont il s'agit n'a pas porté une atteinte illégale à l'égalité des candidats au concours et que si les cabinets d'études participant à un groupement de candidats ne sont pas soumis à la même restriction, la différence de situation qui en résulte par rapport aux architectes a pour origine non la clause incriminée mais l'existence de règles professionnelles différentes qui régissent l'exercice de leurs professions respectives ».**

CE, 25 juin 2004, n°250573, Synd. intercommunal de la Vallée de l'Ondaine

« Il résulte de l'article 2.31 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, auquel fait référence le marché litigieux, que des entrepreneurs groupés sont solidaires lorsque chacun d'entre eux est engagé pour la totalité du marché et doit pallier une éventuelle défaillance de ses partenaires, l'un d'entre eux étant désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire et représentant l'ensemble des entrepreneurs vis à vis du maître de l'ouvrage pour l'exécution du marché ; que **les entreprises qui se sont engagées solidairement par un même marché à participer à l'exécution d'un même ouvrage sans qu'aucune répartition des tâches soit faite entre elles par le marché doivent être regardées comme s'étant donné mandat mutuel de se représenter ;**

Considérant cependant qu'en l'absence de stipulation particulière dans le contrat d'engagement, la désignation d'un mandataire pour représenter les membres du groupement auprès du maître de l'ouvrage n'a pas pour effet de confier à ce mandataire la représentation exclusive des autres

entreprises solidaires devant le juge du contrat, qui gardent donc la possibilité de s'adresser à ce dernier pour obtenir le paiement du solde global du marché ».

Article R2142-25

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

CJUE, 26 janvier 2023, C-682/21 « HSC Baltic » UAB e.a. contre Vilniaus miesto savivaldybės administracija

« Partant, dans une situation telle que celle en cause au principal, chaque membre du groupement, juridiquement responsable de la bonne exécution d'un marché public, doit, avant qu'il ne soit inscrit sur la liste des fournisseurs non fiables et, de ce fait, soumis au régime d'exclusion temporaire des procédures de passation de marchés publics, avoir la possibilité d'établir que les défaillances qui ont conduit à la résiliation de ce marché étaient sans rapport avec son comportement individuel. Lorsqu'il s'avère, à la suite d'une appréciation concrète et individualisée du comportement de l'opérateur concerné à la lumière de tous les éléments pertinents, que celui-ci n'était pas à l'origine des défaillances constatées et qu'il ne pouvait pas raisonnablement être exigé de lui qu'il fasse plus que ce qu'il a fait pour remédier à ces défaillances, la directive 2014/24 s'oppose à ce qu'il soit inscrit sur la liste des fournisseurs non fiables (voir, par analogie, arrêt du 7 septembre 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, points 157 et 158) ».

CJUE, 7 septembre 2021, C-927/19, « Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras » UAB

« Les dispositions combinées de l'article 58, paragraphe 3, et de l'article 60, paragraphe 3, de la directive 2014/24 doivent être interprétées en ce sens que, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur a exigé que les opérateurs économiques aient réalisé un chiffre d'affaires minimal donné dans le domaine concerné par le marché public en cause, **un opérateur économique ne peut, aux fins de rapporter la preuve de sa capacité économique et financière, se prévaloir des revenus perçus par un groupement temporaire d'entreprises auquel il a appartenu que s'il a effectivement contribué, dans le cadre d'un marché public déterminé, à la réalisation d'une activité de ce groupement analogue à celle qui fait l'objet du marché public pour lequel ledit opérateur entend prouver sa capacité économique et financière** ».

CC, 27 Janvier 2021, n° 18-20.783, Société Electricité de France

« Vu l'article 44 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics :

Il résulte de ce texte, d'une part, qu'en ce qui concerne les capacités techniques et professionnelles, l'acheteur peut imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché public en assurant un niveau de qualité approprié et, d'autre part, que l'appréciation des capacités d'un groupement d'opérateurs économiques est globale et qu'il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des capacités requises pour exécuter le marché public.

Pour suspendre l'ensemble des décisions par lesquelles la société EDF a écarté la candidature de la société GD déménagement et lui ordonner de corriger les manquements relevés dans les documents de la consultation et dans la conduite de la procédure de passation du marché, ainsi que de reprendre celle-ci en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, l'ordonnance retient que **si des certifications, telles les certifications ISO 14001 et ISO 9001, peuvent être demandées en application de l'article 44-V du décret du 25 mars 2016, celles-ci doivent être analysées de manière globale et non individuellement pour chaque entreprise constituant ce groupement.**

En statuant ainsi, alors **qu'aucune disposition de l'article 44 du décret précité n'interdit à l'acheteur d'exiger, lorsque les spécificités du marché le justifient, que chaque membre du groupement candidat fasse preuve de l'aptitude requise pour l'exécution des prestations de celui-ci, le juge des référés a violé le texte susvisé** ».

CJUE, 7 avril 2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz

« Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 48, paragraphes 2 et 3, de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens que le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'indiquer expressément, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, des règles précises selon lesquelles un opérateur économique peut faire valoir les capacités d'autres entités.

51 Afin de répondre à cette question, il importe de rappeler que, ainsi qu'il a été relevé aux points 33 et 49 du présent arrêt, les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 reconnaissent le droit de tout opérateur économique de faire valoir les capacités d'autres entités, pour autant qu'il est prouvé au pouvoir adjudicateur que le candidat ou le soumissionnaire disposera effectivement des moyens de ces entités qui sont nécessaires à l'exécution du marché concerné.

52 À cette fin, si le soumissionnaire doit prouver qu'il dispose effectivement des moyens de celles-ci, qui ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution d'un marché déterminé, il est néanmoins libre de choisir, d'une part, la nature juridique des liens qu'il entend établir avec les autres entités dont il fait valoir les capacités aux fins de l'exécution de ce marché et, d'autre part, le mode de preuve de l'existence de ces liens (arrêt du 14 janvier 2016, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, point 28).

53 De ce fait, le pouvoir adjudicateur ne saurait, en principe, imposer des conditions expresses susceptibles d'entraver l'exercice du droit de tout opérateur économique de faire valoir les capacités d'autres entités notamment en indiquant à l'avance les modalités concrètes selon lesquelles les capacités de ces autres entités peuvent être invoquées. Ce constat s'impose d'autant plus que, dans la pratique, ainsi que le relève à juste titre la Commission européenne, il apparaît difficile, voire impossible, pour l'opérateur économique de prévoir, a priori, tous les scénarios envisageables d'utilisation des capacités d'autres entités ».

Article R2142-26

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

Dans le cadre de procédures incluant une ou plusieurs phases de négociation ou de dialogue, l'acheteur peut également autoriser le groupement qui en fait la demande à modifier sa composition lorsque les conditions suivantes sont remplies :

1° Le groupement dispose des garanties économiques, financières, techniques et professionnelles exigées par l'acheteur pour participer à la procédure ;

2° Cette modification ne porte pas atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats ni à une concurrence effective entre ceux-ci.

Composition du groupement

CE, 16 mai 2022, n°459408, Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM)

« La substitution, au cours de l'exécution d'un marché passé avec un groupement d'opérateurs économiques, lequel n'est pas doté de la personnalité juridique, d'un ou de plusieurs des membres de ce groupement par un ou plusieurs autres opérateurs économiques constitue une modification du titulaire du marché qui ne peut valablement avoir lieu sans mise en concurrence que dans les cas prévus par les dispositions de l'article L. 2194-1 du code de la commande publique, citées au point 4, et précisés par les dispositions réglementaires citées au point 5 ».

Opération de restructuration de société

CJUE, 3 février 2022, affaire C-461/20, Advania Sverige AB

« Il ressort du libellé de l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24 que la notion de « restructuration » englobe les modifications structurelles du contractant initial, notamment l'insolvabilité qui comprend la faillite aboutissant à la liquidation. (...) L'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'un opérateur économique qui, à la suite de la mise en faillite du contractant initial ayant abouti à la liquidation de celui-ci, n'a repris que les droits et les obligations de ce dernier découlant d'un accord-cadre conclu avec un pouvoir adjudicateur doit être regardé comme ayant succédé à titre partiel à ce contractant initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, au sens de cette disposition ».

CAA Marseille, 19 janv. 2022, n° 19MA02554, Sté Constructions carnavalesques

« La requérante soutient que les candidatures des sociétés Carnaval story et France festivités étaient irrégulières dès lors que ces deux sociétés auraient mis leurs moyens en commun et ainsi constitué un groupement non déclaré. Il résulte toutefois de l'instruction que les deux sociétés ont produit pour les lots en cause des dossiers de candidature distincts, et que la société Carnaval story, ainsi qu'il a été dit au point précédent, a justifié de moyens propres et suffisants pour exécuter les prestations du marché. Aux termes du point C de l'article 4.1 du règlement de consultation, les candidats n'étaient tenus de verser des pièces justificatives relatives à leurs sous-traitants que pour les sous-traitants connus lors du dépôt de leur offre. La requérante ne peut utilement se prévaloir d'éléments postérieurs à l'attribution du marché, notamment le constat d'huissier du 11 février 2017 qu'elle invoque, pour établir l'existence d'un groupement ou d'une relation de sous-traitance non déclarés en vue de contester la régularité de la procédure d'attribution des lots ».

Article R2142-27

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

Tâches essentielles effectuées par l'un des membres du groupement

CJUE, 28 avril 2022, aff. C-642/20, Caruter Srl c/ SRR Messina Provincia SCpA et a.

« Selon l'article 63, paragraphe 2, de la directive 2014/24, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger, notamment pour les marchés de services, que « certaines tâches essentielles » soient effectuées par un participant du groupement d'opérateurs économiques. Cependant, en dépit de légères différences existant entre les versions linguistiques de la directive 2014/24, il ressort clairement des termes « certaines tâches essentielles » (...), que la volonté du législateur de l'Union est, conformément aux finalités énoncées aux considérants 1 et 2 de la même directive, de **limiter ce qui peut être imposé à un seul opérateur d'un groupement, suivant une approche qualitative et non simplement quantitative, afin de favoriser la participation de groupements tels que des associations temporaires de petites et moyennes entreprises aux procédures de passation de marchés publics** ».

Chapitre III - Contenu des candidatures

Section 1 - Présentation des candidatures

Sous-section 1 - Délai de réception des candidatures

Article R2143-1

L'acheteur fixe les **délais de réception** des candidatures en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature.

En **procédure formalisée**, les délais de réception des candidatures ne peuvent être inférieurs aux **délais minimaux propres** à chaque procédure fixée au chapitre Ier du titre VI

du présent livre.

Délais de réception

TA de Lyon, 7 novembre 2024, 2410461

« Il incombe au juge des référés de vérifier si le délai de consultation, quand bien même il serait supérieur au délai minimal fixé par les textes applicables, n'est néanmoins pas manifestement inadapté à la présentation d'une offre compte tenu de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leurs candidatures et leurs offres. »

CE, 27 septembre 2024, n°490697, Région Guadeloupe

« Une personne publique ne peut apporter de modifications au dossier de consultation remis aux candidats à un appel d'offres que dans des conditions garantissant l'égalité des candidats et leur permettant de disposer d'un délai suffisant, avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour prendre connaissance de ces modifications et adapter leur offre en conséquence. »

CRC, 19 juillet 2022, Rapport d'observation définitives « Communes de Mercuriol-Veaunes »

« Bien qu'aucun délai de publication et de réponse ne soit imposé par le code de la commande publique en matière de procédure adaptée, l'article R. 2143-1 du code de la commande publique prévoit que l'acheteur fixe les délais de réception des candidatures en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature. Ainsi, les délais doivent être suffisants pour permettre à la concurrence de jouer et aux entreprises intéressées de répondre. Il ressort de l'échantillon examiné que plusieurs marchés ont été passés avec un délai de réponse d'environ deux semaines. **Un tel délai n'apparaît pas suffisant pour permettre aux entreprises intéressées de répondre au marché.** Ainsi, s'agissant du marché de remplacement des luminaires de l'éclairage public, pour lequel le délai de réponse était de 14 jours, deux entreprises intéressées ont écrit à la commune pour lui indiquer qu'elles n'avaient pas été en mesure de présenter une offre pour ce marché. La chambre invite la commune à fixer un délai de réponse qui soit au minimum de trois semaines ».

CE, 11 juillet 2018, n°418021, Communauté d'agglomération du Nord Grande-Terre

« Il incombe au juge des référés de vérifier si le délai de consultation, quand bien même il serait supérieur au délai minimal fixé par les textes applicables, n'est néanmoins pas manifestement inadapté à la présentation d'une offre compte tenu de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leurs candidatures et leurs offres. [...] Considérant, enfin, que la société Transports du Centre, dont l'offre en ce qui concerne ce lot n'a pas été écartée comme inappropriée, n'établit pas que le délai de consultation, qui était supérieur au délai minimal fixé par les textes applicables, était manifestement inadapté à la présentation d'une offre, eu égard à la complexité du marché public et au temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature et leur offre ».

Délais minimaux propres

Tableau DAJ, Marchés publics des autorités centrales

Tableau DAJ, Marchés publics des pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités centrales

Article R2143-2

Les candidatures reçues hors délai sont éliminées.

CAA Paris, 10 février 2014, n° 11PA02676, Société Léo Services

« Considérant qu'en vertu des dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 et du décret du 30 décembre 2005, s'il appartient au pouvoir adjudicateur de fixer librement les modalités de la procédure de passation, il doit le faire dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique, selon

lesquels les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; qu'en particulier, le pouvoir adjudicateur ne peut attribuer le marché qu'à une entreprise ayant présenté son offre avant l'expiration de la date limite de dépôt des offres fixée par l'avis d'appel public à la concurrence ; que, si la société requérante soutient que l'offre de la société Mosaïques Sarl n'aurait pas été adressée à l'Etablissement public du Grand Palais des Champs-Élysées antérieurement à l'expiration de la date limite de dépôt des offres fixée par l'avis d'appel public à la concurrence, soit le 13 février 2009, il résulte de l'instruction, et notamment de l'examen des enveloppes et du rapport d'ouverture des plis, que cette entreprise a respecté le délai qui était imparti aux soumissionnaires pour la communication de leurs offres et que son offre était complète ; que **la seule circonstance que l'acte d'engagement, qui comporte notamment un prix identique à celui proposé dans cette offre, ait été signé par le maître d'ouvrage quelques jours après l'attribution du marché n'indique pas que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures auraient été méconnus** ».

Sous-section 2 - Éléments à produire par le candidat

Article R2143-3

Le candidat produit à l'appui de sa candidature :

1° Une **déclaration sur l'honneur** pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés aux articles L. 2141-1 à L. 2141-5 et L. 2141-7 à L. 2141-11 notamment qu'il satisfait aux obligations concernant l'emploi des **travailleurs handicapés** définies aux articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du code du travail ;

2° Les renseignements demandés par l'acheteur aux fins de vérification de l'aptitude à exercer **l'activité professionnelle**, de la **capacité économique et financière** et des **capacités techniques et professionnelles** du candidat.

Voir article 2 de l'arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et documents pouvant être demandés aux candidats au marché public.

CAA Douai, 21 décembre 2023, n°22DA01773, Office public de l'habitat des communes de l'Oise

« Il résulte des dispositions précitées de l'article R. 2144-7 du code de la commande publique qu'en l'absence de demande, adressée avant la signature du contrat par l'OPH des communes de l'Oise à la société Agenor CDG, en vue d'obtenir les éléments justifiant de la régularité de sa situation fiscale, ainsi que **la liste de ses salariés étrangers**, la candidature de cette société aurait dû être déclarée irrecevable et écartée, ce qui faisait obstacle à la conclusion du contrat. Les irrégularités commises dans le cadre de la procédure de passation de ce contrat ne peuvent donc donner lieu à une régularisation devant le juge. Par ailleurs, si la société Agenor CDG a produit à l'appui de sa candidature une déclaration sur l'honneur datée du 19 octobre 2020 où elle atteste avoir satisfait à ses obligations fiscales au 31 décembre 2018, ce document, eu égard à la date de la consultation, ne répond pas aux exigences des articles L. 2141-2 et R. 2143-3 du code de la commande publique. En outre, la société n'a pas remis la liste de ses salariés étrangers soumis à autorisation de travail avant la signature du contrat. Dans ces conditions, eu égard à la portée du manquement reproché à l'OPH des communes de l'Oise qui, en omettant de demander cette liste et une attestation justifiant du respect de ses obligations fiscales à la société attributaire, n'a pas vérifié que cette société ne faisait l'objet d'aucune exclusion à ce titre, le vice entachant la procédure de passation ne permet pas la poursuite du contrat et ce, quand bien même la société a justifié de la régularité de sa situation fiscale et produit la liste requise postérieurement à la signature du contrat. Par suite, l'OPH des communes de l'Oise n'est pas fondé à soutenir que le tribunal administratif ne pouvait prononcer la résiliation du contrat litigieux ».

CJUE, 31 mars 2022, affaire C-195/21, LB contre Smetna palata na Republika Bulgaria

« Etant le mieux placé pour évaluer ses propres besoins, le **pouvoir adjudicateur s'est vu reconnaître par le législateur de l'Union un large pouvoir d'appréciation, lors de la détermination des critères de sélection**, ce dont témoigne notamment l'utilisation récurrente du verbe « **pouvoir** » à l'article 58 de la directive 2014/24. Ainsi bénéficie-t-il, conformément au paragraphe 1 de cet article,

d'une certaine latitude pour définir les conditions de participation à une procédure de passation de marché qu'il estime liées et proportionnées à l'objet du marché et propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière, ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Plus particulièrement, selon le paragraphe 4 dudit article, le pouvoir adjudicateur apprécie librement les conditions de participation qu'il estime propres, de son point de vue, à garantir notamment l'exécution du marché à un niveau de qualité qu'il considère approprié.

51 Partant, dès lors qu'une exigence de qualification est justifiée par l'objet du marché, qu'elle demeure proportionnée à celui-ci et qu'elle respecte également les autres conditions rappelées aux points 48 et 49 du présent arrêt, l'article 58 de la directive 2014/24 ne saurait empêcher un pouvoir adjudicateur d'imposer cette exigence dans l'avis de marché au seul motif qu'elle excède le niveau d'exigence minimal imposé par une réglementation nationale. À cet effet, il incombe aux juridictions nationales d'interpréter, dans toute la mesure du possible, leur droit interne de manière conforme au droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêts du 24 juin 2019, Popławski, C-573/17, EU:C:2019:530, point 57, et du 6 octobre 2021, Sumal, C-882/19, EU:C:2021:800, point 70).

...L'article 58, paragraphes 1 et 4, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2017/2365 de la Commission, du 18 décembre 2017, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce que, dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public, **un pouvoir adjudicateur puisse imposer, au titre des critères de sélection relatifs aux capacités techniques et professionnelles des opérateurs économiques, des exigences plus strictes que les exigences minimales posées par la réglementation nationale**, pour autant que de telles exigences soient propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer, qu'elles soient liées à l'objet du marché et qu'elles soient proportionnées à celui-ci ».

CAA Versailles, 5 février 2009, n° 07VE02058, Société See Simeoni

« Sauf à méconnaître l'égalité entre les candidats, les capacités techniques et financières de ceux-ci ne pouvaient être appréciées **qu'au vu des éléments connus et disponibles à la date limite de remise des offres**, soit en l'espèce, le 27 juin 2003 ; qu'ainsi, contrairement à ce que soutient la société See Simeoni, la commission d'appel d'offres ne pouvait, pour apprécier son aptitude à concourir, tenir compte du jugement en date du 30 juin 2003 par lequel le Tribunal de commerce de Versailles a arrêté son plan de continuation pour une durée de dix ans ; que, dès lors qu'à la date limite de remise des offres, la société See Simeoni n'a pu justifier de son aptitude à poursuivre son activité durant la durée prévisible d'exécution du marché, la commission d'appel d'offres, qui l'avait retenue au stade de la sélection des candidats, était cependant en droit d'écarter son offre, le 2 septembre 2003, en raison de ses garanties financières insuffisantes à la date où celles-ci devaient ainsi être appréciées ».

Déclaration sur l'honneur

CAA Marseille, 25 février 2019, n°16MA04475, Société Transports Tibéri

« D'une part, si le pouvoir adjudicateur ne pouvait exiger de la société Transports Tibéri, comme de tout autre candidat à l'attribution du marché litigieux, qu'une déclaration sur l'honneur selon laquelle elle n'était pas frappée d'une interdiction de soumissionner, conformément aux dispositions précitées de l'article 44 du code des marchés publics alors en vigueur, **cette même société était tenue, en vertu des dispositions de l'article 46 du même code, de produire, dès lors qu'il était envisagé de lui attribuer ce marché, les attestations et certificats officiels requis**. Il n'est pas contesté, à cet égard, que la société Transports Tibéri a, comme elle le fait valoir, souscrit la déclaration prévue au stade de sa candidature, puis fourni les divers attestations et certificats requis lors de l'attribution du marché. »

TUE, 26 septembre 2014, n° T-91/12

« 59. Ainsi, la décision du 15 décembre 2011 n'est pas une simple décision rejetant la candidature des requérantes au marché en cause. Elle constitue une décision d'exclusion immédiate des requérantes du marché, sans examen, en ce qui les concerne, des autres critères d'appréciation des candidatures, au motif qu'elles se sont rendues coupables de fausses déclarations. La Commission y explique, en

effet, qu'elle a été informée que, contrairement à la déclaration des requérantes, des audits annuels en matière de sécurité et de sûreté avaient été effectués en 2009 et en 2010 par les autorités compétentes et que leur candidature était, dès lors, « non exacte et sincère » et devait donner lieu à l'application de l'article 94, sous b), du règlement financier ».

CAA Marseille, 13 Juillet 2015, n° 13MA02280, Société Hydrogéotechnique Sud-Estrégon Languedoc Roussillon

« 15. Considérant d'une part, qu'il ressort de la lettre de candidature du groupement attributaire du marché en litige, présentée au moyen du formulaire DC 1, que ledit groupement est composé de la société Ginger CEBTP et de la société Fugro Géotechnique ; qu'il est constant que ces deux sociétés sont clairement identifiées comme membres du groupement et que leurs représentants ont apposé leur signature dans la rubrique E intitulée " identification des membres du groupement et répartition des prestations " ; que toutefois, seule la société Ginger CEBTP a signé la rubrique H intitulée " signature du candidat individuel ou de chaque membre du groupement " de ladite lettre de candidature alors que les deux sociétés membres du groupement devaient signer cette rubrique ; que si la lettre de candidature contient une déclaration sur l'honneur du candidat justifiant que ce dernier n'entre pas dans un cas l'interdisant de soumissionner prévu à l'article 43 du code des marchés publics, la société Fugro Géotechnique, qui n'a pas signé la lettre de candidature du groupement, doit être regardée comme n'ayant pas produit la déclaration sur l'honneur prescrite par le règlement de la consultation en son article 12.1.1 ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que la société Fugro Géotechnique a transmis une déclaration sur l'honneur qui lui est propre ; qu'ainsi, conformément aux dispositions de l'article 52 du code des marchés publics précité, l'absence de signature de la lettre de candidature par la société Fugro Géotechnique et l'absence de production, de sa part, de la déclaration sur l'honneur, rendent irrégulière la candidature du groupement attributaire »

L'emploi des travailleurs handicapés

CE, 22 janvier 2018, n°414860, La société Comptoir de négoce d'équipements

« 5. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit au point 4 qu'aucune disposition n'impose à un employeur occupant moins de vingt salariés d'employer des travailleurs handicapés ou de faire une déclaration annuelle d'emploi des travailleurs handicapés ; que, dès lors, la production du certificat attestant la régularité de la situation de l'employeur au regard de l'emploi des travailleurs handicapés mentionné dans l'arrêté du 25 mai 2016 cité au point 3 ne peut être exigée, lors de la passation d'un marché public, d'un candidat qui emploie moins de vingt salariés ; que, par suite, le juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a commis une erreur de droit en estimant que la société attributaire du marché devait, alors même qu'elle n'était pas assujettie à l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés, produire un certificat attestant de la régularité de sa situation au regard de l'emploi des travailleurs handicapés et que la commune a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en lui attribuant le marché en cause alors que son offre aurait dû être déclarée irrecevable ; que la commune de Vitry-le-François est fondée à demander, pour ce motif, et sans qu'il soit besoin de statuer sur l'autre moyen du pourvoi, l'annulation de l'ordonnance attaquée ».

Aptitude à exercer une activité professionnelle

CJUE, 11 décembre 2011, C-368/10, Commission européenne contre Royaume des Pays-Bas

« 135. La deuxième branche du deuxième moyen s'appuie sur l'article 44, paragraphe 2, de la directive 2004/18. Cette disposition prévoit en substance que le pouvoir adjudicateur peut formuler des exigences minimales en ce qui concerne l'aptitude des soumissionnaires potentiels pour autant qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché ».

Capacité économique et financière

CE, 25 janvier 2006, n° 278115, Département de la Seine-Saint-Denis

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions que l'acheteur public est tenu, lorsqu'il précise dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation ceux des renseignements et

documents qu'il invite les candidats à produire, de permettre à ces derniers d'apporter la preuve de leur capacité professionnelle par tout moyen ; que cette obligation est satisfaite lorsque l'acheteur public a précisé, dans les documents de la consultation, que la capacité professionnelle peut être attestée par des certificats de qualification ou d'autres justificatifs regardés comme équivalents ; qu'en revanche ces dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet de prévoir que la mention selon laquelle la preuve de la capacité de l'entreprise peut être apportée par tout moyen doit obligatoirement figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation ».

Capacité professionnelle et technique

CE, 25 Mai 2018, n° 417869, La société L'Atelier des compagnons (ADC)

« 12. Considérant qu'il résulte de l'instruction, d'une part, que la société L'Atelier des compagnons n'a pas produit tous les certificats de qualification professionnelle, notamment les certificats " Qualibat 2112 - Maçonnerie et béton armé courant (technicité confirmée) " et " Qualibat 2213 - Béton armé et béton précontraint (technicité supérieure) ", exigés par l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de la consultation ; que, si elle soutient qu'elle a fourni des références équivalentes aux certificats de qualification professionnelle en produisant la certification " Qualibat 2113 - Maçonnerie et béton armé courant (technicité supérieure) ", plus exigeante, dont est titulaire l'une de ses filiales, la société Score CVBM, elle n'a pas apporté au pouvoir adjudicateur, contrairement aux prescriptions de l'article 8.1 du règlement de la consultation, la preuve qu'elle disposerait de cette dernière en qualité de sous-traitant ; que la circonstance que la société Score CVBM soit mentionnée dans la présentation de la société ne suffit pas à établir que celle-ci pourrait s'appuyer sur sa filiale pour l'exécution du marché ; qu'elle n'a pas davantage établi que l'un des fournisseurs dont elle se prévalait, la société Strudal, serait titulaire de la certification " Qualibat 2213 - Béton armé et béton précontraint (technicité supérieure) " ; que, d'autre part, les niveaux minimaux de capacités exigés par le pouvoir adjudicateur à l'appui des candidatures n'étaient pas manifestement disproportionnés au regard de l'objet du marché et de la nature des prestations à réaliser ».

CE, 3 octobre 2012, n° 360952, Société Déménagements Le Gars

« Considérant, en deuxième lieu, que le code des marchés publics fixe précisément et limitativement la liste des documents qui peuvent être exigés par le pouvoir adjudicateur à l'appui des candidatures, ainsi que les motifs pour lesquels les candidatures peuvent être écartées sur la foi de ces informations ; que la prise en compte par le pouvoir adjudicateur de renseignements erronés relatifs aux capacités professionnelles, techniques et financières d'un candidat est susceptible de fausser l'appréciation portée sur les mérites de cette candidature au détriment des autres candidatures et ainsi de porter atteinte au principe d'égalité de traitement entre les candidats ».

Article R2143-4

L'acheteur accepte que le candidat présente sa candidature sous la forme d'un **document unique de marché européen** et constituant un échange de données structurées, établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen, en lieu et place de la déclaration sur l'honneur et des renseignements mentionnés à l'article R. 2143-3.

En ce qui concerne les conditions de participation, l'acheteur indique dans les documents de la consultation s'il autorise les candidats à se limiter à indiquer dans le document unique de marché européen qu'ils disposent de l'aptitude et des capacités requises sans fournir d'informations particulières sur celles-ci. En l'absence d'une telle mention, cette faculté n'est pas autorisée.

Les opérateurs économiques peuvent réutiliser le document unique de marché européen qui a déjà été utilisé dans une procédure antérieure, à condition de confirmer que les informations qui y figurent sont toujours valables.

Document unique de marché européen

Comm. UE, règl. n° 2016/7, 5 janv. 2016, établissant le formulaire type pour le document unique

de marché européen, JOUE n° L 3, 6 janv. 2016, p. 16

CAA de Bordeaux, 8 octobre 2024, n° 22BX02236, SARL Compagnie robertine de transport

« D'une part, il résulte de ces dispositions, telles qu'éclairées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, et notamment l'arrêt du 3 juin 2021 " Rad Service Srl Unipersonale " (C-2010/20), qu'un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, avoir recours aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces entités, en ce qui concerne les critères relatifs à la capacité économique et financière et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles, mais qu'il doit alors transmettre au pouvoir adjudicateur, lors de la présentation de sa demande de participation ou de son offre, un document unique de marché européen (DUME) par lequel cet opérateur affirme que tant lui-même que les entités aux capacités desquelles il entend recourir ne se trouvent pas dans l'une des situations qui doit ou peut entraîner l'exclusion d'un opérateur économique. Il appartient alors au pouvoir adjudicateur de vérifier, d'une part, que les entités aux capacités desquelles l'opérateur économique entend recourir remplissent les critères de sélection applicables et, d'autre part, s'il existe des motifs d'exclusion concernant tant cet opérateur économique lui-même que ces entités. »

CJUE, 30 janvier 2020, n°C-395/18, Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA c/ Consip SpA, Ministero dell'Economia e delle Finanze

« Par un appel d'offres publié le 3 août 2016 au *Journal officiel de l'Union européenne*, Consip, la centrale d'achats de l'administration publique italienne, a lancé une procédure ouverte en vue de l'attribution d'un marché portant sur la fourniture d'un système de communication optique, dénommé « système *Wavelength Division Multiplexing (WDM)* », pour l'interconnexion du centre de traitement des données de plusieurs départements du ministère de l'Économie et des Finances.(...) **Tim a présenté une offre dans laquelle étaient mentionnés trois sous-traitants auxquels elle avait l'intention d'avoir recours en cas d'adjudication du marché en cause au principal, en annexant pour chacun d'eux le document unique de marché européen (DUME).**

Section 2 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve

Sous-section 1 - Dispositions générales

Article R2143-5

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

Un candidat de fournir un certificat, une attestation

TPI, 26 septembre 2014, T-91/12, Flying Holding NV e.a. contre Commission européenne

« 88 En outre, les requérantes étant des compagnies aériennes et ainsi des professionnelles du secteur aérien, elles avaient nécessairement connaissance de l'objet des contrôles effectués aux fins d'obtenir le certificat leur permettant de voler qu'est l'AOC. En attestent d'ailleurs les courriers qui leur ont été envoyés par la Direction de l'aviation civile luxembourgeoise avant la réalisation des contrôles relatifs à la reconduction de l'AOC, qu'elles communiquent en annexe à leur courrier du 20 décembre 2011 et qui indiquent les différents volets de ces contrôles et, en particulier, les volets "Flight safety management" (gestion de la sûreté des vols) et "Security" ».

« 90 Dans ces conditions, en rejetant la candidature des requérantes, la Commission ne saurait se voir reprocher de ne pas avoir utilisé des moyens aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en matière de marchés publics et d'être allée au-delà de ce qui était nécessaire pour les atteindre (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 12 mai 2011, Luxembourg/Parlement et Conseil, C-176/09, Rec. p. I-3727, point 61, et la jurisprudence citée) ».

Tout document équivalent

CE, 9 juin 2017, n°400530, Transport Logistyka Polska

« 8. Considérant, en troisième lieu, que le 1 de l'article 9 de la directive 2014/67/UE dispose que les États membres peuvent notamment imposer aux entreprises qui détachent des salariés sur leur sol (...) b) l'obligation de conserver ou de fournir, sur support papier ou en format électronique, le contrat de travail, ou tout document équivalent (...), les fiches de paie, les relevés d'heures indiquant le début, la fin et la durée du travail journalier et les preuves de paiement des salaires (...) / c) l'obligation de fournir les documents visés au point (...) qu'en outre, cette désignation n'est soumise à aucun formalisme ni à aucune procédure d'acceptation par les autorités françaises ; que, par suite, le moyen tiré de ce qu'en imposant la désignation d'un représentant pendant une durée égale à la durée du détachement augmentée de dix-huit mois, le décret attaqué ferait peser une charge excessive sur les petites et moyennes entreprises de transport qui serait de nature à porter atteinte au principe de libre prestation des services doit être écarté »

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

Article R2143-6

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

Article R2143-7

L'acheteur accepte comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'exclusion mentionné à l'article L. 2141-2, les **certificats délivrés par les administrations et organismes compétents**. La liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales devant donner lieu à délivrance d'un certificat ainsi que la liste des administrations et organismes compétents figurent dans un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code.

Le candidat établi à l'étranger produit un certificat établi par les administrations et organismes de son pays d'origine ou d'établissement.

Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics

Voir Arrêté du 25 mars 2016 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution de marchés publics et contrats de concession.

Les certificats délivrés par les administrations et organismes compétents

TA Toulon, 9 août 2022, n°2202015, Préfet du Var c/ Commune de la Croix Valmer

« Il résulte du point 7 du règlement de la consultation du marché dont la validité est contestée que le candidat retenu doit, dans le délai de cinq jours calendaires, fournir " les certificats délivrés par les administrations et organismes compétents suivants : l'impôt sur le revenu ou l'impôt sur les sociétés ou la taxe sur la valeur ajoutée " ainsi que le " certificat prévu par l'article L. 243-15 du code de la sécurité sociale " et " l'attestation d'emploi de travailleurs handicapés " sous peine de voir sa candidature être déclarée irrecevable au profit du candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne. Or, **il est constant que la société MGE, à la demande expresse de la commune, s'est bornée à produire une attestation de régularité fiscale ancienne, en date du 19 août 2021, émise cinq mois avant la signature de l'acte d'engagement le 26 janvier 2022, et une déclaration sur l'honneur rédigée par son dirigeant le 24 janvier 2022 indiquant qu'elle serait à jour de ses cotisations URSSAF, CSG/ CRDS et de ses contributions au FAF.** Si la société MGE précise, sans le démontrer, dans ce courrier qu'un problème d'interface informatique avec l'URSSAF l'aurait empêchée de

télécharger les attestations qu'elle devait fournir, il ne résulte pas de l'instruction qu'elle les aurait transmises ultérieurement comme elle s'y était expressément engagée. Enfin, elles n'ont pas été davantage produites dans le cadre de la présente instance. Ainsi, en l'état de l'instruction, elle ne saura être regardée comme ayant satisfait aux obligations imposées par le point 7 du règlement de la consultation précitée et sa candidature aurait dû être écartée au profit de la société classée en deuxième position. **Eu égard à la portée de ce manquement au règlement de la consultation, ce vice est susceptible de ne pas permettre la poursuite de l'exécution du contrat et de justifier la résiliation de celui-ci.** Ce moyen est ainsi de nature à faire naître un doute sérieux sur la validité du marché en litige, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens soulevés, et le préfet du Var est fondé à demander la suspension de l'exécution du marché, laquelle ne peut être regardée, en l'absence de toute précision sur ce point, comme portant une atteinte excessive à l'intérêt général ».

CAA Marseille, 4 juin 2012, n°09MA01929, SOCIETE AZUR FETES

« Considérant qu'il est constant que la consultation en vue de la passation du marché en litige a été lancée le 6 juillet 2004 ; qu'il incombait par suite aux candidats de justifier de la régularité de leur situation fiscale au 31 décembre 2003 ; qu'il ressort des pièces du dossier que la société Concept Animations Festivités ne s'est pas bornée à produire à l'appui de sa candidature un document émanant du centre des impôts dont elle relève attestant de la régularité de sa situation au 30 mars 2003, mais a également produit, outre les justificatifs relatifs aux contributions sociales, des attestations de la recette principale des impôts de Nice Est et de la trésorerie Nice port Rossini attestant la régularité de la situation de la société au regard respectivement de la TVA et de l'impôt sur les sociétés à la date du 31 décembre 2003 ; **que le document du 21 septembre 2004 relatif à l'apurement d'une dette de TVA indiquée comme constatée en mars 2004 ne permet pas en lui-même de retenir que cette dette se rapporte en tout ou partie à des sommes dues au 31 décembre 2003** ; que les difficultés financières rencontrées ensuite rapidement par la société Concept Animations Festivités n'établissent pas plus l'absence de régularité de la situation fiscale et sociale de cette société à cette date ; que le moyen tiré de ce que la société Concept Animations Festivités n'aurait pas justifié auprès de l'office du tourisme et des congrès de Nice en application des dispositions précitées de la régularité de sa situation fiscale et sociale doit , par suite, être écarté »

Le candidat établi à l'étranger

CAA Bordeaux, 7 avril 2016, n°14BX02241, Commune d'Anglet

« Toutefois, si le II de l'article 46 du code des marchés publics prévoit que les candidats qui sont établis dans un Etat autre que la France produisent un certificat établi par les administrations et organismes du pays d'origine, il résulte de l'instruction, et notamment de l'extrait Kbis et de l'avis d'attribution du marché, que si la SA Altuna y Uria est une société espagnole ayant son siège social à Azpeitia, elle dispose en France d'un établissement principal, créé en 2006, situé rue de la Gare à Hendaye et que le marché a été passé avec cet établissement dont le numéro français de taxe sur la valeur ajoutée intracommunautaire était mentionné dans l'imprimé intitulé " DC2 " qui contient les renseignements relatifs à la situation financière du candidat. Dans ces conditions, la SA Altuna y Uria, qui a présenté sa candidature comme " succursale d'une société étrangère ", doit être regardée comme étant établie en France et ne peut dès lors utilement se prévaloir des dispositions du II de l'article 46 du code des marchés publics. Par suite, elle relevait du I de l'article 46 précité et devait produire un certificat établi par les organismes français compétents en matière de cotisations sociales ».

Article R2143-8

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

CE, 26 octobre 2023, n° 474464, Commune de Strasbourg

« Il résulte de la combinaison des dispositions citées aux points 3 et 4 que le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché doit produire des documents attestant notamment qu'il est à jour de ses obligations fiscales et sociales avant la signature du marché. A défaut, son offre doit être rejetée, le

candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne pouvant se voir attribuer le marché. »

CAA Douai, 21 décembre 2023, n°22DA01773, Office public de l'habitat des communes de l'Oise

« Il résulte des dispositions précitées de l'article R. 2144-7 du code de la commande publique qu'en l'absence de demande, adressée avant la signature du contrat par l'OPH des communes de l'Oise à la société Agenor CDG, en vue d'obtenir les éléments justifiant de la régularité de sa situation fiscale, ainsi que la **liste de ses salariés étrangers**, la candidature de cette société aurait dû être déclarée irrecevable et écartée, ce qui faisait obstacle à la conclusion du contrat. Les irrégularités commises dans le cadre de la procédure de passation de ce contrat ne peuvent donc donner lieu à une régularisation devant le juge. Par ailleurs, si la société Agenor CDG a produit à l'appui de sa candidature une déclaration sur l'honneur datée du 19 octobre 2020 où elle atteste avoir satisfait à ses obligations fiscales au 31 décembre 2018, ce document, eu égard à la date de la consultation, ne répond pas aux exigences des articles L. 2141-2 et R. 2143-3 du code de la commande publique. En outre, la société n'a pas remis la liste de ses salariés étrangers soumis à autorisation de travail avant la signature du contrat. Dans ces conditions, eu égard à la portée du manquement reproché à l'OPH des communes de l'Oise qui, en omettant de demander cette liste et une attestation justifiant du respect de ses obligations fiscales à la société attributaire, n'a pas vérifié que cette société ne faisait l'objet d'aucune exclusion à ce titre, le vice entachant la procédure de passation ne permet pas la poursuite du contrat et ce, quand bien même la société a justifié de la régularité de sa situation fiscale et produit la liste requise postérieurement à la signature du contrat. Par suite, l'OPH des communes de l'Oise n'est pas fondé à soutenir que le tribunal administratif ne pouvait prononcer la résiliation du contrat litigieux ».

Article R2143-9

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

Lorsque le candidat est en redressement judiciaire, il produit la copie du ou des jugements prononcés.

Article R2143-10

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

Une déclaration sous serment

CJUE, 23 avril 2009, C-292/07, Commission des Communautés européennes

« 149. Il convient de relever que, d'une part, s'agissant des moyens permettant à un opérateur économique de justifier de son habilitation à exercer l'activité professionnelle concernée, les dispositions nationales invoquées par le Royaume de Belgique sont plus restrictives que l'article 46, premier alinéa, de la directive 2004/18, puisqu'elles ne permettent pas qu'une telle justification soit fournie au moyen d'une déclaration sous serment ou d'un certificat.

Or, les dispositions communautaires en matière de procédures de passation de marchés publics visent à ouvrir les marchés auxquels elles s'appliquent à la concurrence communautaire, en favorisant la manifestation d'intérêt la plus large possible parmi les opérateurs économiques (voir, en ce sens, s'agissant de la directive 93/38, arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France, C-16/98, Rec. p. I-8315,

point 108), de sorte qu'un opérateur économique ne saurait être dissuadé de participer à une telle procédure en raison du caractère limité des moyens à sa disposition pour justifier de son habilitation ».

Déclaration solennelle

CAA BORDEAUX, 7 Avril 2016, n° 14BX02241, La société Eiffage Construction Sud Aquitaine

« Dans ces conditions, la SA Altuna y Uria, qui a présenté sa candidature comme " succursale d'une société étrangère ", doit être regardée comme étant établie en France et ne peut dès lors utilement se prévaloir des dispositions du II de l'article 46 du code des marchés publics. Par suite, elle relevait du I de l'article 46 précité et devait produire un certificat établi par les organismes français compétents en matière de cotisations sociales ».

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

Article R2143-11

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

QE, Sénat, n°03963, 19/07/2018, Mme Christine Herzog,

« Seul le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché public doit justifier ne pas être dans un cas d'interdiction de soumissionner en produisant les attestations sociales et fiscales, ces dernières sont prévues par les articles R. 1263-12, D. 8222-5 ou D. 8222-7 ou D. 8254-2 à D. 8254-5 du code du travail ».

Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics

Article R2143-12

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

Les capacités d'autres opérateurs économiques

CAA Bordeaux, 8 août 2024 n° 22BX02236, SARL Compagnie Robertine de transport

« D'une part, il résulte de ces dispositions, telles qu'éclairées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, et notamment l'arrêt du 3 juin 2021 " Rad Service Srl Unipersonale " (C-2010/20), qu'un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, avoir recours aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des /liens qui l'unissent à ces entités, **en ce qui concerne les critères relatifs à la capacité économique et financière et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles, mais qu'il doit alors transmettre au pouvoir adjudicateur, lors de la présentation de sa demande de participation ou de son offre, un document unique de marché européen (DUME) par lequel cet opérateur affirme que tant lui-même que les entités aux capacités desquelles il entend recourir ne se trouvent pas dans l'une des situations qui doit ou peut entraîner l'exclusion d'un opérateur économique.** Il appartient alors au pouvoir adjudicateur de vérifier, d'une part, que les entités aux capacités desquelles l'opérateur économique entend recourir remplissent les critères de sélection applicables et, d'autre part, s'il existe des motifs d'exclusion concernant tant cet opérateur économique lui-même que ces entités ».

CAA Marseille, 27 novembre 2023, n°22MA02103, Collectivité de Corse

« En application des dispositions et stipulations citées au point 3, la société Terraco devait donc apporter la preuve qu'elle disposerait des capacités de la société Betag pour l'exécution du marché

public, le règlement de la consultation imposant à ce titre un engagement écrit de cette dernière société. Or, la société Terraco n'a justifié d'aucun engagement écrit de la société Betag pour l'exécution des prestations en cause. En outre, elle n'a pas renseigné, dans sa candidature, la partie relative à la désignation des opérateurs économiques sur lesquels elle entendait s'appuyer ».

CAA Bordeaux, 9 juillet 2020, n°18BX03046, SAS Balineau

« Il résulte de l'instruction que la société Can a présenté une offre mentionnant le recours à la sous-traitance dans le but de faire valoir des capacités techniques dont elle n'aurait pas disposées, en l'espèce, le recépage des palplanches. **Dès lors, elle était tenue de justifier les capacités de ce sous-traitant, la société TSA, qui a la qualité d'opérateur économique au sens des dispositions précitées de l'article 43 du code des marchés publics.** »

CJUE, 7 avril 2016, C-324/14, Patner pelski Darius

« Les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, lus en combinaison avec l'article 44, paragraphe 2, de cette directive, doivent être interprétés en ce sens que :

– ils reconnaissent le droit de tout opérateur économique de faire valoir, pour un marché déterminé, les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature des liens existant entre lui-même et ces entités, pour autant qu'il est prouvé au pouvoir adjudicateur que le candidat ou le soumissionnaire disposera effectivement des moyens desdites entités qui sont nécessaires à l'exécution de ce marché, et

– il n'est pas exclu que l'exercice dudit droit puisse être **limité, dans des circonstances particulières, eu égard à l'objet du marché concerné ainsi que des finalités de celui-ci. Tel est notamment le cas lorsque des capacités dont dispose une entité tierce, et qui sont nécessaires à l'exécution de ce marché, ne peuvent être transmises au candidat ou au soumissionnaire, de sorte que ce dernier ne saurait se prévaloir desdites capacités que si cette entité tierce participe directement et personnellement à l'exécution dudit marché.**

2) L'article 48, paragraphes 2 et 3, de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens que, eu égard à l'objet d'un marché déterminé ainsi que des finalités de celui-ci, le pouvoir adjudicateur peut, dans des circonstances particulières, aux fins de la correcte exécution de ce marché, indiquer expressément, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, des règles précises selon lesquelles un opérateur économique peut faire valoir les capacités d'autres entités, pour autant que ces règles sont liées et proportionnées à l'objet et aux finalités dudit marché.

3) Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques, énoncés à l'article 2 de la directive 2004/18, doivent être interprétés en ce sens que, dans des circonstances telles que celles du litige au principal, ils s'opposent à ce qu'un pouvoir adjudicateur, après l'ouverture des offres présentées dans le cadre d'une procédure de passation de marché public, accepte la demande d'un opérateur économique, ayant présenté une offre pour l'entièreté du marché en question, de prendre en considération son offre aux fins de l'attribution de certaines parties seulement de ce marché.

4) Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination des opérateurs économiques, énoncés à l'article 2 de la directive 2004/18, doivent être interprétés en ce sens qu'ils exigent d'annuler et de réitérer une enchère électronique à la participation de laquelle un opérateur économique ayant présenté une offre recevable n'a pas été invité, et cela même s'il ne peut pas être constaté que la participation de l'opérateur exclu aurait modifié le résultat de l'enchère.

5) Dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, les dispositions de l'article 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 ne peuvent pas être interprétées à la lumière de celles de l'article 63, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18 ».

CJUE, 10 octobre 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 et Mannocchi luigino,

« Les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, lus en combinaison avec l'article 44, paragraphe 2, de cette directive, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition

nationale telle que celle en cause au principal, qui interdit, en règle générale, aux opérateurs économiques participant à une procédure d'adjudication d'un marché public de travaux de faire valoir, pour une même catégorie de qualification, les capacités de plusieurs entreprises ».

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

Article R2143-13

Les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve que l'acheteur peut obtenir directement par le biais :

1° D'un système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel à condition que l'accès à celui-ci soit gratuit et, le cas échéant, que figurent dans le dossier de candidature toutes les informations nécessaires à sa consultation ;

2° D'un espace de stockage numérique, à condition que figurent dans le dossier de candidature toutes les informations nécessaires à sa consultation et que l'accès à ceux-ci soit gratuit.

Article R2143-14

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

QE, Sénat, n° 03963, 19/07/2018, Mme Christine Herzog

« Aux termes du 2° du II de l'article 55 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, « l'acheteur ne peut exiger que du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché public qu'il justifie ne pas être dans un cas d'interdiction de soumissionner ». Afin de justifier sa situation, il est notamment tenu de produire « les pièces prévues aux articles R. 1263-12, D. 8222-5 ou D. 8222-7 ou D. 8254-2 à D. 8254-5 du code du travail » mentionnées au III l'article 51 dudit décret, qui valent attestations fiscales et sociales. Il en ressort que le candidat n'est tenu de produire ces pièces qu'une seule fois, soit de lui-même au stade de la candidature, soit lorsque l'acheteur envisage de lui attribuer le marché. Par ailleurs, ni l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, ni le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, n'obligent le titulaire du marché à produire ces pièces après la notification de celui-ci. Par ailleurs, le II de l'article 53 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 permet à l'acheteur de prévoir « que les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve qui leur ont déjà été transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables ». Cette faculté, connue sous le nom du principe « **dites-le-nous une fois** » est devenue une obligation depuis le 1er avril 2017 pour les centrales d'achat, et le sera à partir du 1er octobre 2018 pour les autres acheteurs ».

Sous-section 5 - Opérateurs agréés et certifiés

Article R2143-15

Pour les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs, les candidats inscrits sur une **liste officielle d'opérateurs agréés** d'un Etat membre de l'Union européenne ou munis d'un certificat délivré par un organisme de certification répondant aux normes européennes en matière de certification peuvent présenter au pouvoir adjudicateur un certificat d'inscription délivré par l'autorité compétente ou le certificat délivré par l'organisme de certification compétent, à condition que ces opérateurs soient établis dans l'Etat membre qui a dressé la liste officielle. Ces certificats indiquent les références qui leur ont permis d'être inscrits sur la liste officielle ou d'obtenir la certification, ainsi que la classification sur cette liste.

L'inscription certifiée par les organismes compétents sur des listes officielles ou le certificat délivré par l'organisme de certification constitue une présomption d'aptitude en ce qui concerne les motifs d'exclusion et les conditions de participation couvertes par la liste officielle ou le certificat. Toutefois, en ce qui concerne la vérification de la régularité de la situation fiscale et sociale du candidat, un certificat supplémentaire peut être exigé lors de

l'attribution du contrat ou, lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue, lors de la sélection des candidats.

Liste officielle d'opérateurs agréés

CJUE, 6 octobre 2015, C-203/14, Consorci Sanitari del Maresme

« L'article 52 de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens que, même s'il contient certaines exigences en ce qui concerne la détermination des conditions d'inscription des opérateurs économiques sur les listes officielles nationales et pour la certification, il ne définit pas de manière exhaustive les conditions d'inscription de ces opérateurs économiques sur les listes officielles nationales ou les conditions de leur admission à la certification ainsi que les droits et les obligations des entités publiques à cet égard. En tout état de cause, la directive 2004/18 doit être interprétée en ce sens **qu'elle s'oppose à une réglementation nationale en vertu de laquelle, d'une part, les administrations publiques nationales autorisées à offrir les travaux, les produits ou les services visés par l'avis de marché concerné ne peuvent pas être inscrites sur ces listes, ou ne peuvent pas bénéficier de cette certification, alors que, d'autre part, le droit de participer à l'appel d'offres concerné est réservé aux seuls opérateurs qui figurent sur lesdites listes ou détiennent ladite certification** ».

Section 3 - Traduction en français

Article R2143-16

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

CAA Marseille, 26 novembre 2018, n°17MA04698, Société Anagram Audiovisuel

« Alors que l'avis d'appel public à la concurrence n'autorisait que les offres établies dans **la langue française**, cette société a joint à son offre, concernant ce " player ", **des notices techniques rédigées en anglais** et n'en a fourni la traduction qu'à l'occasion de son recours gracieux du 10 juin 2015 ».

CAA DOUAI, 13 décembre 2014, n°12DA00188, société Inaer Helicopter France

« Considérant qu'aux termes du 2.8 de l'article II du règlement de la consultation relatif à la procédure en litige : " les pièces et documentations utilisées lors de ce marché seront rédigées de préférence en langue française, à défaut en langue anglaise (...) " ; que **ces dispositions n'imposaient pas la remise d'une offre rédigée entièrement en langue française dans le cadre du marché dont la validité est contestée ; que, dès lors, l'offre de la société anonyme NHV comportant un document technique en langue anglaise n'était pas, de ce seul fait, irrégulière** ; qu'en outre et contrairement à ce qui est allégué, il ne résulte pas de l'instruction que la rédaction en langue anglaise de ce document aurait, en l'espèce, eu pour effet d'empêcher la commission d'appel d'offres de procéder à un examen complet et éclairé du dossier de candidature de cette société, et de modifier le résultat de la sélection ».

CAA Paris, 2 mai 2007, n°04PA02524, Société italienne ENEL SPA

« Il résulte de l'instruction que l'imprimé de déclaration de candidature utilisé par la SOCIETE ENEL SPA mentionnait que les différents certificats et attestations devaient être rédigés en langue française et précisait que l'acceptation des documents rédigés dans une autre langue était subordonnée à la condition qu'ils soient accompagnés d'une traduction en langue française dont l'exactitude devait être certifiée par un expert auprès des tribunaux et indiquent le nom et l'adresse du traducteur ; que l'attestation de l'INPS du 19 avril 1999 relative aux cotisations sociales était rédigée en italien et accompagnée d'une traduction en langue française dont l'auteur est inconnu ; qu'ainsi, et alors même qu'elle était rédigée sur papier à en tête dudit organisme et qu'elle avait été directement adressée par ledit organisme à la ville, cette attestation **ne satisfaisait pas aux conditions requises** » (...) « **le document litigieux ne pouvait pas être regardé comme une traduction certifiée exacte dès lors qu'il ne comportait ni le nom ni l'adresse d'un traducteur assermenté** ».

Chapitre IV - Examen des candidatures

Section 1 - Modalités de vérification

Article R2144-1

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

Capacité des opérateurs économiques

CAA BORDEAUX, 09 septembre 2020, n°18BX03046, SAS Balineau

« Il résulte de l'instruction que la société Can a présenté une offre mentionnant le recours à la sous-traitance dans le but de faire valoir des capacités techniques dont elle n'aurait pas disposé, en l'espèce, le recépage des palplanches. Dès lors, elle était tenue de justifier les capacités de ce sous-traitant, la société TSA, qui a la qualité d'opérateur économique au sens des dispositions précitées de l'article 43 du code des marchés publics ».

CJUE, 14 janvier 2016, C-234/14, Ostas celtnieks SIA contre Talsu novada pašvaldība, Iepirkumu uzraudzības birojs

« De ce fait, **ces dispositions n'excluent en aucune manière que le soumissionnaire établisse autrement l'existence des liens qui l'unissent aux autres entités dont il fait valoir les capacités aux fins de la bonne exécution du marché auquel il soumissionne.**

En l'occurrence, l'autorité locale du département de Talsi, en tant que pouvoir adjudicateur, impose à un soumissionnaire, à savoir Ostas celtnieks, qui fait valoir les capacités d'autres entités pour l'exécution du marché en cause, d'établir avec ces entités des liens d'une nature juridique précise, de sorte que seuls ces liens particuliers sont susceptibles, aux yeux du pouvoir adjudicateur, de prouver que l'adjudicataire dispose effectivement des moyens nécessaires pour mener à bien l'exécution de ce marché.

En effet, conformément au point 9.5 du cahier des charges, le pouvoir adjudicateur exige que le soumissionnaire, avant la passation du marché public, conclue un accord de partenariat avec ces entités ou crée avec celles-ci une société en nom collectif.

Le point 9.5 du cahier des charges ne prévoit, dès lors, que deux modalités permettant au soumissionnaire d'établir qu'il dispose des moyens nécessaires pour l'exécution du marché en cause, à l'exclusion de tout autre mode de preuve des liens juridiques existant entre ce soumissionnaire et les entités dont il fait valoir les capacités ».

CJUE, 10 octobre 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA, Mannocchi Luigino DI contre Provincia di Fermo

« À ce titre, ce pouvoir adjudicateur doit tenir compte du droit que les articles 47, paragraphe 2, et 48, paragraphe 3, de la directive 2004/18 reconnaissent à tout opérateur économique de faire valoir, pour un marché déterminé, les capacités d'autres entités, **quelle que soit la nature des liens existant entre lui-même et ces entités**, pour autant qu'il prouve au pouvoir adjudicateur qu'il disposera des moyens nécessaires pour l'exécution de ce marché.

(...)

Enfin, la Cour a expressément fait état de la faculté, pour un opérateur économique, de mettre en œuvre, pour exécuter un marché, des moyens qui appartiennent à une ou à plusieurs autres entités, éventuellement en sus de ses propres moyens (voir, en ce sens, arrêts du 2 décembre 1999, Holst Italia, C-176/98, Rec. p. I-8607, points 26 et 27, ainsi que du 18 mars 2004, Siemens et ARGE Telekom, C-314/01, Rec. p. I-2549, point 43).

Il convient donc de considérer que la directive 2004/18 permet le **cumul** des capacités de plusieurs opérateurs économiques en vue de satisfaire aux exigences minimales de capacité fixées par le pouvoir adjudicateur pour autant qu'il soit prouvé à celui-ci que le candidat ou le soumissionnaire qui se prévaut

des capacités d'une ou de plusieurs autres entités disposera **effectivement des moyens de ces dernières qui sont nécessaires à l'exécution du marché** ».

CJUE, 2 décembre 1999, C-176/98, Holst Italia SpA / Comune di Cagliari

« Ainsi, lorsque, pour démontrer ses capacités financières, économiques et techniques en vue d'être admise à participer à une procédure d'appel d'offres, une société fait état des capacités d'organismes ou d'entreprises auxquels elle est liée par des liens directs ou indirects, de quelque nature juridique qu'ils soient, il lui appartient d'établir qu'elle a effectivement la disposition des moyens de ces organismes ou entreprises qui ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution du marché (voir, en ce sens, s'agissant des directives 71/304 et 71/305, arrêt Ballast Nedam Groep I, précité, point 17) ».

Article R2144-2

L'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incomplètes peut demander à **tous les candidats concernés de compléter leur dossier** de candidature dans un **délaï approprié et identique pour tous**.

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

Tous les candidats

CAA, 27 février 2020, n° 17VE01238, Société Labrenne

« A cet égard, la circonstance que la SOCIETE LABRENNE ait été **classée en dernière position** lors de la procédure initiale d'attribution était sans incidence sur l'obligation qui incombait à l'entité adjudicatrice de permettre à cette société de participer à la procédure reprise à la suite de cette défaillance, afin qu'elle soit mise à même de présenter des propositions améliorées. La SOCIETE LABRENNE est donc fondée à soutenir qu'elle devait être invitée à participer à la reprise de la procédure d'attribution et que la procédure de passation en litige est, de ce fait, entachée d'irrégularité ».

CE, 4 mars 2011, n° 344197, Région Réunion

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Saint-Denis-de-la-Réunion que par une lettre du 30 juillet 2010 la société assistant la REGION REUNION dans la conduite de la procédure d'attribution, à la suite d'un appel d'offres ouvert, du marché d'entretien ménager du campus de l'Océan indien, a indiqué à la société FMC Antilles, candidate aux trois lots du marché, d'une part, que sa candidature était complète, et, d'autre part, qu'une autre entreprise ayant été sollicitée pour compléter son dossier de candidature, il lui était également possible de compléter le sien, conformément aux dispositions du I de l'article 52 du code des marchés publics ; que par une lettre du 16 septembre 2010, le président du conseil régional de la Réunion a informé la société FMC Antilles du rejet de ses offres pour les trois lots du marché, au motif de leur caractère incomplet et, par suite, irrégulier au regard des dispositions du 1° du I de l'article 35 du code des marchés publics ; qu'en déduisant des seuls termes de ces courriers que la REGION REUNION avait invité d'autres entreprises que la société FMC Antilles à compléter leur offre, après avoir indiqué à celle-ci que la sienne était complète et sans lui demander, avant d'éliminer son offre, de donner des précisions complémentaires, alors qu'il résulte de cette pièce qu'elle ne se rapportait qu'à la vérification des candidatures conformément aux dispositions du I de l'article 52 du code des marchés publics et non à l'examen des offres dans les conditions prévues aux articles 53 et 59 du même code, le juge des référés du tribunal administratif, qui n'a ainsi distingué ni entre le contenu du dossier de candidature et la teneur de l'offre, ni entre la phase de sélection des candidatures et celle de jugement des offres, a commis une erreur de droit ; que la REGION REUNION est par suite fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, à demander pour ce motif l'annulation de son ordonnance ».

Compléter leur dossier de candidature

CE, 20 Juillet 2022, n° 458427, Commune de Lavandou

« Le règlement de la consultation prévu par une autorité délégante pour la passation d'une délégation de service public est obligatoire dans toutes ses mentions. L'autorité délégante ne peut, dès lors, attribuer ce contrat à un candidat qui ne respecte pas une des exigences imposées par ce règlement, sauf si cette exigence se révèle manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres ou si la méconnaissance de cette exigence résulte d'une erreur purement matérielle d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue ».

CE, 28 mars 2022, n° 454341, Cne Ramatuelle et Sté Tropezina Beach Development

« Règlement de la consultation ayant donné lieu à la conclusion du contrat dont la validité est contestée prévoyant que les candidats devaient remettre un « imprimé DC1 dûment complété et signé ». ...1) **L'exigence ainsi faite aux candidats de remplir un formulaire DC1**, qui est aisément accessible sur le site internet du ministère chargé de l'économie et qui détermine les modalités de présentation des renseignements relatifs à l'objet de la candidature, à l'identité de l'acheteur et du candidat, ainsi que de la déclaration sur l'honneur prévue au 1° du I de l'article 19 du décret n° 2016 86 du 1er février 2016 relative aux cas d'exclusions de la procédure de passation, **n'est pas manifestement inutile**....2) Candidat ayant produit un imprimé DC1 dont la majorité des champs n'étaient pas remplis et **qui n'était pas signé**. ...Sa candidature était, dès lors, **incomplète**, sans qu'ait d'incidence la circonstance que d'autres documents auraient comporté les informations requises. ...Elle aurait par suite dû être écartée comme incomplète, sauf à faire l'objet d'une demande de régularisation, en application du II de l'article 23 du décret du 1er février 2016....3) a) Le fait, pour la personne publique, d'avoir conclu le contrat avec une personne dont la candidature aurait dû être écartée comme incomplète constitue un vice entachant la validité du contrat, qui n'est pas susceptible d'être régularisé devant le juge....b) i) Le vice entachant la procédure de passation du contrat et consistant à retenir une société dont la candidature ou l'offre aurait dû être écartée comme incomplète, ne s'oppose pas nécessairement à la poursuite de l'exécution du contrat conclu avec cette société. Il incombe au juge saisi d'une contestation de la validité du contrat, **au regard de l'importance et les conséquences du vice, d'apprécier les suites qu'il doit lui donner**....ii) Imprimé DC1 produit par le candidat dont l'essentiel des champs n'est pas rempli, y compris l'attestation sur l'honneur selon laquelle le candidat ne relève d'aucun cas d'exclusion obligatoire, aucun des autres documents produits dans le dossier de candidature ne permettant, par ailleurs, de s'assurer qu'elle ne faisait l'objet d'aucune exclusion....**Eu égard à la portée de ce manquement au règlement de la consultation, ce vice ne permet pas la poursuite de l'exécution du contrat et justifie la résiliation de celui-ci**.

Il appartient au juge du contrat, saisi par un tiers d'un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat, de vérifier si, dans les circonstances de l'espèce, le vice entachant la validité du contrat permet, eu égard à son importance et à ses conséquences, la poursuite de l'exécution de celui-ci ».

CE, 3 décembre 2014, n°384180, Département de la Loire-Atlantique

« Considérant qu'aux termes de l'article 52 du code des marchés publics : " I. - Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours. Il peut demander aux candidats n'ayant pas justifié de la capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature de régulariser leur dossier dans les mêmes conditions. (...) " ; Considérant que, pour faire échec à la demande de la société Alho Systembau, le département de la Loire-Atlantique soutient que sa candidature était irrecevable et que cette société est, par suite, insusceptible d'être lésée par les manquements qu'elle invoque, dès lors qu'à l'instar d'autres sociétés du groupement dont elle faisait partie, elle n'a pas transmis un formulaire de candidature DC1 comportant une signature originale de la personne habilitée à engager l'entreprise mais une simple copie ;

Considérant qu'à supposer que le département ait douté de la capacité juridique de tout ou partie des signataires des dossiers de candidature des sociétés membres du groupement ayant la société Léon Grosse pour mandataire lorsqu'il a examiné ces dossiers, il lui était loisible soit de rejeter la candidature de ce groupement soit, en application des dispositions citées ci-dessus de l'article 52 du code des marchés publics, de solliciter une régularisation sur ce point ; qu'ainsi, à défaut de l'avoir rejetée comme irrecevable, le département ne saurait utilement se prévaloir, en défense devant le juge des référés précontractuels, du seul caractère incomplet du dossier de candidature de la société requérante pour soutenir que son argumentation tirée du ou des manquements invoqués serait inopérante ».

DAJ - Fiche technique, examen des candidatures, page n°18

« Avant et pendant l'examen des candidatures, en procédure formalisée comme en procédure adaptée, l'acheteur peut demander aux candidats de compléter le contenu de leur dossier, lorsque :

- manque l'attestation sur l'honneur relative aux interdictions de soumissionner ou une information réclamée pour les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité ;
- manque l'attestation sur l'honneur relative aux interdictions de soumissionner, une information ou une pièce réclamée pour les marchés publics de défense ou de sécurité
- manque la signature de la candidature lorsque l'acheteur a exigé sa signature dans les documents de la consultation ».

Délai approprié et identique pour tous

CE, 3 octobre 2012, n° 359921, Conseil général des Hauts-de-Seine

« Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'instruction que le formulaire " DC1 " remis par la société Columbus Consulting, mandataire du groupement, à l'appui de la candidature de celui-ci, comportait uniquement la signature de cette société, seul le fichier " zip " étant signé par ces trois sociétés, alors que l'article 4.1 du règlement de la consultation exigeait que ce formulaire comporte la signature électronique de chaque membre du groupement ; que, par suite, c'est à bon droit que le département des Hauts-de-Seine a estimé que leur dossier de candidature était incomplet et a demandé en conséquence au mandataire du groupement, en application des dispositions précitées de l'article 52 du code des marchés publics, de compléter ce dossier ; Considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'instruction que le département des Hauts-de-Seine a envoyé à l'adresse électronique de la société Columbus Consulting, le 2 mars 2012 à 11 h 01, un courrier électronique ayant pour objet une demande tendant à compléter son dossier de candidature ; que la société ne pouvait prendre connaissance du contenu de cette demande et en accuser réception qu'en activant le lien électronique inclus dans ce courriel ; qu'il résulte également de l'instruction, en particulier d'un courriel adressé le 13 avril 2012 par la société Atexo, gestionnaire de la plate-forme de dématérialisation, au département des Hauts-de-Seine, que ce message est bien parvenu sur le serveur de messagerie de la société Columbus Consulting ; qu'il appartenait à cette dernière d'activer le lien électronique pour pouvoir accéder au contenu de ce message et compléter le dossier de candidature du groupement dans le délai qui lui était imparti pour ce faire ; que, dans ces conditions, le département des Hauts-de-Seine a pu estimer que le dossier de candidature des sociétés membres du groupement demeurait incomplet et rejeter en conséquence leur candidature ».

CAA Bordeaux, 7 avril 2016, n°14BX02241, Eiffage Construction Sud Aquitaine

« Aux termes du I de l'article 52 du code des marchés publics : " I.-Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours. Il peut demander aux candidats n'ayant pas justifié de la capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature de régulariser leur dossier dans les mêmes conditions. Il en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai. Les candidats qui ne peuvent soumissionner à un marché en application des dispositions de l'article 43 ou qui, le cas échéant après mise en œuvre des dispositions du premier alinéa, produisent des dossiers de candidature ne

comportant pas les pièces mentionnées aux articles 44 et 45 ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché. Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions de l'alinéa précédent sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières (...).

Par ailleurs, la commune d'Anglet ne peut pas utilement se prévaloir de la circonstance que la SA Altuna y Uria n'aurait fait l'objet d'aucune condamnation pour manquement à ses obligations sociales dès lors qu'il n'est pas reproché à cette société de relever de l'interdiction de soumissionner prévue à l'article 52 du code des marchés publics mais de ne pas avoir produit l'ensemble des documents requis par l'article 46 de ce code avant la signature du marché. En outre, la SA Altuna y Uria **ne peut pas davantage utilement se prévaloir de la régularisation a posteriori de sa situation jusqu'à l'année 2010, la production du certificat d'affiliation étant exigée pour la signature du marché** ».

Article R2144-3

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

TUE, 8 juillet 2020 / n° T-661/18, Securitec

« À cet égard, il convient de considérer, à la suite de ce que souligne la requérante, qu'une clause prévoyant la **possibilité d'obtenir après la signature du contrat une formation professionnelle présentée comme étant « minimale » dans le cahier des charges ne peut être jugée conforme à l'égalité de traitement**, car elle peut conduire à l'attribution du marché à un soumissionnaire ne remplissant pas cette exigence alors que d'autres participants, qui disposent de cette formation au moment de l'attribution, ne sont pas retenus.

Par ailleurs, le fait de vérifier, à un stade postérieur à l'attribution du marché, que l'attributaire possède effectivement les compétences professionnelles requises pour exécuter le contrat impliquerait, au **mépris de la sécurité juridique**, que, si l'attributaire se révélait incapable de fournir le certificat concerné, **le contrat soit résilié, une nouvelle procédure devant alors être organisée pour assurer la réalisation du projet faisant l'objet par le marché en cause.** ».

Article R2144-4

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

CJUE, 11 Juin 2020, affaire C-472/19, Vert Marine

« Il ressort, par conséquent, du libellé de l'article 38, paragraphe 9, de la directive 2014/23 que, à l'exception du cas de figure envisagé par le troisième alinéa de cette disposition, un opérateur économique peut apporter la preuve des mesures correctrices adoptées afin de démontrer sa fiabilité malgré l'existence, dans son chef, de l'un des motifs d'exclusion visés à l'article 38, paragraphes 4 et 7, de la directive 2014/23, tels qu'une condamnation prononcée par un jugement définitif pour l'une des raisons énumérées à l'article 38, paragraphe 4, sous a) à f), de la directive 2014/23 ».

Article R2144-5

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

Au plus tard

DAJ - Fiche technique, examen des candidatures, page n°6

« Si l'acheteur a fixé un nombre maximum de candidat admis à participer à la suite de la procédure, cette vérification intervient au plus tard avant l'envoi de l'invitation prévue à l'article 56 du décret n° 2016-360. Cette règle particulière s'explique par la nécessité de s'assurer qu'aucun des candidats

admis à participer à la suite de la procédure s'avère, au final, ne pas présenter les conditions de participation qu'il avait annoncées. Dans un tel cas, cet opérateur économique prendrait la place d'un candidat qui aurait pu satisfaire aux conditions de participation annoncées et qui a été éliminé ; la procédure serait alors viciée ».

CE 25 janvier 2019, N°421844, Société Dauphin Telecom

« 10. En troisième lieu, il résulte de l'instruction que la société Dauphin Télécom a fait l'objet, ainsi qu'il a été dit, d'une procédure de redressement judiciaire ouverte le 25 juin 2009 et qu'à l'issue d'une période d'observation, un plan de redressement prévoyant un apurement du passif sur une durée de neuf ans a été arrêté par un jugement du 4 novembre 2010 du tribunal de commerce de Pointe-à-Pitre, durée ultérieurement portée à dix ans par d'autres jugements. S'il résulte des dispositions combinées de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et des articles 51 et 55 du décret du 25 mars 2016, citées aux points 3 et 4, qu'il lui incombait, pour que le marché puisse lui être attribué, de produire une copie des jugements mentionnés au point 5, la collectivité de Saint-Barthélemy ne pouvait, ainsi qu'il a été dit au point 4, exiger la production de ces justifications en même temps que le dépôt de sa candidature. **Dès lors qu'il résulte par ailleurs de l'instruction qu'elle n'avait pas décidé de limiter le nombre des candidats admis à négocier, elle n'a entaché la procédure d'aucune irrégularité en n'écartant pas la candidature de la société Dauphin Télécom au motif que son dossier de candidature aurait été incomplet et en se bornant à exiger que la société produise les jugements en cause après que son offre eut été retenue.** »

Article R2144-6

L'acheteur peut demander au candidat de **compléter ou d'expliquer** les documents justificatifs et moyens de preuve fournis ou obtenus.

Compléter/expliquer

CJUE 10 oct. 2013, C-336/12, Ministeriet for Forskning c/ Manova A/S

« Le principe d'égalité de traitement doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur demande à un candidat, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures à un marché public, la communication de documents descriptifs de la situation de ce candidat, tels que le bilan publié, dont l'existence avant l'expiration du délai fixé pour faire acte de candidature est objectivement vérifiable pour autant que les documents dudit marché n'aient pas imposé explicitement leur communication sous peine d'exclusion de la candidature. Une telle demande ne doit pas indûment favoriser ou défavoriser le ou les candidats auxquels ladite demande a été adressée ».

CJUE, 29 mars 2012, n° C-599/10, SAG ELV Slovensko

« L'article 55 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens qu'il exige la présence dans la législation nationale d'une disposition telle que l'article 42, paragraphe 3, de la loi n° 25/2006 relative aux marchés publics, dans sa version applicable à l'affaire au principal, qui prévoit, en substance, que, si le candidat propose un prix anormalement bas, le pouvoir adjudicateur lui demande par écrit de clarifier sa proposition de prix. Il appartient au juge national de vérifier, au vu de l'ensemble des pièces du dossier qui lui est soumis, si la demande d'éclaircissement a permis au candidat concerné d'expliquer à suffisance la composition de son offre.

L'article 55 de la directive 2004/18 s'oppose à la position d'un pouvoir adjudicateur qui considérerait qu'il ne lui incombe pas de demander au candidat d'expliquer un prix anormalement bas.

L'article 2 de la directive 2004/18 ne s'oppose pas à une disposition du droit national, telle que l'article 42, paragraphe 2, de ladite loi n° 25/2006, selon laquelle, en substance, le pouvoir adjudicateur peut demander par écrit aux candidats de clarifier leur offre sans toutefois demander ou accepter une modification de l'offre. Dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont dispose ainsi le pouvoir adjudicateur, il incombe à ce dernier de traiter les différents candidats de manière égale et loyale, de telle sorte que la demande de clarification ne puisse pas apparaître, à l'issue de la procédure de

sélection des offres et au vu du résultat de celle-ci, comme ayant indûment favorisé ou défavorisé le ou les candidats ayant fait l'objet de cette demande ».

DAJ - Fiche technique, examen des candidatures, page 19

« Il s'agit ici d'obtenir des éclaircissements ou compléments sur des documents justificatifs ou preuves déjà obtenus par l'acheteur.

Ce dernier peut se trouver dans une situation où il a besoin d'obtenir des compléments ou des explications sur les documents justificatifs ou les preuves fournis ou obtenus, pour pouvoir les analyser. Tel peut être le cas si le document en question est rédigé dans une langue étrangère.

Dans ce cas, le III de l'article 55 du décret n° 2016-360 et l'article 48 du décret n° 2016-361 lui permettent de demander au candidat concerné les compléments ou explications nécessaires. L'égalité de traitement entre les candidats impose que le délai octroyé par l'acheteur soit identique pour tous les candidats. Ce délai doit être raisonnable.

L'acheteur n'a pas l'obligation d'avertir les autres candidats de la mise en œuvre de cette demande de complément ou d'explication.

En application du IV de l'article 55 du décret n° 2016-360 et de l'article 48 du décret n° 2016-361, si le candidat concerné ne fournit pas dans le délai imparti les compléments ou explications demandés, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé ».

Article R2144-7

Si un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans un cas d'exclusion, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur, produit, à l'appui de sa candidature, de faux renseignements ou documents, ou ne peut **produire dans le délai imparti** les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé.

Dans ce cas, lorsque la vérification des candidatures intervient après la sélection des candidats ou le classement des offres, le candidat ou le soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les documents nécessaires. Si nécessaire, cette procédure peut être reproduite tant qu'il subsiste des candidatures recevables ou des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

Produire dans le délai imparti

CAA Douai, 21 décembre 2023, n°22DA01773, Office public de l'habitat des communes de l'Oise

« Il résulte des dispositions précitées de l'article R. 2144-7 du code de la commande publique qu'en l'absence de demande, adressée avant la signature du contrat par l'OPH des communes de l'Oise à la société Agenor CDG, en vue d'obtenir les éléments justifiant de la régularité de sa situation fiscale, ainsi que **la liste de ses salariés étrangers**, la candidature de cette société aurait dû être déclarée irrecevable et écartée, ce qui faisait obstacle à la conclusion du contrat. Les irrégularités commises dans le cadre de la procédure de passation de ce contrat ne peuvent donc donner lieu à une régularisation devant le juge. Par ailleurs, si la société Agenor CDG a produit à l'appui de sa candidature une déclaration sur l'honneur datée du 19 octobre 2020 où elle atteste avoir satisfait à ses obligations fiscales au 31 décembre 2018, ce document, eu égard à la date de la consultation, ne répond pas aux exigences des articles L. 2141-2 et R. 2143-3 du code de la commande publique. En outre, la société n'a pas remis la liste de ses salariés étrangers soumis à autorisation de travail avant la signature du contrat. Dans ces conditions, eu égard à la portée du manquement reproché à l'OPH des communes de l'Oise qui, en omettant de demander cette liste et une attestation justifiant du respect de ses obligations fiscales à la société attributaire, n'a pas vérifié que cette société ne faisait l'objet d'aucune exclusion à ce titre, le vice entachant la procédure de passation ne permet pas la poursuite du contrat et ce, quand bien même la société a justifié de la régularité de sa situation fiscale et produit la liste requise postérieurement à la signature du contrat. Par suite, l'OPH des communes de l'Oise n'est pas fondé à soutenir que le tribunal administratif ne pouvait prononcer la résiliation du contrat litigieux ».

CAA BORDEAUX, 7 Avril 2016, n° 14BX02241, La société Eiffage Construction Sud Aquitaine

« Il résulte du III de l'article 46 du code des marchés publics que l'absence de production des attestations et certificats requis dans le délai imparti devait entraîner l'élimination du candidat dont l'offre a été retenue, ce qui faisait obstacle à la signature du marché avec la SA Altuna y Uria. Ainsi et alors au surplus que les charges sociales influent sensiblement sur le coût de la main d'œuvre et par suite sur la formation des prix, la commune d'Anglet n'est pas fondée à soutenir que l'irrégularité ainsi constatée ne revêtirait pas un caractère suffisamment grave pour justifier l'annulation du contrat. Dans ces conditions, et sans qu'il soit besoin, de se prononcer sur le bien-fondé des autres motifs retenus par le tribunal administratif, ce seul motif justifiait l'annulation du contrat ».

Section 2 - Invitation des candidats sélectionnés

Article R2144-8

L'acheteur invite simultanément et par écrit les candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue.

Article R2144-9

En cas d'appel d'offres restreint, de procédure avec négociation ou de dialogue compétitif, l'invitation comprend au minimum les informations suivantes :

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

TITRE V - PHASE D'OFFRE

Chapitre Ier - Présentation et contenu des offres

Article L2151-1

En cas d'allotissement, les opérateurs économiques ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.

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

Section 1 - Présentation des offres

Sous-section 1 - Délais de réception

Tableau – DAJ- Délais applicables aux marchés publics des pouvoirs adjudicateurs qui sont des autorités centrales

Tableau – DAJ- Délais applicables aux marchés publics des pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités centrales

Article R2151-1

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

TA Lyon, 7 novembre 2024, n° 2410461

« Il incombe au juge des référés de vérifier si le délai de consultation, quand bien même il serait supérieur au délai minimal fixé par les textes applicables, n'est néanmoins pas manifestement inadapté à la présentation d'une offre compte tenu de la complexité du marché public et du **temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leurs candidatures et leurs offres**. En l'espèce, les candidats ont bénéficié d'un délai de 50 jours entre la publication de l'avis de mise en concurrence, le 26 juillet 2024 et la date limite de réceptions des offres, par voie électronique, fixée au 13 septembre 2024. La société SFTP soutient que ce délai, bien que supérieur au délai minimal fixé par les textes cités au point 10 était, compte-tenu notamment de la composition du lot 2, de la nécessité de réaliser une visite sur le site qui n'était pas possible en août compte-tenu des vacances de la personne chargée de l'organiser et du fait qu'il couvrirait le mois d'août, insuffisant pour permettre aux candidats de présenter une offre pertinente. **Toutefois, il ne résulte pas de l'instruction que le délai fixé aurait été manifestement insuffisant pour présenter une offre, eu égard tant aux caractéristiques et à la nature des prestations du lot en litige**, la société requérante, ne produisant en particulier aucun élément de nature à justifier des difficultés rencontrées pour constituer un groupement et établir son offre durant la période estivale, qu'à la circonstance que la visite sur les lieux était seulement préconisée, que les horaires d'ouverture du marché avait été portés à la connaissance des candidats et que la société SFTP connaissait les lieux. De même, il ne résulte pas de l'instruction que ce délai aurait été de nature à favoriser la société attributaire. Au surplus, la société requérante, qui a remis une offre en temps utile qui a été analysée et classée, tout comme la société attributaire et deux autres sociétés candidates, ne démontre pas en quoi le manquement qu'elle invoque, à le supposer même établi, l'aurait lésée ou aurait été susceptible de la léser. Il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de l'insuffisance du délai de remise des offres sur une période non propice doit être écarté. »

TA de Rennes, 17 juillet 2023, n° 2303345, SAS Sysco Fr

« Il résulte de l'instruction que l'avis de marché a été envoyé à la publication le 11 avril 2023. Le délai de trente jours a ainsi commencé à courir le 12 avril 2023 alors que la date limite de réception des offres a été fixée au 11 mai 2023 à 16 heures, et non à minuit de telle sorte que le délai minimal de trente jours n'a pas été respecté. Toutefois, la société Sysco France, qui a remis une offre en temps utile et est au demeurant le titulaire sortant de plusieurs des lots pour lesquels elle a soumissionné, ne démontre pas en quoi ce manquement l'aurait lésée ou aurait été susceptible de la léser eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte. Par ailleurs, **si la société requérante soutient qu'en tout état de cause, un délai supérieur au délai de trente jours aurait dû être accordé en raison de la complexité du marché due au nombre de lots, à la fluctuation des prix des denrées alimentaires et de l'énergie, à la pénurie de certains produits et à la circonstance que le délai de consultation incluait des jours fériés et des vacances scolaires, le délai accordé n'a manifestement pas rendu impossible la présentation de plusieurs offres recevables dans des conditions qui garantissent l'égalité entre candidats**. Aucun manquement ne peut dès lors être retenu à ce titre à l'encontre du pouvoir adjudicateur ».

TA de Montreuil, 6ème chambre, 9 mars 2023, n° 2012821, société Compass Group

« La société requérante soutient que les délais de remise des offres intermédiaires, en réponse aux demandes de compléments, et de l'offre finale étaient insuffisants. **Toutefois, les délais de remise des offres intermédiaires, en réponse aux demandes de compléments, et de l'offre finale technique, ont été suffisants dès lors que les sociétés avaient bénéficié d'un délai de 55 jours pour remettre leur offre initiale et qu'il s'agissait de compléter celle-ci sur certains points seulement, évoqués pour partie en audition. En outre, si le délai de remise de l'offre financière finale était d'un peu moins de 42h, comprenant un jour férié, deux réunions de négociation avaient été organisées auparavant, portant notamment sur les aspects financiers des offres. A ce stade de négociation, le délai de remise de l'offre financière finale, que la société n'a pas contesté, s'il était certes bref, n'apparaît pas manifestement insuffisant, et la société ne justifie pas dans quelle mesure un**

délai supérieur lui aurait permis de présenter une meilleure offre.

Il résulte de ce qui précède que la société requérante n'est pas fondée à soutenir que le délai de remise des offres intermédiaires et finale était insuffisant ».

CAA de Toulouse, 8 déc. 2022, n°21TL23426, Commune d'Aulus-les-Bains

« Il résulte des dispositions et stipulations citées aux deux points précédents que lorsqu'il entend négocier les éléments contenus dans les offres initiales, l'acheteur doit, pour respecter le principe d'égalité de traitement, fixer un délai de remise des offres modifiées en tenant compte de la complexité du besoin à satisfaire et des sujétions s'imposant à lui. Pour apprécier le caractère suffisant de ce délai, il incombe à l'acheteur, sous le contrôle du juge, **de se placer au jour de l'envoi des invitations à participer à la phase de négociation dès lors que celles-ci ont été adressées dans les mêmes formes à l'ensemble des soumissionnaires concurrents** ».

TA Orléans, 9 août 2022, n° 2202408

« La société Mindray qui indique avoir voulu soumissionner pour les trois lots de l'appel d'offre soutient, qu'eu égard à la nature des documents demandés, à leur nombre et à la technicité attendue des solutions proposées, le délai imparti était inadapté, rappelant sur ce point qu'elle a demandé un report de la date limite de réception des offres de quinze jours, report qui lui a été refusé. Arguant du caractère sensible des équipements médicaux à fournir, lesquels étaient destinés à équiper des zones de soins sensibles - à savoir le service de réanimation et les blocs opératoires - et de la teneur de la documentation à fournir, elle a précisé oralement lors de l'audience publique avoir dû constituer une équipe technique de sept personnes qui a dû fournir un travail intense pour être prête à déposer ses offres dans les délais impartis. Toutefois, ainsi que le fait valoir le centre hospitalier, chacun des lots du marché en cause porte sur la fourniture d'équipements communs à la plupart des centres hospitaliers et l'entreprise requérante, qui répond régulièrement à de tels appels d'offres, est spécialisée dans la fourniture d'équipements médicaux destinés aux services hospitaliers. En outre, aucune spécification n'était demandée, les candidats devant présenter en offre de base " un seul modèle d'équipement " répondant au descriptif du cahier des clauses techniques particulières. De plus, si la société Mindray reproche au centre hospitalier d'avoir exigé le dépôt d'un nombre de pièces particulièrement important, il s'agit de pièces demandées de manière quasi systématique dans les appels d'offres formalisés ainsi que cela ressort de l'examen de la liste des pièces demandées. Enfin, s'agissant de la fourniture des certificats de marquage CE, des déclarations de conformité CE et des notices techniques en langue française notamment, ainsi que le fait valoir le centre hospitalier, ces documents recouvrent pour une large partie la documentation fournie par les fabricants pour la mise sur le marché européen d'équipements médicaux. Par suite, alors que les informations demandées ne présentaient aucune spécificité particulière et que la présentation des offres ne revêtait aucune complexité notable, la société Mindray n'est pas fondée à soutenir que les délais de consultation impartis, au demeurant supérieurs au délai minimal fixé par les textes, étaient inadaptés et ne lui permettaient pas de préparer sa candidature et présenter sereinement ses offres, ni qu'il aurait été porté atteinte à l'égalité de traitement des candidats. Le moyen doit donc être écarté. »

CE, 18 juin 2021, n°450283, Société Eiffage

« Il résulte de l'instruction que l'Etat a fixé en dernier lieu au 9 février 2021 la date de remise des offres, laissant aux candidats un délai de **5,5 mois** pour les élaborer. Contrairement à ce que soutient la société requérante, **un tel délai n'apparaît pas manifestement insuffisant au regard tant des caractéristiques du contrat que des circonstances particulières liées à l'épidémie de covid-19**. La société requérante n'établit pas davantage que l'autorité concédante aurait tardé à transmettre certains éléments relatifs aux données de trafic, aux études géotechniques et hydrauliques, utiles à l'élaboration des offres. (...)

Par suite, la requérante n'est pas fondée à soutenir que le refus de l'autorité concédante de prolonger davantage le délai de remise des offres l'aurait conduite à méconnaître l'égalité entre candidats, en ne permettant pas de corriger un avantage concurrentiel résultant de la détention de telles informations ».

TA Paris, 27 janvier 2021, n°2022264, Société AMEO INDUSTRIE

« Il résulte de ces dispositions, applicables aux marchés passés en procédure adaptée, que le délai

laissé aux candidats pour déposer leurs offres, doit être adapté à la complexité du marché et être suffisant pour leur permettre de préparer utilement leur candidature et leur offre ».

CAA LYON, 2 juillet 2020, n°18LY03402, Société Didier D.

« Si l'article 43 du décret du 25 mars 2016 imposait à la commune de fixer le délai de réception des offres en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux candidats pour préparer leur offre, les groupements évincés ne démontrent pas que le délai de onze jours ouvrés imparti aux candidats pour présenter une offre aurait favorisé le groupement de l'agence d'architecture Atelier David Fargette. Par suite, ils ne sont fondés à soutenir ni que sa candidature aurait dû être éliminée comme irrecevable, ni que la procédure suivie a méconnu le principe d'égalité entre les candidats ».

TA Toulon, 16 décembre 2019, n°1904139

« En troisième et dernier lieu, il est constant que le délai de remise des offres accordé par la commune lors de la première procédure avait été fixé à 135 jours. Il résulte de l'instruction que le nouveau délai de consultation, fixé à 30 jours, est manifestement inadapté à la présentation d'une offre compte tenu de la complexité de la délégation concernée et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature. En effet, le respect du cône de visibilité ayant eu pour effet de diminuer de ¼, la surface possible de construction, la société requérante était dans l'obligation d'élaborer un nouveau projet architectural prenant en compte cette nouvelle contrainte. Par ailleurs, en exigeant un établissement accessible avec le prix du ticket moyen inférieur à 40 euros, cette société se devait d'adapter son concept d'établissement qui avait été initialement conçu comme un établissement luxueux avec le prix du ticket moyen fixé à 140 euros. Ainsi, la fixation du délai à 30 jours a constitué un manquement de la commune à ses obligations de publicité et de mise en concurrence qui a directement et gravement lésé la requérante puisqu'elle s'est trouvée dans la totale incapacité de remettre une offre conforme aux documents de la consultation ».

CAA NANCY, 26 février 2019, n°18NC00051, SARL Granimond

« Si le pouvoir adjudicateur est libre, lorsqu'il décide de recourir à la procédure adaptée, de déterminer, sous le contrôle du juge administratif, les modalités de publicité et de mise en concurrence appropriées aux caractéristiques de ce marché, notamment en ce qui concerne le délai laissé aux opérateurs économiques pour lui remettre une offre, celui-ci doit être suffisant, **au regard notamment de l'objet du marché envisagé, de son montant, de l'urgence à le conclure, de la nature des prestations, de la facilité d'accès aux documents de la consultation, de la nécessité éventuelle d'une visite des lieux et de l'importance des pièces exigées des candidats**, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures énoncés par l'article 1er du code des marchés publics, applicables à tous les marchés publics quelle que soit leur procédure de passation ».

CAA Bordeaux, 12 juin 2018, n° 16BX00710, l'association Eau Secours Vallée de l'Ariège et M. E...B.

« En deuxième lieu, il résulte de l'instruction qu'à la suite de la publication le 10 octobre 2011 de l'avis d'appel public à la concurrence sur le site spécialisé " marché-online " des éditions du Moniteur et sur celui de la commune d'Auterive, la date limite de remise des offres était fixée au 3 novembre 2011, laissant **un délai de plus de trois semaines** aux candidats pour y répondre. Il résulte des pièces du dossier que le site a été consulté une quarantaine de fois, que la nature des prestations demandées relatives à la distribution d'eau potable dans la commune ne présente pas une complexité particulière et qu'au demeurant, aucun candidat potentiel ne s'est plaint d'un délai trop court pour répondre à cette offre. Ainsi, **ce délai ne présente pas un caractère manifestement insuffisant** quand bien même un seul candidat à répondu à l'appel d'offre ».

CAA Bordeaux, 4 mars 2010, n°08BX02366, Société Nicollin

« qu'il résulte de l'instruction que la procédure d'appel d'offres ayant été déclarée infructueuse pour le lot n° 2, la communauté d'agglomération a décidé de recourir à la procédure prévue par l'article 35 précité du code des marchés publics et de ne négocier qu'avec les entreprises qui avaient été admises

à présenter une offre lors de la précédente consultation ; qu'elle leur a alors transmis, le 9 février 2007, un dossier de consultation pour le lot n° 2 en leur laissant un délai de dix jours pour remettre leurs offres ; **que les conditions initiales du marché n'ayant pas été modifiées, la SOCIETE NICOLLIN, qui a d'ailleurs remis une offre, n'apporte aucun élément de nature à démontrer que la communauté d'agglomération, qui n'était tenue par aucune disposition législative ou réglementaire pour fixer le délai de remise des offres, aurait porté atteinte au principe d'égalité de traitement entre les candidats en limitant ce délai à dix jours ».**

CE, 16 novembre 2005, n°278646, Ville de Paris

« Que ces dispositions imposent à la personne publique, lorsqu'elle apporte des modifications substantielles à l'objet ou aux conditions initiales du marché, de les porter à la connaissance des entreprises par un avis d'appel public à la concurrence rectificatif et de respecter un **nouveau délai de cinquante-deux jours à compter de l'envoi à publication de cet avis rectificatif pour permettre aux entreprises, éventuellement dissuadées de présenter leur candidature par les indications portées sur l'avis initial, de disposer du délai utile pour déposer une offre** ; que cette obligation s'impose à elle, même lorsque, constatant que l'avis d'appel public à la concurrence publié comporte une erreur qui ne lui est pas imputable, elle décide de procéder à sa rectification par l'envoi d'un avis rectificatif ».

TA Lille, 16 mars 2011, n°1101226

« Considérant qu'en l'espèce, l'avis d'appel public à la concurrence, qui a été publié le **13 janvier 2011** sur le site Internet de la commune et le 14 janvier 2011 au Bulletin officiel des annonces des marchés publics, a fixé la date de remise des offres au **1er février** à 14 h 00 ; qu'il n'est pas contesté par la commune du Touquet Paris Plage que la visite des lieux était nécessaire pour déterminer la nature du produit à proposer ; qu'une telle visite était d'ailleurs rendue obligatoire par l'article 4-4 du règlement de consultation ; que par ailleurs, si le dossier de consultation des entreprises était accessible par téléchargement sur la plateforme de dématérialisation de la commune du Touquet, il résulte de l'article 1er du cahier des clauses techniques particulières du lot n° 11 que les plans sur support informatique au format «.dwg» ou «.dwf» ne seraient transmis que sur demande des candidats ; qu'alors que la SOCIETE FORNELLS a demandé ces plans par un message électronique du 17 janvier 2011, elle soutient sans être contestée n'en avoir jamais reçu communication ; que le montant estimé du lot n° 11 était de l'ordre de **60 000 euros HT** ; qu'enfin la commune n'établit ni même n'allègue aucune urgence pouvant justifier une restriction du délai de passation du marché envisagé ; que, compte tenu de l'ensemble de ces éléments, la SOCIETE FORNELLS est fondée à soutenir que **le délai laissé aux opérateurs économiques intéressés pour soumissionner à l'attribution du lot n° 11 était insuffisant** pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures énoncés par l'article 1er du code des marchés publics ».

Article R2151-2

Les délais de réception des offres présentées dans le cadre d'une procédure formalisée ne peuvent être inférieurs aux délais minimaux propres à chaque procédure, définis au chapitre 1er du titre VI.

Lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur pour l'une des raisons mentionnées à l'article R. 2132-5, le délai minimal de réception des offres est augmenté de cinq jours, sauf urgence dûment justifiée.

Article R2151-3

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

Visite des lieux d'exécution du marché

TA Guyane, 13 Novembre 2023, n° 2301965

« En premier lieu, la société requérante soulève le non-respect des délais de mise en concurrence ; en l'espèce, la CCOG n'aurait pas respecté le délai minimal imposé par le code de la commande publique (article R2161-2) pour la mise en concurrence des entreprises, mais également le délai n'aurait pas été adapté à la complexité du marché et au degré de concurrence et, enfin, le délai entre la date de visite et la date de remise des offres aurait été trop court. (...). Enfin, **il ne résulte pas de l'instruction que le délai laissé aux candidats ait été manifestement inadapté pour permettre la présentation de candidatures et d'offres compte tenu de la date à laquelle a eu lieu la visite aux deux sites organisée par le pouvoir adjudicateur.** Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance des articles R. 2141-3, R. 2161-3 et R. 2151-3 du code de la commande publique doit être écarté. »

TA Paris, 27 janvier 2021, n° 2022264, société Améo Industrie

« Il résulte de l'instruction que l'appel d'offres a été publié le mardi 1er décembre 2020 et que les dates et heure limites de **remise des offres étaient fixées au mardi 15 décembre 2020**, à 12 heures, soit moins de quinze jours plus tard. Par ailleurs, le règlement de consultation des offres impose d'une part, la proposition obligatoire de variantes en complément de la solution de base et d'autre part, une **visite obligatoire** du site pour évaluer le délai et l'importance du chantier que la société requérante n'a pu obtenir que **le 10 décembre 2020. Le cahier des clauses techniques particulières précise qu'avant l'établissement de son offre, l'entreprise est tenue de reconnaître le site, les lieux** aussi bien en ce qui concerne les accès que l'état du bâti et des ouvrages se rapportant à ses prestations, les possibilités d'accès, les dispositions qu'elle a à prendre pour ses installations de chantier et les conditions de raccordements, les contraintes du site (bruits - site occupé - vibrations - poussières...), **les capacités de stockage et de stationnement, les servitudes d'environnement etc., les problèmes de mitoyenneté, l'état des installations existantes afin de mettre en œuvre les moyens appropriés pour l'exécution des ouvrages dans les formes et délais prescrits. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, la Améo Industrie est fondée à soutenir que le délai laissé aux candidats pour soumissionner à l'attribution du marché en litige était insuffisant** pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

6. Ce manquement est susceptible d'avoir lésé la société Améo Industrie au regard des critères d'attribution du marché dès lors que l'insuffisance du délai accordé pour la remise des offres a été de nature à altérer tant la qualité de sa proposition technique que la pertinence de son prix. La procédure de passation doit être annulée dans sa totalité ».

CAA de BORDEAUX, 07 juillet 2016, n°14BX02425, Sociétés Artelia Ville et Transport et Artelia Eau et Environnement

« Par un courrier en date du 31 août 2012, la société Burgeap informait le maître d'ouvrage des motifs pour lesquels elle n'avait pas effectué la visite des lieux exigée dans le règlement de consultation, en faisant état de sa connaissance approfondie du site, qu'elle avait visité dès le 2 octobre 2010 dans le cadre d'un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour la définition des modalités de mise en place de l'installation de stockage de déchets non dangereux, et pour lequel elle avait réalisé le dossier de demande de renouvellement de l'autorisation d'exploiter le gisement de la carrière de Petit Galion pour la société exploitante, ce qui lui avait permis de connaître l'état actuel du site, pour lequel elle faisait état d'une dernière visite en octobre 2011, les méthodes d'exploitation, les aspects hydrologiques, géologiques, géotechniques et environnementaux et les contraintes à prévoir. Il ne résulte pas de l'instruction que l'obligation de visite du site imposée par le règlement de consultation ait eu un autre objet que celui de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer que l'ensemble des candidats connaissaient le lieu d'exécution du marché de maîtrise d'œuvre et les contraintes qui en découlait. **Dans ces conditions, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que l'absence de visite du site et l'absence de récépissé ne pourraient être compensées par la circonstance que la société Burgeap avait connaissance des lieux en qualité d'attributaire d'un précédent marché, ni que le défaut de production d'un récépissé de visite aurait fait obstacle à un examen régulier**

de son offre ».

Article R2151-4

Le délai de réception des offres est prolongé dans les cas suivants :

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

Complément d'informations

TA Toulouse, 16 juillet 2024, n° 2403857

« Il résulte de l'instruction que, le 8 avril 2024, à 17h36, **soit un peu plus de dix jours avant la date limite pour la réception des offres, fixée au 19 avril 2024, la société DEF a sollicité trois compléments d'information auprès de l'entité adjudicatrice.** Ceux-ci portaient, d'une part, sur le lot incluant la programmation du concentrateur et, le cas échéant, sur la nécessité de fournir un protocole d'essai documenté si cette prestation était incluse dans le lot portant sur le système de sécurité incendie pour lequel elle souhaitait soumissionner, d'autre part, sur la référence du spectre utilisé pour la résistance aux perturbations électromagnétiques et enfin, sur la possibilité de formuler des observations concernant les points bloquants dans l'attestation demandée au paragraphe V.2 du règlement de la consultation. Il est constant qu'aucune réponse ne lui a été apportée. La société DEF soutient que l'absence de réponses à ces questions, dont elle soutient qu'elles étaient essentielles à la bonne compréhension des spécifications techniques, en particulier celle liée à la résistance à des champs électromagnétiques de 50 volts par mètre, l'a empêchée de finaliser son offre et de la déposer dans les délais impartis. **Toutefois, en adressant de telles demandes via la plateforme dématérialisée seulement six heures et vingt-quatre minutes avant la clôture du délai mentionné à l'article IV.4.1 du règlement de la consultation, sans par ailleurs indiquer à l'entité adjudicatrice en quoi elles lui paraissaient indispensables à la présentation de son offre, la société requérante, qui ne fait état d'aucune circonstance particulière justifiant un tel manque de diligence, ne saurait être considérée comme les ayant faites en temps utile au sens des dispositions précitées de l'article R. 2132-6 du code de la commande publique. Il s'ensuit que, dans les circonstances de l'espèce, l'entité adjudicatrice n'était pas tenue d'y répondre et, par voie de conséquence, n'était pas davantage tenue de prolonger le délai de remise des offres. »**

TA Rennes, 9 août 2024, n° 2404137

« Il apparaît néanmoins que la société Omnikles a demandé le mercredi 22 mai 2024, soit 17 jours après la publication des documents de la consultation, la communication du code source. Cette communication a été effectuée par Mégalis le lundi 27 mai. **La requérante a sollicité des compléments le 5 juin 2024, soit 9 jours après la communication du code, aux motifs, d'une part, que la communication des informations, scripts d'initialisation ou modus operandi étaient nécessaires et, d'autre part, que certains liens hypertextes n'étaient pas accessibles. Alors que Mégalis fait valoir que la communication du code source s'était accompagnée de fichiers explicatifs et de fichiers de configuration, la requérante ne précise pas les motifs pour lesquels 9 jours lui ont été nécessaires pour constater l'insuffisance alléguée des informations transmises. De plus et alors même que Mégalis n'a pas répondu à la demande d'informations complémentaires en date du 5 juin 2024 au motif qu'elle était présentée hors du délai prévu à l'article 4.1 du règlement de consultation, la requérante ne conteste pas sérieusement que la connaissance du détail du code source n'était pas indispensable à la présentation d'une offre de tierce maintenance, une fois connue l'ordre de grandeur du nombre de lignes de code et du nombre de fonctions.** Par ailleurs, si la société requérante fait valoir que certains éléments des cahiers de clauses techniques particulières (CCTP) étaient trop succincts, sans détailler les motifs pour

lesquels ces lacunes alléguées l'ont empêché d'optimiser son offre, il ne résulte pas de l'instruction que les éléments en cause, relatifs à la solution d'annuaire, aux modules de messagerie sécurisée, de publicité et de cryptographie, aux outils de rédaction de marché et à l'outil " Pastell ", ainsi qu'aux indicateurs et compte-rendu demandés, aient été insuffisants ou incomplets. La société n'est pas davantage fondée à soutenir que la description de la variante obligatoire du lot n° 1, qui renvoie aux attendus et engagements de service du CCTP commun, est lacunaire. Dans ces conditions, **la requérante n'est pas fondée à soutenir que la procédure de passation du lot n° 1 est entachée d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence en ce que, d'une part, des informations insuffisantes lui auraient été transmises, en méconnaissance des principes de transparence et d'égalité de traitement, et, d'autre part, l'acheteur aurait été tenu de prolonger le délai de réception des offres en application du 1° de l'article R. 2151-4 précité ».**

CE, 22 janvier 2007, n°294290, syndicat des transports d'ile-de-france

« Le SYNDICAT DES TRANSPORTS D'ILE-DE-FRANCE n'a pas manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence **en indiquant par courrier électronique**, en réponse à la question d'un candidat, que les honoraires devaient correspondre à des tarifs horaires, dès lors que ce courrier a été diffusé à l'ensemble des personnes qui avaient demandé un dossier pour déposer leur candidature »

Modifications importantes

TA, Cergy-Pontoise, 16 août 2024, n° 2410839

« **La société Etandex soutient que l'acheteur public aurait ajouté une prestation substantielle de désamiantage en méconnaissance des termes de l'article 5 du règlement de la consultation qui prévoyait que seules des modifications de détail pouvaient intervenir, et ce, au plus tard dix jours avant la date limite de réception des offres. Il résulte toutefois de l'instruction, et notamment des termes mêmes de l'article 5 du règlement de la consultation cité au point 7, que dès le lancement de la procédure, celle-ci prévoyait une prestation de désamiantage.** Si cette prestation n'a alors pas été définie avec précision, cette circonstance est imputable, ainsi que mentionne le règlement de la consultation et l'a rappelé la société Soprema entreprises à l'audience, au caractère inachevé des rapports de diagnostic. Par ailleurs, dès le 24 mai 2024, les candidats ont reçu un courriel de l'acheteur indiquant : " Dans le cadre de l'opération, un rapport en recherche d'amiante démontre la présence d'amiante au sein du pare-vapeur. / Les candidats doivent donc prendre en compte dans l'approche technique et financière de leur offre cette contrainte (Plan de retrait amiante - confinement). / Il est également à considérer que les TAN et l'isolation thermique sont contaminées par l'amiante et par conséquent à déposer à l'identique des matériaux contenant de l'amiante. / Un additif au CCTP sera ajouté sous peu. / Le délai de réponse se trouve ainsi décalé au 10 juin 2024. " avant qu'une annexe 4 au CCTP ne soit établie le 11 juin 2024. En outre, alors que la société soutient avoir été contrainte de remettre une offre le 17 juin 2024, il résulte de l'instruction qu'un délai complémentaire a été laissé aux parties, courant jusqu'au 8 juillet 2024 à 11h00 pour présenter leur offre finale et qu'en outre, en ce qui concerne la requérante plus particulièrement, par un courrier en date du 2 juillet 2024, le maître d'œuvre lui a demandé de bien vouloir confirmer son offre s'agissant du lot désamiantage, lui permettant ainsi de l'expliciter voire de la compléter. **Par suite, la requérante n'est pas fondée à soutenir que le maître d'ouvrage aurait, en méconnaissance du règlement de la consultation, imposé aux candidats une prestation nouvelle ou aurait substantiellement modifié le dossier de consultation. En tout état de cause, il résulte de ce qui a été dit que les candidats ont, contrairement à ce que soutient la requérante, ont disposé d'un délai de près d'un mois à compter de l'élaboration du nouveau CCTP pour intégrer cette prestation à leur offre, prolongation qui peut donc être regardée comme proportionnée à l'importance du complément demandé. Le moyen doit donc être écarté. »**

CE, 27 novembre 2019, n°432996, Commune d'Hautmont

« La modification ainsi apportée par la commune au dossier de consultation, qui a porté uniquement sur les **modalités de cheminement des cercueils** au sein de l'établissement, **ne peut être regardée comme une modification substantielle** des conditions de consultation. Dans ces conditions, la

commune, en prolongeant de neuf jours le délai de remise des offres, a laissé un délai suffisant, compte tenu de la nature et de la portée de cette modification d'ordre matériel, pour permettre aux participants d'en prendre connaissance et d'adapter leur offre. Par suite les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que la commune aurait méconnu les dispositions de l'article 4 du décret du 1er février 2016 en ne prolongeant pas suffisamment le délai de remise des offres ».

CAA, 20 mars 2014, n°13LY01241, commune de Dracy-le-Fort c/ société G1 Fermetures

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'offre de la société Perroux a consisté en la fourniture et l'installation, non pas d'une porte vitrée un vantail avec traverse intermédiaire repère 5 de dimensions 0,88 x 2,16 m ht destinée à servir de porte de service, mais en la fourniture et l'installation de deux portes vitrées de cette dimension ; que cette offre a été jugée pertinente par la commission d'appel d'offres de la commune de Dracy-le-Fort eu égard à la circonstance que le **rédacteur du cahier des clauses techniques particulières aurait omis de mentionner dans ce document qu'il convenait de prévoir deux portes de service, ce qu'aucune autre mention dans ledit document ne précisait clairement ; que la commune de Dracy-le-Fort n'a toutefois pas informé** la société G1 Fermetures, qui comme la troisième société soumissionnaire, avait déposé une offre ne comportant que la fourniture d'une unique porte de service, **de la possibilité de modifier son offre afin qu'elle puisse proposer pareillement deux portes vitrées** ; qu'il ressort du rapport d'analyse des offres que la commune de Dracy-le-Fort a directement retranché du prix proposé par la société Perroux, indiqué comme s'élevant à 55 802,38 euros, la somme de 1 817 ,92 euros correspondant au prix de la porte supplémentaire incluse dans l'offre de cette dernière, ceci afin de comparer les prix proposés par l'ensemble des trois candidats ; qu'en procédant de cette manière la commune de Dracy-le-Fort n'a pas respecté comme elle se devait de le faire, les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures tels que posés par le II de l'article 1er précité du code des marchés publics ; qu'elle a ainsi entaché la procédure de passation du marché litigieux d'une irrégularité. »

Article R2151-5

Les offres reçues hors délai sont éliminées.

CE, 03 juin 2022, n°461899, Société Saur

« Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Nantes que la société Saur a tenté, en vain, de déposer sa candidature, par voie électronique, le 13 janvier 2022 dans la matinée, alors que par application de l'article 6.1 du règlement de la consultation, le délai pour remettre cette candidature expirait à midi ce même jour. Elle n'a finalement remis sa candidature au siège du syndicat mixte Atlantic'Eau qu'à 17h. **La société Saur faisait valoir devant le juge des référés que cet échec était imputable, d'une part, au fait qu'un des deux liens hypertextes mentionnés à l'article 6 du règlement de la consultation, qui permettait accès direct au réseau informatique de l'autorité concédante, était défectueux et, d'autre part, à la circonstance qu'elle avait été contrainte de confier le téléchargement de sa candidature à une salariée peu expérimentée en raison de la dégradation soudaine de l'état de santé de la salariée qui devait initialement accomplir cette tâche. Il résulte toutefois des énonciations de l'ordonnance attaquée, non contestées sur ce point, que si un des deux liens hypertextes ne permettait pas le téléchargement d'une candidature, l'autre lien, également mentionné dans le règlement de la consultation, fonctionnait correctement et avait d'ailleurs permis la remise en temps utile de plusieurs candidatures. »**

TA Caen, 8 novembre 2022, n° 2202338, société Easybike c/ dpt de la Manche

« En débutant le téléchargement de son offre seulement sept minutes avant l'expiration de l'heure limite fixée par le pouvoir adjudicateur, la société Easybike, qui avait, par ailleurs, déjà obtenu du pouvoir adjudicateur un report de la date de remise des offres, **ne peut être regardée comme ayant accompli, en temps utile, les diligences normales attendues d'un candidat pour le téléchargement de son offre.** Dans ces conditions, le département de la Manche n'a pas méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats en rejetant l'offre de la société Easybike comme tardive. »

CE, 23 septembre 2021, n° 449250, RATP

« Si l'article R. 2151-5 du code de la commande publique prévoit que les offres reçues hors délai sont éliminées, l'acheteur public ne saurait toutefois rejeter une offre remise par voie électronique comme tardive lorsque le soumissionnaire, qui n'a pu déposer celle-ci dans le délai sur le réseau informatique mentionné à l'article R. 2132-9 du même code, établit, d'une part, **qu'il a accompli en temps utile les diligences normales attendues d'un candidat pour le téléchargement de son offre et, d'autre part, que le fonctionnement de son équipement informatique était normal**

... En constatant, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, d'une part, que l'impossibilité pour la société Alstom-Aptis de transmettre son offre dématérialisée dans le délai imparti n'était imputable ni à son équipement informatique, ni à une faute ou une négligence de sa part dans le téléchargement des documents constituant son offre et, d'autre part, que la RATP n'établissait pas le bon fonctionnement de sa plateforme de dépôt et en déduisant de ce constat que **la tardiveté de la remise de l'offre de la société Alstom-Aptis était imputable à un dysfonctionnement de cette plateforme qui faisait obstacle à ce que la RATP écarte cette offre comme tardive**, le juge des référés n'a commis aucune erreur de droit ».

TA de Dijon, 28 décembre 2018, n°1803328

« La société Numericarchive soutient que le pouvoir adjudicateur a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence dès lors que son offre a été rejetée à tort comme parvenue hors délai. Toutefois le règlement de la consultation et l'avis de marché publié au JOUE le 16 octobre 2018 prévoyaient que les date et heure limites de remise des offres étaient fixées au 15 novembre 2018 à 17 h 00. Il est constant que l'offre de la société requérante a été déposée le 15 novembre 2018 à 17:00:25 comme en atteste l'accusé de réception émis par la plateforme utilisée par le pouvoir adjudicateur. Ainsi cette offre parvenue postérieurement à l'heure limite fixée par les documents de la consultation devait être éliminée. **La société requérante ne peut utilement faire valoir à cet égard que certaines plateformes utilisées par d'autres pouvoirs adjudicateurs ne décomptent pas les secondes**, cette circonstance étant sans incidence sur le caractère tardif de la remise de son offre. Par suite, la société Numericarchive n'est pas fondée à soutenir que le département de la Côte-d'Or a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence en rejetant son offre. »

Sous-section 2 - Modalités de remise**Article R2151-6**

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

TA Rouen, 13 septembre 2024, n° 2403392

« Il résulte de l'instruction et notamment des mémoires techniques de la société requérante et de la société MBTP, qui a présenté une offre pour le lot n° 21 du marché litigieux que les sociétés disposent en partie des mêmes moyens humains, plusieurs personnes occupant les mêmes fonctions dans les deux sociétés, des mêmes moyens matériels, la présentation des moyens logistiques est identique, les deux sociétés utilisent les services de la même société de transport et travaillent avec les mêmes fournisseurs, présentent une méthodologie d'étude du besoin de l'établissement similaire et proposent des prix identiques à la différence près que ceux de la société requérante sont 3% plus élevés que ceux de la société MBTP. Dans ces conditions, outre la circonstance que les deux sociétés sont présidées par la même société, les offres des sociétés TPR et MBTP ne peuvent être regardées comme formulées de manière indépendante et révèlent une absence d'autonomie commerciale. **La société requérante fait valoir que si les deux sociétés doivent dès lors être regardées comme un seul opérateur économique, en application des dispositions rappelées de l'article R. 2151-6 du code de la commande publique, la dernière offre déposée devait être analysée par le pouvoir adjudicateur. Toutefois, il appartient au pouvoir adjudicateur d'examiner et d'apprécier les faits, afin de déterminer si le rapport existant entre deux entités a exercé une influence concrète sur le contenu respectif des offres déposées dans le cadre d'une même procédure d'adjudication publique, la constatation d'une telle influence, sous quelque forme que ce soit, étant suffisante**

pour que lesdites entreprises puissent être exclues de la procédure. Compte tenu de ce qui a été dit au point 7, il résulte de l'instruction que les offres des sociétés MBTP et TPR ont eu une influence certaine l'une sur l'autre. Les deux offres étaient dès lors irrégulières. La société requérante n'est ainsi pas susceptible, en l'espèce, d'avoir été lésée. Par suite, la demande de la société TPR ne peut qu'être rejetée. »

CE, 20 déc. 2021, n°454801, Société TDS

« Or, d'une part, ces dispositions, outre qu'elles ne sont pas applicables à la passation des concessions, n'ont pas pour effet de conduire à regarder toute transmission comme une offre. D'autre part, le seul renvoi par le règlement de la consultation à un guide d'utilisation de la plateforme où devaient être déposées les offres sur lequel figurait la mention selon laquelle " Si vous devez modifier ou rajouter une pièce à votre réponse déjà déposée : tout déposer à nouveau et au complet car le dernier envoi prévaut !!! ", ne pouvait, en tout état de cause, dispenser l'autorité concédante de constater que la seconde transmission ne comportait qu'un document et ne pouvait être raisonnablement regardée comme se substituant au dossier de candidature transmis antérieurement ».

CE, 8 déc. 2020, n° 436532, Métropole Aix-Marseille Provence

« **Si deux personnes morales différentes constituent en principe des opérateurs économiques distincts, elles doivent néanmoins être regardées comme un seul et même soumissionnaire lorsque le pouvoir adjudicateur constate leur absence d'autonomie commerciale, résultant notamment des liens étroits entre leurs actionnaires ou leurs dirigeants, qui peut se manifester par l'absence totale ou partielle de moyens distincts ou la similarité de leurs offres pour un même lot.** Par suite, dès lors qu'il a relevé, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, d'une part, que les offres litigieuses des sociétés CMT Services et Compagnie méridionale d'applications thermiques pour le lot n° 12 émanaient de deux sociétés filiales d'un même groupe et, d'autre part, qu'elles étaient identiques et ne pouvaient être considérées comme des offres distinctes présentées par des opérateurs économiques manifestant leur autonomie commerciale, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, qui a suffisamment motivé son ordonnance, n'a pas commis d'erreur de droit en en déduisant que la métropole devait être regardée comme ayant retenu, pour le même lot, deux offres présentées par un même soumissionnaire ».

Article R2151-7

L'acheteur peut interdire aux candidats, dans les documents de la consultation, de présenter pour le marché ou certains de ses lots plusieurs offres **en agissant à la fois** :

- 1° En qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ;
- 2° En qualité de membres de plusieurs groupements.

En agissant à la fois**CJCE, 23 déc. 2009, aff. C-376/08, Serrantoni SRL, Consorzio Stabile edili SCRL c/ Cne di Milano**

« Le droit communautaire doit être interprété en ce sens qu'il **s'oppose à une réglementation nationale**, telle que celle en cause au principal, **qui prévoit, lors de la procédure de passation d'un marché public** dont le montant n'atteint pas le seuil prévu à l'article 7, paragraphe 1, sous c), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, mais qui revêt un intérêt transfrontalier certain, **l'exclusion automatique de la participation à cette procédure** et l'infliction de sanctions pénales **à l'encontre tant d'un groupement stable que des entreprises qui sont membres de celui-ci, lorsque ces dernières ont présenté des offres concurrentes de celle de ce groupement dans le cadre de la même procédure, quand bien même l'offre dudit groupement n'aurait pas été déposée pour le compte et dans l'intérêt de ces entreprises. »**

Article D. 2151-7-1

Le seuil prévu au second alinéa de l'article L. 2151-1 à partir duquel les entités adjudicatrices peuvent autoriser les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le

nombre de lots susceptibles d'être obtenus est fixé à dix millions d'euros hors taxes.

Sous-section 3 - Variantes

Article R2151-8

Les acheteurs peuvent autoriser la présentation de variantes dans les conditions suivantes :

- 1° Pour les marchés passés selon une procédure formalisée :
 - a) Lorsque le marché est passé par un pouvoir adjudicateur, les variantes sont interdites sauf mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;
 - b) Lorsque le marché est passé par une entité adjudicatrice, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;
- 2° Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans les documents de la consultation.

Variante

TA Poitiers, 26 novembre 2024, n° 2402862

« Il résulte de l'instruction que les dispositions du point 2.3 du règlement de consultation n'autorisaient pas la présentation de variantes par les candidats. S'il est exact que le cahier des charges techniques particulières prescrivait, dans son point 1.4.2.1 relatif au plancher type D-Dalle, les compositions et exigences techniques concernant la réalisation d'une dalle mixte bois-béton et que le département de la Vienne, par courrier du 25 juillet 2024, a invité les candidats à proposer des " produits équivalents au plancher type D-Dalle ", cette indication, qui avait pour seul but d'informer les candidats de la possibilité de proposer un plancher d'une marque différente que la marque D-Dalle(r) sans pour autant les autoriser à proposer un plancher autre qu'un plancher bois-béton, n'autorisait pas les candidats à présenter une variante en méconnaissance des dispositions du point 2.3 du règlement de consultation. Dans ces conditions, le département de la Vienne n'a pas admis de manière irrégulière dans la procédure de consultation des variantes. Par suite, et alors que la société Moreau Lathus et Cie qui a obtenu la note de 57/60 sur le critère technique, et qu'a pu elle-même présenter un produit équivalent lui permettant d'obtenir la même note que la société attributaire sur le critère technique, le moyen doit être écarté. »

CAA BORDEAUX, 19 juin 2017, n° 15BX02593, Société Société Lafitte Paysage

« Une offre qui comporte un procédé d'exécution différent de celui qui est prévu dans le cahier des clauses techniques particulières constitue une variante, même si sa mise en œuvre permettrait la réalisation d'un ouvrage conforme à celui qu'a demandé la personne publique ».
« un procédé non de fabrication, mais d'exécution différent de celui qui était prévu dans le [CCTP] » constituait « une variante ».

En examinant puis en retenant cette offre variante alors que la société [retenue] n'avait présenté qu'une offre de base lors du dépôt de sa candidature, la commune avait remis en cause les conditions de l'appel à concurrence et méconnu les principes fondamentaux de la commande publique, notamment le principe de l'égalité de traitement entre les candidats ».

CAA de BORDEAUX, 15 novembre 2016, n°15BX00190, Dpt Pyrénées-Atlantiques

« Pour condamner le département des Pyrénées-Atlantiques à indemniser la Société nouvelle Paybou de son manque à gagner à la suite de l'annulation du marché en litige, le tribunal administratif de Pau a retenu que l'offre remise par cette dernière avait été écartée, à tort, comme irrégulière au motif qu'aucun des documents de consultation de la procédure de mise en concurrence n'interdisait aux entreprises de proposer des variantes. Cependant, le règlement de consultation des entreprises du marché en litige interdisait bien de telles variantes dès lors que son article 2.1 disposait que : " Le dossier de consultation des entreprises comporte une solution de base. Aucune variante n'est autorisée ". Il résulte de l'instruction que la Société nouvelle Paybou a présenté une offre comprenant, pour les onze menuiseries devant être utilisées comme issues de secours dans le bâtiment de la gare de Ley, des portes entièrement fabriquées en aluminium alors même que le cahier des clauses techniques particulières prévoyait exclusivement la pose de portes mixtes en bois et aluminium. Une telle variante

étant interdite, l'offre de la Société nouvelle Paybou était irrégulière. Si cette dernière société soutient que les portes en litige ne pouvaient, en tout état de cause et pour des raisons tenant tant à l'impossibilité technique de les fabriquer qu'au respect de normes de sécurité, être composées à la fois de bois et d'aluminium, une telle circonstance ne pouvait suffire, en l'absence de modification des documents de consultation pour toutes les entreprises soumissionnaires, et quand bien même la procédure de passation était une procédure adaptée, à régulariser l'offre de la Société nouvelle Paybou. Dans ces conditions, la Société nouvelle Paybou ne pouvait être regardée comme ayant été privée d'une chance sérieuse d'obtenir le marché. La circonstance que l'offre de la société Jean Salet était également irrégulière n'est pas de nature à justifier d'une telle perte de chance. »

CE, 21 octobre 2015, n° 391311, SA Test

« Considérant qu'il résulte des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel que l'article 3-6 du règlement de la consultation exclut les variantes et options ; que, selon les articles 1-2 et 3-2 du cahier des clauses techniques particulières, les enquêtes, objet du marché, devaient être réalisées selon deux modes opératoires complémentaires, respectivement par un déplacement des enquêteurs au domicile des ménages et par téléphone, chacun de ces deux types d'enquêtes donnant lieu à un questionnaire spécifique conformément à l'article 2-7 du même document ; que, s'agissant des enquêtes à domicile, il résulte de l'article 3-3 du même cahier des clauses techniques que la maîtrise d'ouvrage exigeait des candidats qu'ils formulent obligatoirement " Dans un souci de réduire les coûts de la collecte (...) et d'optimiser la qualité des données collectées " deux propositions alternatives de saisie des données, l'une s'effectuant sur support écrit et l'autre directement sur support numérique ; qu'en outre, l'article 5-1 du règlement de la consultation mentionne parmi les " Justificatifs (ou contenu) de l'offre : / (...) - Décomposition du prix global et forfaitaire (chiffrer obligatoirement les deux solutions) " et que l'article 6 de ce même règlement prévoyait pour le jugement des propositions une seule et même liste de critères d'analyse de la valeur technique ; qu'enfin, l'acte d'engagement distingue à son article Prix le " Montant de la solution 1 - Enquête face à face " du " Montant de la solution 2 - Support numérique " et demande aux candidats de s'engager sur les montants de chacune des solutions ; qu'ainsi le juge des référés précontractuels, qui a justement relevé que l'exigence posée par les documents de la consultation, tendant à ce que les candidats présentent une proposition de saisie des données sur support numérique, devait être regardée comme une solution alternative à la saisie sur support papier et ne pouvait être assimilée ni à une option, ni à une variante, ne pouvait, sans dénaturer les pièces du dossier qui lui était soumis, considérer que la communauté urbaine n'avait pas porté à la connaissance des candidats le fait que les deux solutions feraient l'objet d'une appréciation séparée, selon les mêmes critères, et que le pouvoir adjudicateur se réservait la possibilité de sélectionner uniquement l'une de ces deux solutions ; qu'il suit de là qu'il y a lieu d'annuler l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a annulé la procédure de passation du marché litigieux ».

Conseil d'État, 12 mars 2012, n°353826, Société Clear Channel France

« Considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'instruction que la société V.Y.P. Affichage et Communication a proposé au soutien de son offre plusieurs dessins et modèles pour les différents types de mobiliers urbains, notamment les panneaux publicitaires et les abris voyageurs, dont le marché prévoyait la fourniture, l'installation et l'entretien, alors même qu'aucun des documents de la consultation n'autorisait les candidats à proposer, pour chaque type de mobilier, différents modèles ou " design ", et que, par un courrier du 1er août 2011 adressé à tous les candidats, la COMMUNE DE VILLIERS-SUR-MARNE avait indiqué à ces derniers qu'il n'était pas possible de proposer plusieurs design ; que, même si les différents dessins et modèles proposés par la société V.Y.P. Affichage et Communication ne pouvaient être regardés comme des variantes au sens des dispositions précitées de l'article 50 du code des marchés publics dès lors qu'ils ne comportaient aucune modification des spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation, la société V.Y.P. Affichage et Communication n'en a pas moins méconnu ces documents en s'abstenant d'indiquer au pouvoir adjudicateur, pour chaque type de mobilier urbain exigé, le mobilier qu'elle entendait proposer, et en le mettant ainsi dans l'impossibilité d'apprécier son offre sur ce point et de faire application du critère de jugement des offres relatif à la valeur esthétique des mobiliers ; que, par suite, la société V.Y.P. Affichage et Communication n'est pas fondée à soutenir

que la COMMUNE DE VILLIERS-SUR-MARNE a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en rejetant son offre comme irrégulière ».

Article R2151-9

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

TA Grenoble, 31 mai 2024, n° 2104051

« Il résulte de ces dispositions qu'une variante constitue un élément de l'offre. Dès lors qu'elle n'est ni irrégulière, ni inappropriée, ni inacceptable, le pouvoir adjudicateur est tenu de l'analyser au même titre que l'offre de base. En l'espèce, les stipulations de l'article 2.3 du règlement de la consultation imposaient aux candidats à l'attribution du lot n°1, la présentation d'une offre variante de véhicules urbains thermiques ou autres. **Toutefois et alors même que cela lui est opposé par la requérante, le pouvoir adjudicateur ne justifie pas avoir examiné l'offre variante présentée par les candidats. Le moyen doit, par suite, être accueilli.** »

TA Guyane, 29 Juill. 2022, n° 2200933

« En l'espèce, la Communauté de communes des Savanes n'a pas précisé, dans l'avis d'appel à la concurrence du 30 septembre 2021, le caractère obligatoire des variantes dont elle annonçait seulement qu'elles seraient prises en considération, et dont le règlement de consultation initial indiquait le caractère facultatif. La collectivité ne justifie pas davantage avoir informé les candidats au lot 2 du marché, dans l'avis modificatif de l'avis d'appel à la concurrence, de l'introduction d'une variante exigée. A cet égard, et compte tenu des avis diffusés aux opérateurs économiques, l'insertion de cette exigence dans le règlement de consultation modifié, ne pouvait suffire à satisfaire l'obligation d'information prévue à l'article R. 2151-9 précité du code de la commande publique. ... Dès lors, en écartant l'offre de la société Guyanet environnement comme irrégulière au motif qu'elle ne comportait pas de variante, la Communauté de communes des Savanes a méconnu les obligations de publicité et de mise en concurrence lui incombant en application du code de la commande publique ».

Article R2151-10

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

Exigences minimales

TA Rouen, 12 août 2024, n° 2402864

« D'autre part, l'énonciation, par le règlement, des **exigences auxquelles est subordonnée la présentation de variantes ne peut se concevoir comme une autorisation de déroger aux prescriptions inhérentes à l'objet même du marché ou à ses caractéristiques principales** ».

TA Pau, 2 septembre 2024, n° 2402098

« La société Etandex, qui n'a pas présenté une offre variante qui n'aurait pas été retenue, soutient néanmoins que la procédure a été viciée par le fait que, en méconnaissance de ces dispositions, les documents de la consultation n'indiquaient pas les exigences minimales que les variantes devaient respecter. **Il résulte cependant de l'instruction qu'à aucun moment de la procédure, la requérante n'a sollicité les précisions qu'elle aurait estimées indispensables à l'établissement de son offre, dans la perspective d'une négociation ne pouvant porter sur les exigences minimales qu'elle devait respecter. Surtout, alors qu'il n'est pas contesté, que la société Etandex a pu participer à toutes les étapes de la procédure avec négociation en améliorant son offre dans les mêmes conditions que l'autre candidat, elle ne peut soutenir avoir pu être lésée par l'irrégularité tenant à l'absence de précision quant aux exigences minimales. En tout état de cause, le manquement**

ainsi allégué, à le supposer même avéré, n'est pas susceptible d'avoir lésé la société requérante, dont l'offre n'a pas été écartée comme irrégulière pour ne pas avoir respecté les exigences minimales formulées dans les documents de la consultation. Ainsi, et alors que l'offre retenue constituait l'offre de base de la société attributaire, la société Etandex n'établit pas en quoi cette irrégularité supposée aurait été, soit de nature à favoriser son concurrent, soit susceptible de l'avoir empêchée de présenter une offre satisfaisant davantage aux besoins du pouvoir adjudicateur. Ainsi, elle ne démontre pas avoir été lésée par le manquement allégué du pouvoir adjudicateur à ses obligations de mise en concurrence. Ce moyen sera donc écarté ».

TA Versailles, 1 mars 2023, n° 2301080, société Guinier Génie Electrique

« En l'espèce, il résulte de l'instruction, notamment des termes de l'avis d'appel public à la concurrence, que la présentation de variantes pour l'attribution du lot en litige n'était pas autorisée. Il est, par ailleurs, constant que la société requérante n'a pas proposé une offre de base et, de manière séparée, une proposition de variante mais une unique offre proposant un seul type de produit. Il ne peut, dans ces conditions, lui être reproché d'avoir fait preuve d'inertie en ne sollicitant pas d'informations complémentaires sur la portée des termes du cahier des clauses techniques particulières. Par ailleurs, il n'est pas établi ni même allégué, que l'offre de la société requérante était incomplète ou méconnaissait la législation applicable au lot en litige. **La commune d'Evry-Courcouronnes ne peut utilement alléguer le non-respect des exigences minimales prévues à l'article R.2151 10 du code de la commande publique, dès lors que de telles exigences ne doivent être mentionnées dans les documents de la consultation que dans le cas où la présentation de variantes est autorisée et pour l'appréciation de celles-ci.** Par suite, en rejetant comme irrégulière l'offre de la société Guinier Génie Electrique au seul motif qu'elle présentait le caractère d'une variante, la commune d'Evry-Courcouronnes a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, un tel manquement étant susceptible d'avoir lésé la société requérante, dont l'offre n'a pas été examinée en tant qu'offre de base ».

TA Melun, 21 septembre 2022, n° 2208892, société VYP Affichage et Mobilier Urbain

« La société VYP Affichage et Mobilier Urbain soutient que l'article 5 du règlement de consultation ne précisait pas les exigences minimales auxquelles les variantes devaient répondre et que ce manquement aux dispositions de l'article R 2151 10 du code de la commande publique a nécessairement affecté le contenu des offres, dès lors qu'il ne permettait pas aux candidats d'identifier les attentes du pouvoir adjudicateur, et porte atteinte au principe d'égalité entre les candidats. Toutefois, la société requérante ne peut utilement se prévaloir de ce que les dispositions de l'article R 2151 du code de la commande publique auraient été méconnues dès lors que, eu égard à la portée de ces dispositions et au stade de la procédure auquel il se rapporte, **le manquement invoqué, à le supposer établi, n'est pas susceptible de l'avoir lésée ou de risquer de la léser, fût-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente.** Par ailleurs, **la circonstance que les exigences minimales n'aient pas été précisées dans les documents de la consultation n'est pas de nature à faire obstacle à la présentation d'une offre de base, même si la société requérante a précisé lors de l'audience que l'intérêt de déposer une offre réside dans la présentation de variantes, l'offre de base ne permettant pas de se démarquer par rapport à ses concurrents. Dès lors, ce moyen doit être écarté.** »

CE, 26 févr. 2020, n° 436428, Commune Saint-Julien-en-Genevois

« En jugeant que l'absence de limite quantitative à ces prestations avait méconnu le principe de la définition préalable par l'autorité concédante de l'étendue de ses besoins et avait laissé à la commune une marge de choix discrétionnaire, alors que ce tableau permettait de comparer les prix unitaires des différentes offres, et, au surplus, que les candidats admis à concourir étaient à même de demander des précisions sur ce point à l'autorité concédante s'ils l'estimaient souhaitable, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Grenoble a commis une erreur de droit. ».

Article R2151-11

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

fournitures ou à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services.

Section 2 - Informations et documents à produire dans l'offre

Article R2151-12

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

Article R2151-13

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

L'indication sur la sous-traitance

CE, 09 juill. 2007, n°297711, Syndicat entreprises générales de France-bâtiment travaux publics et autres

« En ce qui concerne le paragraphe II de l'article 48 du code des marchés publics : Considérant que les requérants ne demandent l'annulation de l'article 48 du code des marchés publics annexé au décret attaqué qu'en ce qui concerne son paragraphe II, aux termes duquel : Dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers, notamment à des petites et moyennes entreprises telles que définies par l'article 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, ou à des artisans ; **que ces dispositions permettent uniquement au pouvoir adjudicateur d'obtenir des informations sur la sous-traitance du marché envisagé, mais ne sauraient avoir légalement pour effet d'autoriser le pouvoir adjudicateur à retenir les conditions de la sous-traitance comme un critère de sélection des offres pour l'attribution d'un marché** ; que, par suite, le moyen tiré du caractère discriminatoire de ces dispositions doit être écarté ».

Petites et moyennes entreprises

Recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003

« Microentreprise: elle emploie moins de 10 personnes et son chiffre d'affaires annuel (montant d'argent perçu à une période donnée) ou son bilan (état des actifs et des passifs de la société) n'excède pas 2 millions d'euros,

Petite entreprise: elle emploie moins de 50 personnes et son chiffre d'affaires ou son bilan n'excède pas 10 millions d'euros,

Moyenne entreprise: elle emploie moins de 250 personnes et son chiffre d'affaires n'excède pas 50 millions d'euros ou son bilan n'excède pas 43 millions d'euros ».

Article R2151-14

Dans les documents de la consultation, l'acheteur peut exiger que les soumissionnaires fournissent, comme **moyen de preuve de la conformité** aux **spécifications techniques**, aux critères d'attribution ou aux conditions d'exécution du marché, un rapport d'essai d'un organisme d'évaluation de la conformité accrédité, conformément au règlement (CE) n° 765/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des

produits et abrogeant le règlement (CEE) n° 339/93 du Conseil, ou un certificat délivré par un tel organisme. Lorsqu'il exige un certificat établi par un organisme d'évaluation identifié, il accepte un certificat établi par un organisme équivalent.

Lorsqu'un opérateur économique n'a pas accès aux certificats ou aux rapports d'essai mentionnés à l'alinéa précédent ni la possibilité de les obtenir dans les délais fixés par l'acheteur, ce dernier accepte d'autres moyens de preuve appropriés.

Moyen de preuve de la conformité et organisme équivalent

TA, Rennes, 28 Juin 2023, n° 2302951, société Access BTP

« Il résulte de l'instruction qu'au titre de la qualification des intervenants, **le département a imposé que " l'entreprise mandataire devra se prévaloir d'un avis technique du CSTB en cours de validité sur le procédé mis en œuvre ", sans comporter la mention " ou d'un organisme équivalent "**. S'il apparaît nécessaire que le département du Morbihan puisse s'assurer de la qualité de la résine proposée eu égard à l'objet du marché, une telle omission a eu nécessairement pour effet de favoriser certains acteurs du secteur du marché litigieux, dont la société attributaire et d'en exclure d'autres, la société Access BTP soutenant, sans être sérieusement contredite, que la procédure pour obtenir un tel avis est particulièrement longue et incompatible avec les délais de remise des offres. Le département a ainsi manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, sans qu'il ne puisse utilement faire valoir qu'il n'a pas éliminé comme irrégulière l'offre d'un des candidats qui ne comportait pas cet avis, ce dont au surplus il ne justifie pas. **Toutefois, outre qu'il résulte de l'instruction que la société Access BTP ne disposait, pour la résine qu'elle a proposée, ni d'un avis technique du centre scientifique et technique du bâtiment ni même d'un avis de conformité équivalent, la certification Qualibat qu'elle a présentée au titre de son activité ne pouvant tenir lieu d'un tel avis, son offre était, ainsi qu'il a été dit, irrégulière pour les deux motifs exposés aux points 9 et 11.** Dans ces conditions, le manquement relevé a été insusceptible de l'avoir lésée.

Il résulte de ce qui précède qu'aucun manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible d'avoir lésé la société requérante ne peut être retenu à l'encontre du département du Morbihan. Dès lors, les conclusions à fin d'annulation de la requête ne peuvent qu'être rejetées ».

TA, Rouen, 4e chambre, 31 Janvier 2023, n° 2103156, société Hygrotop Assèchement

« Il résulte de l'instruction que le préfet de la Seine-Maritime a exigé des candidats qu'ils fournissent, comme moyen de preuve de la conformité de la solution proposée aux spécifications techniques, **un certificat d'avis favorable délivré par un organisme de contrôle agréé**. Le certificat Qualibat dont se prévaut la société requérante atteste de ce que la société requérante bénéficie d'une certification au titre de son activité, **sans attester que** le procédé qu'elle proposait avait reçu un avis favorable d'un tel organisme de contrôle agréé. Par suite, le moyen tiré de l'erreur de fait doit être écarté.

11. Il résulte de ce qui précède que, le préfet de la Seine-Maritime n'ayant pas commis de faute de nature à engager sa responsabilité en rejetant l'offre de la société Hygrotop Assèchement comme étant irrégulière, les conclusions indemnitaires formulées par cette dernière ne peuvent qu'être rejetées. Il y a lieu, par voie de conséquence, de rejeter ses conclusions présentées au titre des frais liés à l'instance ».

Spécifications techniques

CAA Douai, 8 Octobre 2024, n° 23DA00402, Société Hygrotop Assèchement

« En l'espèce, le 2.2 du V du cahier des clauses techniques particulières du marché en litige d'une part imposait le recours à un procédé électronique pour le traitement des remontées capillaires et d'autre part indiquait que le procédé devait faire l'objet d'un brevet et d'un avis favorable délivré par un organisme de contrôle agréé et être conforme à la norme ROHS. Il citait par ailleurs des marques d'appareils électroniques en précisant que les appareils utilisés devaient correspondre à ce type de matériels. **Il ne résulte ni de cette stipulation, ni d'aucune autre pièce du dossier de consultation qu'un brevet particulier ou l'utilisation exclusive des marques d'appareils citées aient été exigés**, alors par ailleurs que le préfet de la Seine-Maritime démontre que

différents fabricants proposent des appareils électroniques brevetés sur le marché. **Ces spécifications techniques n'ont ainsi pas eu pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits.** En tout état de cause et surtout, les spécifications techniques contestées étaient justifiées par l'objet du marché dès lors qu'elles permettaient de garantir l'efficacité du procédé utilisé par le candidat. »

Autres moyens de preuve appropriés

TA Grenoble, 7 juin 2024, n° 2403476

« En l'espèce, le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) précise que le " procédé () devra posséder un avis technique CSTB spécifique d'injections de résine expansive sous fondations, validé par un organisme de contrôle, précisant les modalités de conception de mise en œuvre et de contrôle du procédé. / Les analyses suivantes, effectuées par un organisme indépendant de l'entreprise et du fournisseur de résine, doivent être jointes à l'offre () ". Il est constant que **cette formulation**, quoique peu claire, **permettait de candidater en justifiant d'une certification équivalente à celle du CSTB et ne méconnaît ainsi pas les dispositions précitées ».**

Article R2151-15

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

Fiche technique : La remise d'échantillons, de maquettes et de prototypes dans le cadre de la passation des marchés publics

La fourniture d'échantillon

TA Clermont-Ferrand, 6 mai 2024, n° 2400677

« Il résulte des documents de consultation que **l'acheteur se réservait la possibilité de demander des échantillons au premier ou aux trois premiers des candidats pressentis et non à la totalité des candidats ayant présenté une offre recevable.** Le règlement de consultation prévoit que le critère de la qualité et de la valeur technique des offres, affecté du coefficient 5, est apprécié au travers du mémoire technique du candidat et des échantillons. Dès lors, **en évaluant la qualité et la valeur technique des offres soit sur le seul mémoire technique pour certains candidats soit sur le mémoire technique et sur les échantillons présentés pour d'autres candidats**, la communauté de communes de Sucs a porté atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats et a opéré un système de pré-sélection des offres qui a nécessairement eu pour effet d'accorder un avantage aux seules sociétés ayant été invitées à fournir des échantillons et a été de nature à léser l'entreprise requérante auquel la fourniture d'échantillons n'a pas été demandée. »

Preuve du dépôt de l'échantillon

TA, Marseille 4 mai 2020, n° 2002331, Société X

« La société requérante affirme avoir remis les échantillons obligatoires au département des Bouches-du-Rhône et, pour en justifier, elle produit un bon de livraison de son transporteur la société Schenker pour un colis d'échantillon portant comme destinataire le conseil départemental des Bouches-du-Rhône et son adresse. **Toutefois, ce bon de livraison est daté du 13 janvier 2020 tout en comportant la date d'émargement déjà imprimée du 14 janvier 2020 avec la mention "signataire : Mme Clair" et le département des Bouches-du-Rhône produit, en défense, une attestation de son directeur des ressources humaines selon laquelle aucun agent du département ne porte le patronyme de Mme Clair.** Ce récépissé comme les échanges de mails avec son transporteur faisant notamment mention du point GPS de la livraison ne peuvent établir la remise des échantillons au département des

Bouches-du-Rhône alors que la livraison des échantillons obligatoires devait se faire, selon l'article 9 du règlement de consultation, au service des marchés dans un bureau précisément identifié de l'hôtel du département, ce qui implique la remise d'une attestation de dépôt, que la société requérante ne produit pas. Dans ces conditions, et en l'absence de présentation des échantillons obligatoires, les offres de la société requérante ne respectaient pas le règlement de la consultation, étaient incomplètes et irrégulières et le département des Bouches-du-Rhône était tenu de les rejeter. Dès lors, la société requérante n'est pas susceptible, en l'espèce, d'avoir été lésée et ne risque pas d'être lésée, fût-ce de façon indirecte, par le manquement qu'elle invoque tiré du caractère anormalement des offres des attributaires des lots en cause. Par suite, ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative doivent être rejetées. »

Investissement significatif

Réponse du Ministère de l'économie, des finances et de la relance publiée dans le JO Sénat du 10/02/2022 - page 771

« Ce n'est que lorsque l'acheteur exige que les offres remises par les soumissionnaires soient accompagnées d'échantillons, de maquettes, de prototypes, ou de tout document permettant d'apprécier l'offre et que ces exigences conduisent à un investissement significatif pour les entreprises soumissionnaires, que l'article R. 2151-15 du code de la commande publique impose à l'acheteur de verser une prime ».

TA Versailles, 15 juill. 2019, n° 1707597, Société Pitch Promotion SNC

« Il ressort de l'article 57 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, que la caractérisation d'un investissement significatif doit reposer sur une **analyse objective des frais avancés** pour constituer une offre régulière, quels que soient les candidats. Au regard du montant du marché qui s'élevait à 11,8 millions d'euros HT, et de son caractère global, la commune était en droit de demander des documents permettant d'analyser la pertinence des offres et de s'assurer des capacités professionnelles des prestataires afin de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Pour constituer son offre, la société requérante a eu recours aux services d'un maître d'œuvre, dans la mesure où les pièces demandées par la commune nécessitaient un avancement du projet au moins au niveau de l'avant-projet sommaire (APS) et de définir précisément le projet de construction. Ainsi, les entreprises candidates, qui ont fourni des prestations de conception adaptées au seul appel d'offres relatif au centre administratif de Corbeil-Essonnes ont supporté une charge plus élevée que celle généralement supportée par les candidats ou soumissionnaires aux marchés publics. Par suite, et alors d'ailleurs que seules deux entreprises ont candidaté à l'attribution du marché, en ne prévoyant aucune prime de participation dans la procédure litigieuse la commune a violé l'article 57 III du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, et a commis une faute, susceptible d'engager sa responsabilité quasi-délictuelle ».

Article R2151-16

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

Chapitre II - Examen des offres

Section 1 - Offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées

Article L2152-1

L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées.

Article R2152-1

Dans les procédures adaptées sans négociation et les procédures d'appel d'offres, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées.

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

CE 18 juillet 2024, n° 492938, Association NAYMA

« Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la CADEMA a rejeté les quatre offres de l'association NAYMA comme irrégulières au motif que celle-ci avait, en méconnaissance de l'article 1.4 du règlement de la consultation, **présenté une offre sur plus de deux des quatre lots qui composaient le marché**. Si l'article II.1.6 de l'avis d'appel public à la concurrence indiquait, contrairement au règlement de consultation, qu'il était possible de soumettre des offres sur tous les lots, **cette contradiction entre les documents du marché était aisément décelable par les candidats qui ne pouvaient se méprendre de bonne foi sur les exigences du pouvoir adjudicateur telles qu'elles étaient formulées dans le règlement de la consultation, auquel ils devaient se conformer**. Par conséquent, en jugeant que, faute d'avoir interrogé le pouvoir adjudicateur pour lever cette ambiguïté, l'association NAYMA ne pouvait soutenir que celui-ci avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en écartant ses offres comme irrégulières, le juge des référés du tribunal administratif de Mayotte n'a pas commis d'erreur de droit ».

CAA, Paris, 10 Fév. 2023, n° 22PA00023, Société Ardimanni et Benedetti

« Il résulte de l'instruction **qu'en cours de négociation, le pouvoir adjudicateur a transmis aux sociétés candidates le classement de leur offre initiale** par la commission d'appel d'offres et les notes qu'elle avait obtenues sur les deux critères du prix et de la valeur technique. Les offres ont ainsi fait l'objet d'un classement avant d'être déclarées inacceptables. Toutefois, dès lors que le pouvoir adjudicateur est tenu d'écarter les offres inacceptables, **cette circonstance n'est pas de nature à entacher la procédure d'irrégularité** ».

Article L2152-2

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

Article R2152-2

Dans toutes les procédures, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

La **régularisation** des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles.

Irrégulière

TA Lyon, 5 novembre 2024, n°2410291

« Le règlement de la consultation d'un marché est obligatoire dans toutes ses mentions. Le pouvoir adjudicateur ne peut, dès lors, attribuer le marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par ce règlement. Toutefois, une offre ne saurait être regardée comme ne respectant pas les exigences du règlement de la consultation au seul motif que le prix qu'elle propose est supérieur au montant maximum de l'accord-cadre figurant dans le règlement de la consultation ».

TA Poitiers, 6 octobre 2023, n°2302509, Société Philippe Vediaud Publicité

« Selon l'article 8.2 du règlement de consultation, intitulé contenu des dossiers réponses : « Chaque candidat devra fournir un dossier complet comportant : En phase offres : sous dossier mémoire technique. Documents à produire / nombre maximal de page. 1. Moyens techniques et humains dévolus au service objet de la concession en vue de garantir un parfait état et le bon usage du mobilier () 15 pages. Déploiement et calendrier de mise en page () 4 pages. Fiches descriptives du mobilier proposé () 10 pages. Démarches environnementales () 6 pages. () Le document doit respecter le formalisme de la présentation prévu () ainsi que le nombre de page limite et comprendre toutes les informations que le concessionnaire souhaite valoriser dans son dossier technique. Le non-respect du nombre de page entraîne soit la pénalisation de la note à raison de 0,25 points par page supplémentaire soit l'élimination de l'analyse complète du document au-delà de 3 pages supplémentaires sur l'ensemble des documents du mémoire technique. () ». L'article 8.2 a été modifié en cours de procédure et a prévu la possibilité de présenter une offre comportant 15 pages pour chacun des quatre documents composant le mémoire technique, soit au total 60 pages.

5. Il résulte de l'instruction que l'offre de la société Philippe Vediaud Publicité a été rejetée en ce qu'elle ne respectait pas les prescriptions du règlement de consultation et en particulier celles de son article 8.2 pour avoir dépassé le nombre de pages maximal prévu pour la présentation des quatre documents composant le mémoire technique. La société Philippe Vediaud Publicité soutient que ce motif qui a conduit à l'exclure est infondé en ce qu'elle a respecté les conditions de présentation des offres en déposant une offre comportant 17 pages pour le document 1, 11 pages pour le document 2, 17 pages pour le document 3, et 15 pages pour le document 4, soit un volume total de 60 pages et que le rejet de son offre est irrégulier et constitutif d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Si le choix d'imposer un nombre maximum de pages pour le mémoire technique peut permettre de faciliter l'analyse des offres et leur comparaison, il résulte, toutefois, de l'instruction que le règlement de consultation n'a pas défini les conditions de présentation du mémoire technique autrement que par cette limitation du nombre de pages, et n'a pas posé d'exigence notamment sur la taille de la police d'écriture employée ou sur la composition et la mise en forme de chaque page. Si la société Philippe Vediaud Publicité a choisi d'insérer pour chaque page du document quatre encarts et si elle a eu recours à une taille de police de caractère réduite, elle a néanmoins respecté le nombre requis de pages par le règlement de consultation, la numérotation interne au sein de chaque page étant sans incidence. En outre, le document établi par la requérante conserve sa lisibilité laquelle est favorisée d'une part par la présentation, imposée par le règlement de consultation, sous forme de quatre fichiers informatiques séparés en format pdf qui permet aisément et en tant que de besoin un agrandissement pour en faciliter la lecture, et d'autre part par l'insertion de photos et de schémas explicatifs qui permettent d'aérer la présentation. Ainsi, la société requérante est fondée à soutenir que la commune de Tonnay-Charente a, en écartant son offre, manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

8. Il résulte de ce qui précède et alors que la société requérante peut se prévaloir d'un intérêt lésé que la procédure d'attribution doit être annulée à compter de l'analyse des offres, sans qu'il soit besoin de statuer sur le second moyen invoqué par la requérante ».

TA Montreuil, ord. 28 juillet 2023, Sté Interface conseil, n°2308306

« L'exigence prévue à l'article 5.2 du règlement de consultation n'apparaît pas comme manifestement dépourvue de toute utilité, au regard notamment de son intérêt pour faciliter l'analyse des offres et leur comparaison. De surcroît, si la société requérante fait valoir, légitimement, l'imprécision de cette exigence qui ne prévoit pas de taille de police ou d'interlignes particulières, il est constant que le mémoire technique comporte 104 pages hors références et CV, dépassant ainsi de 30% le format requis sans possibilité de le respecter en modifiant uniquement la mise en forme ».

CAA Nancy, 21 juin 2023, n° 20NC02252, Sté Granger

« Il résulte de la rédaction de ces documents que la seule interdiction expressément prévue résultait de la mention suivante : " aucune modification ne doit être apportée au bordereau des prix ". **En proposant dans le bordereau de prix, un prix de zéro euro au sous-critère prix kilométrique total sur une base de 90 kms/ jour /véhicule, la société Granger n'a pas modifié ce bordereau** et a fait le choix, comme elle le fait valoir dans ses écritures, de faire un geste commercial en indiquant dans la

colonne du bordereau un montant zéro. Ainsi, et **alors qu'aucun principe ou règle n'interdit une offre à prix zéro et que le département n'a pas dans les documents de la consultation interdit expressément une proposition d'un prix nul l'offre de la société Granger ne pouvait pas être qualifiée d'offre irrégulière**. La société requérante est donc fondée à soutenir que, contrairement à ce qu'a jugé le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, c'est à tort que le département de la Marne a rejeté son offre pour ce motif. Le département de la Marne a donc commis une faute de nature à engager sa responsabilité ».

CE, 7 fév. 2023, n° 461935, Métropole Toulon-Provence-Méditerranée

« **Un pouvoir adjudicateur ne peut attribuer un marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par le règlement de la consultation.**

13. Il résulte de l'instruction que l'article 1.2 du cahier des clauses techniques particulières de la consultation en litige prévoit que les scellements des mobiliers doivent être neufs et que le point 5.5 du règlement de consultation précise que " la platine de fixation, comprise dans les fournitures, sera **scellée dans un massif en béton de construction neuve**, dont les caractéristiques seront déterminées et fournies dans le mémoire justificatif technique, sans toutefois dépasser 500 mm de profondeur, afin de ne pas occasionner de gêne en cas de présence de réseaux enterrés. / Les visseries des scellements seront protégées par un tissu gras ou équivalent, afin que la Métropole T.P.M. puisse, lors de la dépose du mobilier, désolidariser sans contrainte les éléments du dit scellement.

14. Il résulte de l'instruction que la société attributaire du marché a prévu une **réutilisation de certains scellements des mobiliers déposés**. C'est, dès lors, en **méconnaissance de la prescription** imposée par le règlement de consultation de construire des scellements neufs que son offre a été jugée irrégulière par le pouvoir adjudicateur. Une telle méconnaissance a nécessairement lésé la société Prismaflex International, qui était la seule autre candidate ».

CAA de Marseille, 23 mai 2023, n° 21MA01841, Sécurité eau secours

« La candidate attributaire du marché, l'AMS Croix Blanche, a présenté son offre en se prévalant d'une exonération de taxe sur la valeur ajoutée en application du b. du 1° du 7 de l'article 261 du code général des impôts. A supposer même qu'elle n'ait pas été fondée à se prévaloir d'une telle exonération, il en résulterait seulement que l'association AMS Croix Blanche devrait acquitter cette taxe, sans que cela ait une quelconque incidence sur la somme qui lui était due par la métropole Aix-Marseille-Provence au titre des prestations, objet du marché en litige, le prix ayant été fixé au montant proposé dans l'offre et donc définitivement convenu. Par suite, et sans qu'il soit besoin de demander la production de la pièce relative au prix payé à l'AMS Croix Blanche au titre du marché antérieur au marché en cause dont elle était également attributaire, **l'offre de l'association, qui n'obère pas l'éventuel assujettissement des prestations concernées à la taxe sur la valeur ajoutée, ne peut être regardée comme méconnaissant la législation applicable en matière fiscale** au sens des dispositions de l'article 59 décret du 25 mars 2016 citées ci-dessus, ni, par suite, comme étant irrégulière »

CE, 22 nov. 2022, n° 454480, Commune de Dumbéa

« La commune de Dumbéa faisait valoir devant le tribunal administratif comme devant la cour que l'offre initiale de la société Epureau était " irrégulière " car elle ne justifiait pas de l'engagement de la société Nantaise des Eaux, dont elle se prévalait, pour intervenir à ses côtés comme sous-traitant ou cotraitant. Toutefois, **l'examen des moyens techniques et humains qu'un opérateur économique entend consacrer à l'exécution d'un contrat de la commande publique relève de l'appréciation de la valeur technique de l'offre et la circonstance invoquée par la commune ne suffisait pas à caractériser une irrégularité de l'offre** au sens des dispositions précitées de l'article L. 2152-2 du code de la commande publique. Il en résulte que le moyen tiré de l'irrégularité de l'offre initiale de la société Epureau était en tout état de cause, tel qu'il était formulé, inopérant. La cour n'a, par suite, entaché son arrêt ni d'erreur de droit en ne le retenant pas, ni d'insuffisance de motivation en n'y répondant pas expressément. »

CE, 10 oct. 2022, n° 455691, Sté Action développement loisir

« Il résulte de l'article L. 2261-15 du code du travail que les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel rendues obligatoires par arrêté ministériel s'imposent aux candidats à l'octroi d'une délégation de service public (DSP) lorsqu'ils entrent dans le champ d'application de cette convention. ...2) Par suite, une offre finale mentionnant une convention collective inapplicable ou méconnaissant la convention applicable ne saurait être retenue par l'autorité concédante et doit être écartée comme irrégulière par celle-ci ».

CE, 1 avril 2022, n° 458793, Sté Bourdarios

« D'une part, il ressort des documents de la consultation, et notamment du point 1.4, que le montant estimé du marché s'élevait à 62,7 millions d'euros hors taxe pour la partie investissement de la conception et de la réalisation, et comprenait notamment la réalisation de deux prestations supplémentaires éventuelles liées à une crèche et à un restaurant inter-administration. Le point 3.3 précise que la création de cette deuxième prestation supplémentaire pourrait être décidée lors de la phase de dialogue. Il est constant que les candidats ont été informés lors de la phase de dialogue que l'estimation de 62,7 millions d'euros comprenait uniquement le projet de base et la crèche, à l'exclusion du restaurant inter-administration, qui devait néanmoins être inclus dans le projet. Par suite, la société Eiffage Construction Midi-Pyrénées n'est pas fondée à soutenir que l'offre retenue, qui portait sur un projet plus large, excédait irrégulièrement ce montant, au demeurant estimatif ».

CAA Marseille, 25 oct. 2021, n° 20MA03008, SAS Sumitomo Chemical Agro Europe

« Il résulte de ce qui précède, d'une part, qu'à la date de l'instruction de l'offre de la société CERA et de l'attribution du marché, la société CERA ne disposait d'aucune autorisation de mise sur le marché pour le produit " Aquabac XT ". D'autre part, la circonstance qu'elle ait fourni une justification de dépôt de demande d'autorisation de mise sur le marché du produit " Aquabac XT " effectuée le 6 septembre 2013 et une attestation sur l'honneur d'enregistrement et d'autorisation du produit " Aquabac XT " à base de " bacillus Thuringiensis israelensis " ne sauraient valoir autorisation de mise sur le marché. Dès lors, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens de la requête, la SAS Sumitomo Chemical Agro Europe est fondée à soutenir que l'offre de la société CERA, qui ne comportait pas l'autorisation de mise sur le marché exigé par les documents de la consultation, était irrégulière pour ce motif ».

CAA Nantes, 18 juin 2021, n°20NT03004, Société Action Développement Loisir

« D'une part, il résulte des dispositions citées au point 5 qu'alors même que ni la législation alors applicable en matière de passation de délégations de service public, dont l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, ni le règlement de consultation de la délégation de service public en litige ne prévoyait un examen des candidatures au regard de la convention collective appliquée par l'entreprise candidate, **une offre qui méconnaît les stipulations d'une convention collective doit être regardée comme méconnaissant la législation en vigueur et revêt, dès lors, un caractère irrégulier.** (...)

Il résulte de tout ce qui précède que l'offre de la société ADL, méconnaissant les stipulations de la convention collective nationale du sport, doit être regardée comme méconnaissant la législation en vigueur. **Son offre était ainsi irrégulière, et non inacceptable** ainsi qu'il a été jugé en première instance, et aurait pu pour ce motif être éliminée. Cette société n'est alors pas susceptible d'avoir été lésée par les différents manquements qu'elle invoque, alors même que son offre a été classée à l'issue de la procédure de passation du marché et rejetée pour un autre motif. Elle n'est pas davantage fondée à soutenir utilement que l'offre retenue aurait dû être écartée comme irrégulière ou inacceptable ».

CAA Bordeaux, 5 mai 2021, n°19BX00259, EHPAD

« Il résulte de l'instruction, ainsi que le soutient la société Pouquet, que la société Sd Bat Go n'a pas rempli les deux tableaux récapitulatifs dans le cadre du DPGF (*décomposition du prix global et forfaitaire*) fourni pour le lot " gros oeuvre " pour les travaux d'extension et de restructuration. Elle n'a ainsi pas renseigné dans les tableaux récapitulatifs fournis dans le cadre du DPGF, les montants HT et TTC relatifs à l'installation du chantier, aux démolitions, fondations, élévations, aux parachèvements, aux réseaux EP, EU, EV et aux ouvrages divers, mais a directement indiqué les montants HT et TTC

des travaux d'extension et de restructuration. Par suite, **n'ayant pas complété le cadre de réponse fourni du DPGF comme prescrit par le règlement de la consultation, l'EHPAD Suzanne Valadon était tenu, en application de l'article précité du règlement de consultation, d'écarter l'offre de la société Sd Bat Go comme étant irrégulière.** Par suite, il ne pouvait pas attribuer le marché litigieux à cette société, qui ne respectait pas une des prescriptions imposées par son règlement, et se contenter de lui attribuer zéro point au sous-critère relatif au respect du cadre DPGF ».

CE, 24 déc. 2020, n° 439430, la chambre de commerce et d'industrie de région Paris Ile-de-France

« **En jugeant que la seule référence, dans la réponse de la société, à la volumétrie des licences actuelles du marché n'avait pu, dans les circonstances de l'espèce et compte tenu de l'ensemble des réponses apportées par la société Antarès, créer une ambiguïté sur le prix de zéro euro proposé pour les licences dans le cadre de la PSE et en déduisant que l'offre de la société ne pouvait être regardée comme irrégulière,** le juge des référés n'a entaché son ordonnance ni d'une erreur de droit, ni d'une dénaturation des pièces du dossier.

En second lieu, après avoir jugé que l'offre de la société Antarès était dénuée d'ambiguïté, le juge des référés a relevé, par un motif surabondant, qu'en réponse à une mesure d'instruction qu'il avait ordonnée, **la société avait confirmé que le prix de zéro euro indiqué par tranches de licences dans son offre serait maintenu en cas d'augmentation du volume des licences** dans le cadre de la PSE pouvant être mise en oeuvre dans le nouveau marché. Il s'ensuit que la CCIR n'est pas fondée à soutenir que le juge des référés aurait, en diligentant une telle mesure qui, selon elle, s'apparente à une demande de régularisation de l'offre de la société Antarès, entaché son ordonnance d'une erreur de droit, d'une méconnaissance de son office et d'une irrégularité.

Il résulte de tout ce qui précède que la chambre de commerce et d'industrie de région Paris Ile-de-France n'est pas fondée à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque ».

CE, 27 mai 2020, n° 435982, Sté Clean Building

« La circonstance que l'offre du concurrent évincé, auteur du référé contractuel, soit irrégulière **ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir de l'irrégularité de l'offre de la société** attributaire du contrat en litige. Tel est notamment le cas lorsqu'une offre peut être assimilée, par le juge des référés dans le cadre de son office, à une offre irrégulière en raison de son caractère anormalement bas ».

Rép. min. Masson n° 23976, JO Sénat, 2 mars 2017

« Le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ne contient pour sa part aucune disposition concernant la forme selon laquelle les candidatures sont présentées. Cependant, **le fait d'imposer une police et une taille déterminées des caractères pour présenter une candidature pourrait être considéré par le juge comme excédant la capacité offerte à l'acheteur de s'assurer que le candidat présente les aptitudes professionnelle, technique et financière pour exécuter le marché.** Il semble également difficilement soutenable qu'une telle obligation soit en rapport avec l'objet du marché ».

CE, 4 oct. 2019, n°421022, SMIDDEV

« En premier lieu, il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué qu'après avoir cité les dispositions de l'article 35 du code des marchés publics qui donnent une définition de l'offre irrégulière puis celles de l'article 53 du même code qui prévoient qu'une offre irrégulière est éliminée, la cour s'est fondée sur les dispositions de l'article 6.1 et 6.2 du règlement de consultation pour retenir que l'offre de la société Ehol, attributaire du marché en litige, présentait un caractère incomplet et aurait donc dû être éliminée, au motif que le dossier déposé avant la date limite de remise des offres ne comportait pas l'agrément préfectoral pour le traitement des déchets d'emballage non ménagers, cette pièce ayant été produite postérieurement à cette date limite, à la demande du pouvoir adjudicateur. Toutefois, cette pièce était citée dans l'article 6.2 du règlement de consultation comme devant être **mentionnée** dans le " mémoire de justificatif ", **mais n'apparaissait pas parmi la liste des pièces expressément citées à l'article 6.1 de ce règlement comme devant être obligatoirement jointes à l'offre.** Ainsi en demandant à la société Ehol, qui avait mentionné cet agrément dans son " mémoire de justificatif ", de produire ce document postérieurement à la date limite de remise des offres, le pouvoir adjudicateur s'est borné à

faire application des dispositions du règlement de consultation, sans permettre à la société Ehol de régulariser une offre incomplète ni de modifier la teneur de celle-ci et sans favoriser cette société au détriment de l'autre candidat. Par suite, le SMIDDEV est fondé à soutenir que la cour a dénaturé les pièces du dossier et commis **une erreur de qualification juridique** en estimant que l'offre de la société Ehol présentait un caractère incomplet au regard du règlement de consultation ».

CAA de BORDEAUX, 24 juillet 2018, n° 15BX04151, Ingénierie construction moderne (ICM)

« En deuxième lieu et aux termes du III de l'article 53 du code des marchés publics : " Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue." **Une offre est considérée comme irrégulière lorsque tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, elle est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Est inappropriée une offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur.**

Contrairement à ce que soutient l'appelante, il ne résulte pas de l'instruction que les offres proposées par la société attributaire du marché ainsi que par la société la moins disante n'auraient pas respecté les exigences du dossier de consultation en matière de norme parasismique, en particulier, n'auraient pas intégré l'exigence d'une construction en catégorie parasismique D prévue au cahier des clauses techniques particulières. À cet égard, la circonstance que le maître d'œuvre ait porté, dans son rapport d'analyse des offres, **une appréciation défavorable sur la valeur technique de l'offre de l'entreprise la moins disante, ne peut suffire à établir que cette offre aurait dû être éliminée en application des dispositions précitées avant tout classement ».**

CE, 19 décembre 2014, n°384014, Valor'Aisne

« Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes du III de l'article 53 du code des marchés publics : " Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées (...) " ; qu'aux termes du 1° du I de l'article 35 du même code : " (...) Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur (...) " ; que **la société requérante soutient que l'offre de l'attributaire est irrégulière et inacceptable au motif qu'en conduisant à un traitement des déchets en dehors du département de l'Aisne, le choix de cette offre méconnaît les dispositions du plan de prévention et de gestion des déchets de l'Aisne** et ainsi les dispositions combinées des articles L. 541-14 et L. 541-15 du code de l'environnement, en vertu desquelles les décisions prises par les personnes publiques dans le domaine de la gestion des déchets doivent être compatibles avec les plans de prévention et de gestion des déchets ; que, **toutefois, l'objectif du plan de prévention et des déchets de l'Aisne invoqué par la requérante et tenant en un traitement limité des déchets en dehors du département est fixé à un horizon postérieur à la fin de l'exécution du marché** ; que, par suite, la société n'est, en tout état de cause, **pas fondée à soutenir que l'offre de l'attributaire serait, pour ce motif, inacceptable et irrégulière ».**

Régularisation

CE, 24 Novembre 2023, n° 476301, Communauté d'agglomération Morlaix Communauté

« Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, pour juger que la communauté d'agglomération Morlaix Agglomération avait méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence, le juge des référés a estimé, après avoir relevé d'une part que le montant de l'offre toutes taxes comprises (TTC) de la société Les Recycleurs Bretons, attributaire désigné, figurant dans le rapport d'analyse des offres, correspondait au prix hors taxes (HT) indiqué par la société augmenté de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) au taux de 5,5 %, d'autre part que le pouvoir adjudicateur avait noté en commentaire du rapport d'analyse des offres que la société avait indiqué sur le détail quantitatif estimatif un taux de TVA de 10 %, **que le pouvoir adjudicateur avait ainsi rectifié de lui-même l'offre de la société attributaire. En statuant ainsi, alors qu'il ressortait du rapport d'analyse des offres, qui portait la mention " analyse des offres après demande de précisions ", que le pouvoir**

adjudicataire avait retenu le taux de TVA légalement applicable après avoir demandé à la société Les Recycleurs Bretons de rectifier son offre sur ce point, la juge des référés du tribunal administratif de Rennes a dénaturé les pièces du dossier. »

CE, 18 décembre 2020, n°429768, Société Architecture studio

« Lorsque l'offre d'un candidat évincé était irrégulière et alors même que l'offre de l'attributaire l'était aussi, **la circonstance que le pouvoir adjudicateur aurait été susceptible de faire usage, dans les conditions désormais prévues par l'article R. 2152-2 du code de la commande publique, de la faculté de l'autoriser à régulariser son offre n'est pas de nature, par elle-même, à ce qu'il soit regardé comme n'ayant pas été dépourvu de toute chance de remporter le contrat.** Pour rejeter les conclusions de la société Architecture Studio tendant au remboursement des frais de présentation de son offre, la cour administrative d'appel de Lyon a relevé que cette offre n'était pas conforme à des éléments essentiels du " programme fonctionnel et spatial " dont le respect était exigé par le règlement de la consultation. Elle a pu en déduire, sans erreur de droit, et sans qu'elle fût tenue de relever, comme elle l'a fait, que l'offre n'était pas régularisable, que la société requérante était dépourvue de toute chance d'obtenir le contrat et n'avait ainsi droit à aucune indemnisation ».

CE, 16 avril 2018, Collectivité de Corse, n°417235

« Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge des référés a relevé que la société SNT Petroni avait transmis au soutien de son offre, le 31 octobre 2017, le bordereau initial des prix, sur lequel n'apparaissaient pas les prescriptions attendues concernant la rubrique 7.11 du règlement de consultation relative à la zone de sécurité, et que cette société avait pris connaissance de la modification du bordereau effectuée par le pouvoir adjudicateur le 12 octobre 2017 dont elle a nécessairement tenu compte pour rédiger son offre, ainsi que le détail estimatif des prix le confirme ; qu'en en déduisant que la circonstance, pour regrettable qu'elle soit, que la SNT Petroni n'ait pas utilisé le bordereau des prix tel qu'il avait été modifié par le pouvoir adjudicateur n'était pas de nature, à elle seule, à pouvoir faire regarder son offre comme irrégulière et en relevant, au surplus, que le département aurait pu lever toute éventuelle ambiguïté en demandant une régularisation à cette candidate, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit ».

CE, 21 mars 2018, n° 415929, société coopérative de peinture et d'aménagement (SCPA)

« Le département des Bouches-du-Rhône pouvait éliminer l'offre de la société SCPA sans inviter au préalable cette société à la régulariser ».

CE, 21 nov. 2014, n° 384089, Commune de Versailles

« (...) 6. Considérant, en deuxième lieu, que les dispositions précitées interdisent au pouvoir adjudicateur de modifier ou de rectifier lui-même une offre incomplète, comme telle irrégulière ; que la circonstance que le candidat ait été invité à préciser ou compléter son offre par le pouvoir adjudicateur, sans qu'il puisse alors en modifier la teneur, **n'est pas de nature à régulariser une offre qui serait incomplète et que le pouvoir adjudicateur était, dès lors, tenue d'écarter ; (...)** ».

CE, 21 septembre 2011, n° 349149, Département des Hauts-de-Seine

« Considérant qu'aux termes du I de l'article 59 du code des marchés publics : " Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre. " ; que si ces dispositions s'opposent en principe à toute modification du montant de l'offre à l'initiative du candidat ou du pouvoir adjudicateur, ce principe ne saurait recevoir application dans le cas exceptionnel où il s'agit **de rectifier une erreur purement matérielle**, d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue ».

Fiche DAJ, l'examen des offres

« Il ne peut en revanche s'agir de permettre à un candidat de joindre un document omis et qui était essentiel pour évaluer son offre ou de revoir de manière importante ses prix en cas de méconnaissance d'une législation ».

Article L2152-3

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

Inacceptable

CAA Douai, 29 août 2024, n°22DA01581, Société MO STAZ

« Pour soutenir que l'offre présentée par la société Assist Partner, attributaire du marché en litige, revêtait un caractère inacceptable, au sens des dispositions de l'article L. 2152 - 3 du code de la commande publique, et devait, par suite, être écartée en application des dispositions de l'article L. 2152-1 de ce code, **la société MO STAZ s'est bornée à faire valoir que le montant de cette offre, représentant plus du double du montant de l'offre qu'elle avait elle-même présentée, qui n'a pas été écartée comme anormalement basse, était particulièrement élevé.** Cette seule circonstance n'est pas de nature à laisser supposer que l'offre de la société attributaire, d'un montant de 139 380 euros, excédait le montant des crédits préalablement alloués au marché par le centre hospitalier universitaire et qui n'avait, d'ailleurs, pas été porté à la connaissance des candidats. »

CE, 12 juin 2024, n° 475214, Sté Actor France

« Une offre n'est écartée comme inacceptable pour excéder les crédits budgétaires affectés au contrat (CCP, art. L. 2152-3) que si les candidats ont été informés de leur montant ».

CAA Toulouse, 05 décembre 2023, n°22TL21015, Société Architecture rhétorique technique esthétique

« Pour justifier de sa décision d'infructuosité du 12 mars 2019 quant au marché négocié de maîtrise d'œuvre concernant la construction d'une cuisine centrale, la communauté de communes Terres des Confluences soutient que les honoraires de rémunération présentés dans sa dernière offre par le maître d'œuvre, soit la société appelante, excédaient les crédits budgétaires alloués à ce marché de maîtrise d'œuvre et qu'en conséquence l'offre présentait un caractère inacceptable.

6. Il ressort des pièces du dossier, notamment de la délibération du conseil communautaire de la communauté de communes Terres des Confluences du 5 juin 2018 et de l'analyse des négociations, que le pouvoir adjudicateur avait fait voter un budget prévisionnel pour les travaux de construction de la cuisine centrale et les équipements d'un montant de 2 070 000 euros hors taxes, et **avait limité les d'honoraires de la maîtrise à un taux de 9,42 %, proche du taux usuellement pratiqué de 10 %, ce qui équivalait à des honoraires de maîtrise d'œuvre d'un montant de 195 128,55 euros hors taxes.** Or, la société Architecture Rhétorique Technique Esthétique a présenté une seconde offre à l'issue de la phase de négociation prévoyant des honoraires de maîtrise d'œuvre à hauteur de 341 291,25 euros hors taxes, soit 282 296,25 euros pour la mission de base et 58 995 euros pour les missions complémentaires, avec un taux de rémunération de 13,64 %, un taux de base de 10,91 % et un taux de complexité de 1,25%, cette offre excédant ainsi de 74,9 % le budget prévisionnel d'honoraires, fixé à 9,42 % de l'enveloppe budgétaire du marché de travaux, soit 195 128,55 euros hors taxes. Ainsi c'est à bon droit que les premiers juges ont estimé que, compte tenu de l'ampleur manifeste de cet écart, le montant de l'offre de la société Architecture rhétorique technique et esthétique était très nettement supérieur aux crédits budgétaires alloués dans le cadre de ce marché public et pouvait, dès lors, être valablement regardé comme inacceptable au sens des dispositions de l'article 59 du décret du 25 mars 2016 ».

CAA Paris, 10 fév.2023, n°22PA00023, Ardimanni et Benedetti

« Il résulte de l'instruction que l'offre moins-disante initialement formée pour le lot n° 21, présentée par la société ARBE, s'élevait à 1 390 341 387 francs CFP HT, soit 12 350 124 euros TTC, alors que l'estimation du marché était, pour ce lot, de 7 104 757 euros TTC, et que le total des offres moins-disantes pour l'ensemble des lots s'élevait à 44 808 638 euros pour une estimation de 34 382 796 euros, soit des écarts, respectivement, de 74 % et de 30 %. Toutefois, **il résulte de l'instruction que l'estimation a été réalisée par la maîtrise d'œuvre, sans qu'aucun élément ne corrobore qu'il s'agissait également des crédits budgétaires** alloués à l'opération. Il résulte en outre de l'instruction que le lot n° 21 a été attribué, à l'issue de la procédure de négociation et seulement un mois après que

la procédure a été déclarée infructueuse, pour un montant de 1 346 600 000 francs CFP HT soit 11 870 401 euros TTC, correspondant à un écart de 67 % avec l'estimation initiale. Si le ministre fait valoir que le budget de l'opération a dû être réévalué à l'issue de la seconde procédure afin de prendre en compte la réalité du marché, cette circonstance est seulement de nature à révéler que l'estimation ayant conduit à déclarer les offres inacceptables était irréaliste. Dans ces conditions, la société ARBE est fondée à soutenir, pour la première fois en appel, que la procédure est irrégulière en ce qu'elle a été déclarée infructueuse ».

CAA Paris, 18 avril 2023, n°21PA02213, Société Actor France

« Il résulte de l'instruction, notamment d'une fiche " stratégie achat " établie par la direction des finances et des achats de la ville de Paris le 16 novembre 2018, avant le lancement de la procédure d'appel d'offres ouvert litigieuse, que le budget, alloué à l'accord-cadre à bons de commandes devant être conclu à son issue, s'élevait à un maximum de 2 500 000 euros hors taxe. Par suite, l'offre de la société Actor France, d'un montant de 2 784 095 euros hors taxe, excédait le montant alloué au marché.

La circonstance que ce budget de 2 500 000 euros hors taxe soit inférieur au montant maximum de l'accord-cadre à bons de commande, fixé à 3 500 000 euros hors taxe, est en elle-même sans incidence sur la légalité de l'élimination par la ville de Paris de l'offre de la société Actor France, laquelle a été prise au seul motif pris de ce que cette offre excède les crédits budgétaires alloués au marché public tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure, dès lors que l'acheteur n'était pas tenu de commander le montant maximum du marché mais seulement le montant minimum. Enfin, comme l'a relevé à juste titre le tribunal, aucune disposition du décret du 26 mars 2016 ni aucune autre disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'impose au pouvoir adjudicateur de communiquer aux candidats le montant des crédits budgétaires alloués au marché public ni par suite le montant au-dessus duquel une offre sera considérée comme inacceptable ».

CAA Bordeaux, 2 juin 2022, n° 20BX03069, la société PF2

« Il résulte de l'instruction que le CCAS a rejeté l'offre de la société PF2 comme inacceptable, au motif que les prix proposés après négociation excédaient les crédits budgétaires alloués au marché.

7. Le budget primitif pour 2018 du CCAS, tel qu'il a été adopté par le conseil d'administration, prévoit, dans le détail des dépenses de la section de fonctionnement, le montant de 100 000 euros s'agissant des frais en matière funéraire. Il résulte de l'instruction que cette somme ne porte pas uniquement sur les prestations d'inhumation, mais comprend l'ensemble des prestations funéraires, dont les prestations de transport et de crémation. Le rapport d'analyse des offres constate que le " scénario non contractuel après négociation " de la société PF2 prévoyait un forfait de 2 200 euros pour un adulte et de 1 500 euros pour un enfant de moins de douze ans, et que, sur la base de la moyenne des prix unitaires, le montant prévisionnel de commandes s'élevait à 197 950 euros, soit à un niveau très supérieur aux 100 000 euros prévus au budget.

8. La société PF2 soutient que ce montant est manifestement sous-évalué, et **se prévaut du rapport annuel de 2019 de la Cour des comptes**, qui relève qu'une étude réalisée en 2014 par une association de consommateurs conclut à un prix moyen de 3 350 euros pour une inhumation et de 3 609 euros pour une crémation. **Toutefois, la même étude relève que les prix variaient, selon les opérateurs**, entre 1 347 euros et 6 449 euros pour une inhumation et entre 2 017 euros et 6 572 euros pour une crémation. De plus, **les prestations incluses dans l'étude ne sont pas identiques à celles prévues par le marché en cause, et comprennent notamment la prestation d'ouverture et de fermeture du caveau.**

9. Il résulte de ce qui précède que, **constatant que sur la base de la moyenne des prix unitaires de la société PF2, le montant prévisionnel de l'offre s'élevait à la somme de 197 950 euros, et excédait ainsi les crédits budgétaires alloués au marché, le CCAS a pu à bon droit la rejeter comme inacceptable ».**

CAA Lyon, 2 avr. 2020, n° 18LY00075, Centre hospitalier du Pays de Gier

« En proposant, dans son offre mise à jour le 21 janvier 2014, une rémunération pour les actes de radiologie conventionnelle correspondant, pour chaque acte, à 32 % du tarif fixé par la CCAM au titre de la prestation intellectuelle et 20 % de ce même tarif au titre de ses propres frais de fonctionnement,

la société Iradiologie n'a pas illégalement proposé un rabais sur les prestations d'interprétation des clichés de radiologie conventionnelle. Ainsi, le CHPG n'est pas fondé à soutenir que l'offre de cette société était inacceptable ».

CAA Marseille, 1er février 2016, n°14MA01954, Société Axis Architecture

« Considérant toutefois, et en dernier lieu, que le pouvoir adjudicateur doit, en application du III de l'article 53 du code des marchés publics, éliminer les offres " inappropriées, irrégulières et inacceptables ", lesquelles s'entendent notamment, en vertu du 1° du I de l'article 35 du même code, de celles que " les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas... de... financer " ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le montant prévisionnel du marché a été évalué à 185 000 euros hors taxe ; que l'offre de la société retenue s'élevait, après négociation, à 188 000 euros hors taxe et était donc supérieure à l'estimation effectuée ; que la circonstance que cette offre soit supérieure à l'estimation n'est pas, en elle-même, de nature à la rendre inacceptable si les crédits budgétaires alloués au marché sont suffisants ;

Considérant que la communauté d'agglomération soutient qu'elle disposait de ces crédits ; qu'elle ne produit toutefois aucune délibération du conseil communautaire portant sur le montant des crédits alloués au marché de maîtrise d'œuvre ; que, par suite, dès lors qu'elle ne justifie pas avoir disposé des crédits qui lui permettraient de financer le marché à raison du montant qui était proposé par la société retenue, le moyen tiré de ce qu'il lui appartenait de rejeter cette offre doit être regardé comme fondé ».

CE, 24 juin 2011, n°346665, Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines

« Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 53 du code des marchés publics : " Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées (...) " et qu'aux termes de l'article 35 du même code : " une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer. " ; qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que l'offre de la société APS a été rejetée sans classement au motif qu'elle était supérieure de 25 % à l'estimation des services de l'office et par suite, " économiquement inacceptable " ; qu'en jugeant, après avoir souverainement relevé qu'il ne résultait pas de l'instruction que l'offre de la société APS n'aurait pas pu être financée par l'office, que cette offre ne pouvait être qualifiée d'inacceptable, au sens de ces dispositions, et qu'en conséquence l'office avait manqué à ses obligations de mise en concurrence en s'abstenant de la classer, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit et n'a ni dénaturé les pièces du dossier ni entaché son ordonnance d'une insuffisance de motivation ; qu'il a également suffisamment motivé son ordonnance et exactement qualifié les faits en retenant que cette irrégularité avait affecté les chances de la société APS d'obtenir le contrat relatif au lot n° 8, dès lors que son offre n'avait pas été examinée au regard des critères de sélection posés par le règlement de la consultation, notamment celui de la valeur technique ».

Article L2152-4

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

Inappropriée

TA Besançon, 10 décembre 2024, n°2402205

« En premier lieu, la CCVM demande, en défense, à substituer au motif irrégulièrement retenu dans le courrier précité, le motif tiré de ce que l'offre portée par la SAS Hydréa était " inappropriée " au sens des dispositions de l'article L. 2152 - 4 du code de la commande publique. Le juge du référé précontractuel, saisi d'une argumentation en ce sens par le défendeur, **ne peut substituer au motif retenu dans le document informant le candidat du rejet de son offre le motif tiré du caractère**

inapproprié de l'offre que si le pouvoir adjudicateur s'est effectivement livré à une appréciation dudit caractère inapproprié et qu'il a considéré qu'il était établi que l'offre présentée par le groupement dont la SAS Hydréa est le mandataire était effectivement inappropriée et n'a pas ce faisant commis d'erreur manifeste d'appréciation. »

Section 2 - Offres anormalement basses

Article L2152-5

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

DAJ du 18 avril 2019 relative à l'offre anormalement basse

TA Grenoble, 25 novembre 2024, n° 2408657, société Heinrich Canalisation

« Aux termes de l'article L.2123-1 du code de la commande publique : " Une procédure adaptée est une procédure par laquelle l'acheteur définit librement les modalités de passation du marché, dans le respect des principes de la commande publique et des dispositions du présent livre, à l'exception de celles relatives à des obligations inhérentes à un achat selon une procédure formalisée. " Par ailleurs, aux termes de l'article R.2123-1 du même code : " L'acheteur peut recourir à une procédure adaptée pour passer :1° Un marché dont la valeur estimée hors taxes du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code. ". Aux termes de l'article R.2111-7 du même code : " Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type lorsqu'une telle mention ou référence est susceptible de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes "ou équivalent" ". Aux termes de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique : " L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées. ". L'article L. 2152-2 dudit code dispose que " Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale ".

17. Le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public. Il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé. Si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre.

18. La société requérante soutient que la société attributaire a présenté une offre d'un montant inférieur de 20 % à celle qu'elle a présentée. En se bornant à comparer ces deux prix, la requérante n'établit pas que le prix proposé par la société attributaire est en lui-même manifestement sous-évalué et susceptible de compromettre la bonne exécution du lot en cause. Au surplus, la circonstance selon laquelle dans le cadre de l'exécution du précédent marché, le pouvoir adjudicateur n'avait commandé qu'une certaine quantité de produits, en deçà de l'estimatif établi lors de la passation du nouveau marché, n'est pas de nature à pourvoir regarder l'offre du titulaire du marché comme anormalement basse. Par suite, le moyen doit donc être écarté ».

TA Marseille, 20 novembre 2024, n° 2305285, Société Gens du voyage

« 6. Aux termes de l'article L. 2123-1 du code de la commande publique : " Une procédure adaptée est une procédure par laquelle l'acheteur définit librement les modalités de passation du marché, dans le respect des principes de la commande publique et des dispositions du présent livre, à l'exception de celles relatives à des obligations inhérentes à un achat selon une procédure formalisée ". Aux termes

de L. 2152-5 du même code : " Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché ". Aux termes de l'article L. 2152-6 du même code : " L'acheteur met en œuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses. Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat ". Selon l'article R. 2152-3 de ce même code : " L'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché qu'il envisage de sous-traiter. Peut être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants : 1° Le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction ; 2° Les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux () ". Enfin, aux termes de l'article R. 2152-4 de ce code : " L'acheteur rejette l'offre comme anormalement basse () Lorsque les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés () ". Le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats dans le cadre de l'attribution d'un marché public. Il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé. Si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre.

14. Il résulte de ce qui a été dit au point 8 que la communauté de communes du Briançonnais a porté atteinte au principe d'égalité dans l'appréciation respective des offres de la société GDV et de l'association attributaire et en retenant l'offre de l'association Saint-Nabor Service, laquelle revêtait le caractère d'une offre anormalement basse ».

C.Cass, chambre commerciale, 14 novembre 2024, n°R23-17.609

« Après avoir rappelé qu'il n'appartient pas au juge du recours précontractuel d'apprécier si l'offre en question, à ce stade de la procédure de passation, apparaît anormalement basse, mais de déterminer si le pouvoir adjudicateur n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation dans sa décision de rejeter l'offre compte tenu des explications fournies par le candidat, le jugement précise que **le caractère anormalement bas d'une offre ne peut résulter du seul constat d'un écart de prix important entre cette offre et d'autres offres ou entre cette même offre et l'estimation effectuée par l'acheteur, mais que, néanmoins, cet écart est de nature à justifier le déclenchement de la procédure de vérification, qui peut, le cas échéant, conduire au rejet de l'offre si les explications fournies par le candidat ne permettent pas de justifier cet écart ».**

CAA Bordeaux, 26 septembre 2024, n°22BX02768

« il résulte de l'instruction, comme en convient d'ailleurs la société appelante, que la différence de prix s'explique par le fait que l'attributaire a prévu de recourir à un moindre nombre d'agents sans qu'il soit établi au dossier qu'un tel choix puisse préjudicier à la qualité du service rendu ou ne serait pas économiquement viable pour l'exploitant. En outre, il résulte de l'instruction que le prix proposé par l'attributaire est proche de l'estimation retenue par le pouvoir adjudicateur qui était de 120 000 euros. Dans ces conditions, la société appelante n'est pas fondée à soutenir que son éviction serait due à la présentation, par son concurrent, d'une offre anormalement basse ».

CE, 14 mars 2023, n°465456, Communauté d'agglomération du Grand Cahors

« 4. Il résulte des dispositions du code de la commande publique citées au point 3 que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé, sans être tenu de lui poser des questions spécifiques. Si les

précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre. **Le caractère anormalement bas ou non d'une offre ne saurait résulter du seul constat d'un écart de prix important entre cette offre et d'autres offres** que les explications fournies par le candidat ne sont pas de nature à justifier et il appartient notamment au juge du référé précontractuel, saisi d'un moyen en ce sens, de rechercher si le prix en cause est en lui-même manifestement sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché ».

CAA Versailles, 13 avril 2023, n°22VE02027, Commune d'Etampes

« **Le fait pour un pouvoir adjudicateur de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public.** Il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé. Si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre ».

CAA Marseille, 14 novembre 2022, n° 20MA00272, SARL Groupe Chailan

« D'autre part, le caractère anormalement bas d'un prix, qui ne peut s'apprécier par seule comparaison avec les prix des autres offres, suppose de rechercher, au vu des précisions et justifications apportées par le candidat, si le montant global de l'offre était en lui-même sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché. Dans le cas des marchés à prix unitaires, il s'agit donc de vérifier si, compte tenu des autres prix unitaires et des volumes prévisionnels, le ou les prix sous-évalués étaient susceptibles de compromettre la bonne exécution du marché ».

CJUE, 15 septembre 2022, C-669/20, Veridos GmbH c/ Ministar na vatrešnite raboti na Republika Bulgaria

« Les articles 38 et 49 de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, doivent être interprétés en ce sens que : les pouvoirs adjudicateurs, en cas de soupçons qu'une offre présente un caractère anormalement bas, sont tenus de vérifier si tel est effectivement le cas en tenant compte de tous les éléments pertinents de l'appel d'offres et du cahier des charges, sans que l'impossibilité d'appliquer les critères prévus à cette fin par une législation nationale et le nombre d'offres soumises aient une incidence à cet égard.

2) L'article 55, paragraphe 2, de la directive 2009/81, lu en combinaison avec l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens que : lorsqu'un pouvoir adjudicateur n'a pas engagé une procédure de vérification concernant l'éventuel caractère anormalement bas d'une offre, au motif qu'il a considéré qu'aucune des offres qui lui ont été soumises ne présentait un tel caractère, son appréciation peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel dans le cadre d'un recours contre la décision d'attribution du marché en cause ».

TA de Paris, 30 juillet 2022, n°2215101, Société Akila Ingénierie

« Quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé, sans être tenu de lui poser des questions spécifiques. Le caractère anormalement bas ou non d'une offre ne saurait résulter du seul constat d'un écart de prix important entre cette offre et d'autres offres que les explications fournies par le candidat ne sont pas de nature à justifier et il appartient notamment au juge des référés précontractuels, saisi d'un moyen en ce sens et dans le cadre du contrôle restreint qu'il exerce, de rechercher si le prix en cause est en lui-même manifestement sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché ».

CE, 2 Mars 2022, n° 458019, Pôle emploi

« Il résulte des énonciations de l'ordonnance attaquée, non contestées sur ce point par le requérant, que le juge des référés a estimé que les prix proposés par la société Formateurs de Bourbon n'étaient pas manifestement sous-évalués et de nature à compromettre l'exécution des marchés et qu'en conséquence Pôle Emploi avait commis une erreur manifeste d'appréciation en décidant d'écarter les offres présentées par cette société au motif de leur caractère anormalement bas et qu'il avait ainsi méconnu le principe d'égalité entre les candidats. Compte tenu du manquement ainsi relevé, qui se rapportait à la seule phase de sélection des offres par l'acheteur public, il appartenait au juge des référés de n'annuler la procédure qu'à compter de l'examen de ces offres. Par suite, le juge des référés a commis une erreur de droit en annulant l'ensemble de cette procédure et en enjoignant à Pôle Emploi, s'il entendait la poursuivre, de la reprendre dans son intégralité ».

CAA de Paris, 22 janvier 2021, 18PA03106, Société Orféa Acoustique

« En second lieu, la société Orféa Acoustique **ne peut utilement invoquer les dispositions de l'article L. 420-5 du code de commerce**, aux termes desquelles " sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits ", dès lors qu'elles ne sont pas applicables aux personnes publiques en tant que pouvoirs adjudicateurs, qui ne sont pas des consommateurs au sens de ces dispositions ».

CAA Marseille, 11 janvier 2021, n°19MA00013, Eveha

« Lors que le prix de l'offre d'une personne publique se portant candidate à l'attribution d'un marché public est nettement inférieur à ceux des offres des autres candidats, il appartient au pouvoir adjudicateur de s'assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que **l'ensemble des coûts directs et indirects a été pris en compte pour fixer ce prix, afin que ne soient pas faussées les conditions de la concurrence.** Si l'offre de la personne publique est retenue et si le prix de l'offre est contesté dans le cadre d'un recours formé par un tiers, il appartient au juge administratif de vérifier que le pouvoir adjudicateur ne s'est pas fondé, pour retenir l'offre de la collectivité, sur un prix manifestement sous-estimé au regard de l'ensemble des coûts exposés et au vu des documents communiqués par la collectivité candidate ».

CE, 29 oct. 2013, n° 371233, Dpt du Gard

« Le juge du référé précontractuel exerce un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation sur la décision du pouvoir adjudicateur de rejeter une offre comme anormalement basse en application de l'article 55 du code des marchés publics ».

Prix manifestement sous-évalué

CJUE, 10 septembre 2020, C-367/19, Tax-Fin-Lex d.o.o.

« La circonstance, évoquée par la juridiction de renvoi et inhérente à toute procédure de marché public, que l'obtention de ce contrat pourrait avoir une valeur économique pour le soumissionnaire, en ce qu'elle lui ouvrirait l'accès à un nouveau marché ou lui permettrait d'obtenir des références, **est trop aléatoire et ne saurait**, par conséquent, ainsi que l'a relevé, en substance, M. l'avocat général aux points 63 à 66 de ses conclusions, **suffire pour qualifier ce contrat de "contrat à titre onéreux".**(...) Dans ces conditions, dès lors qu'une offre au prix de zéro euro peut être qualifiée d'offre anormalement basse, au sens de l'article 69 de la directive 2014/24, lorsqu'un pouvoir adjudicateur est confronté à une telle offre, il doit suivre la procédure prévue à cette disposition, **en demandant au soumissionnaire des explications quant au montant de l'offre.** Il résulte, en effet, de la logique sous-jacente à l'article 69 de la directive 2014/24 qu'**une offre ne saurait automatiquement être rejetée au seul motif que le prix proposé est de zéro euro** ».

CAA Marseille, 27 janv. 2020, n° 18MA02886, société XL Ingénierie

« L'existence d'un prix paraissant anormalement bas au sein de l'offre d'un candidat, pour l'une seulement des prestations faisant l'objet du marché, n'implique pas, à elle seule, le rejet de son offre comme anormalement basse, y compris lorsque cette prestation fait l'objet d'un mode de rémunération différent ou d'une sous-pondération spécifique au sein du critère du prix. Le prix anormalement bas d'une offre s'apprécie en effet au regard de son prix global ».

CE, 13 mars 2019, n° 425191, Sté Sepur

« L'existence d'un prix paraissant anormalement bas au sein de l'offre d'un candidat, pour l'une seulement des prestations faisant l'objet du marché, n'implique pas, à elle-seule, le rejet de son offre comme anormalement basse, y compris lorsque cette prestation fait l'objet d'un mode de rémunération différent ou d'une sous-pondération spécifique au sein du critère du prix. Le prix anormalement bas d'une offre s'apprécie en effet **au regard de son prix global**. Commet une erreur de droit le juge des référés qui se fonde, pour juger que l'acheteur n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en rejetant, dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public portant sur la collecte et l'évacuation d'ordures ménagères et de déchets, l'offre du soumissionnaire comme anormalement basse, sur le seul motif que celui-ci proposait de ne pas facturer les prestations de collecte supplémentaire des ordures ménagères produites par certains gros producteurs ».

CJUE, 19 octobre 2017, C-198/16 P, Agriconsulting Europe SA

« Rien n'empêche le pouvoir adjudicateur de comparer les offres au budget prévisionnel du cahier des charges et d'identifier l'une d'entre elles comme étant, de prime abord, anormalement basse dès lors que le montant de cette offre est considérablement inférieur audit budget prévisionnel ».

CAA Nancy, 7 nov. 2013, n° 12NC01498, Sté TST Robotics

« Alors, d'une part, que le caractère anormalement bas d'une offre s'apprécie au regard de la capacité du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues, qui est propre à chaque entreprise, et, d'autre part, que le maître d'œuvre s'était interrogé sur le caractère économiquement viable de l'offre initiale de la société appelante, dont le prix était pourtant supérieur à celui finalement proposé par la société Phoenix Service, ni le maître d'œuvre, ni le maître d'ouvrage n'ont fait application des dispositions de l'article 55 du code des marchés publics et n'ont sollicité aucune justification de la part de cette dernière avant que la commission d'appel d'offres ne lui attribue le marché ; que, par suite, il résulte de l'instruction que la procédure de passation du lot n° 1 du marché " Assainissement général - Plan pluriannuel - Programme 2007 " a méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un marché public ».

Compromettre la bonne exécution du marché public

CAA Lyon, 5 déc. 2013, n° 12LY01142, Société AD

« En admettant que l'offre puisse présenter un risque en terme de respect des délais impartis pour cette mission, il n'est pas démontré en quoi l'insuffisance de la quantité des moyens qu'elle envisageait de mobiliser était de nature à rendre impossible l'exécution du contrat dans le respect des conditions fixées par le cahier des charges et du prix initialement convenu ».

TA Orléans, 25 juin 2013, n° 1300187, Bureau européen d'assurance hospitalière

« Ni l'écart de prix, même important, avec l'autre candidat, ni l'écart constaté entre les primes encaissées et l'évaluation du risque effectué par le centre hospitalier à partir des statistiques de sa sinistralité passée, lissée sur 10 ans, ni la contestation des méthodes de provisionnement retenues par les sociétés d'assurance membres du groupement, y compris leur appréciation de la fréquence d'apparition d'un sinistre grave, ne permettaient de caractériser, par elles-mêmes, un risque de nature à compromettre la bonne exécution du marché ».

Article L2152-6

L'acheteur met en œuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses. Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur **exige** que l'opérateur économique fournisse

des **précisions et justifications** sur le montant de son offre.

Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

Exige

TA de Montreuil, 11 juillet 2024, n° 2407500

« **En s'abstenant de mettre en œuvre la procédure de vérification d'une anomalie de prix prévue à l'article L. 2152-6 du CCP**, alors que l'offre financière de l'attributaire était inférieure de 75 % par rapport à celle de la requérante et d'une valeur au moins inférieure d'un même ordre de grandeur à celle de l'offre présentée par le troisième candidat, l'acheteur a méconnu ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence ; ce manquement est susceptible d'avoir lésé la société requérante, dont l'offre classée deuxième n'était ni irrégulière ni irrecevable, et qui peut, par suite, utilement se prévaloir de ce manquement ».

Précisions et justifications

C.Cass., 14 Novembre 2024, n° 23-17.609

« Que le juge des référés précontractuels apprécie, en plein contentieux, la légalité de la décision de rejet d'une offre comme anormalement basse à la date à laquelle il statue, de sorte que le candidat évincé peut présenter tout argument permettant d'établir l'erreur manifeste d'appréciation commise par l'acheteur, peu important, notamment, qu'il aurait pu être communiqué à l'acheteur avant la date de la décision attaquée ; que, pour retenir que **l'ensemble des justifications de la société LySécurité ne permettait pas de justifier l'offre** qui, notamment du fait de l'attestation du Groupement des entreprises de sécurité (GES) sur le coût de revient du 13 mars 2023, **apparaissait manifestement sous-évaluée**, le tribunal judiciaire a considéré que, pour justifier que ses prix n'étaient pas sous-évalués et de nature à compromettre la bonne exécution du marché, la société LySécurité ne peut, dans le cadre de la présente instance, se prévaloir d'éléments qu'elle n'a pas communiqués à l'acheteur lors de sa réponse du 8 mars 2023" et écarté sans les prendre en compte les éléments opérants présentés en défense par la société LySécurité fondés sur le détail du prix de revient d'un agent communiqué par l'expert-comptable dans l'attestation du 21 avril 2023, au motif inopérant qu'il aurait pu être utilement communiqué le 8 mars 2023", et le courriel du 22 mai 2023 du GES permettant de contester utilement l'attestation du 13 mars 2023 ; que, ce faisant, le tribunal judiciaire a méconnu l'office du juge des référés précontractuels et violé les articles 2 et 3 de l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009, ensemble les articles L. 2152-5 et L. 2152-6 du code de la commande publique ».

CAA Paris, 31 mars 2021, n°18PA02799, Commune d'Ouvéa

« Il résulte de l'instruction que si l'offre de la société Jean Lefebvre Pacifique, d'un montant de 82 268 878 francs CFP, était inférieure de plus de 25% à l'estimation confidentielle établie par le maître d'œuvre, elle n'était pas inférieure à la moyenne arithmétique de l'ensemble des candidats agréés à concourir après application de l'abattement de 25% prévu par les dispositions précitées de l'article 27-2 de la délibération du 1er mars 1967. **Ainsi que le mentionne le rapport de vérification des offres, et la commune elle-même dans ses écritures, l'offre de la société n'était inférieure que de 20% à cette moyenne. Par suite, contrairement à ce qu'elle soutient, la commune d'Ouvéa n'était pas tenue de rejeter l'offre de la société Jean Lefebvre Pacifique comme anormalement basse** ».

CE, 13 nov. 2020, n° 432791, Office public de l'habitat Alès Agglomération – Logis Cévenols

« En appréciant le caractère suffisant des justifications du prix de son offre apportées par la société C Propre en réponse à la demande de l'office public de l'habitat Alès Agglomération - Logis Cévenols, **au regard tant de la précision de cette demande** que du prix proposé par la société candidate, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit ».

TA Rennes, ord., 9 mars 2020, n° 2000630, Sté Marine Assistance

« Il résulte des termes mêmes des dispositions de l'article L.2152-5 du code de la commande publique **qu'une offre ne peut être soupçonnée d'être anormalement basse qu'au regard de son prix**, et non de ses autres éléments, de sorte que la circonstance éventuelle que les délais proposés aient pu être largement insuffisants ne saurait rendre une offre anormalement basse ».

CE, 18 juillet 2018, n° 417421, Société Services Thermi Sani (STS)

« **Le juge du référé précontractuel commet une erreur de droit s'il se fonde, pour estimer que l'offre de l'attributaire était anormalement basse, sur le seul écart de prix avec celui des offres concurrentes, sans rechercher si le prix en cause était en lui-même manifestement sous-évalué** et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché ».

CE, 22 janvier 2018, n° 414860, Commune de Vitry-Le-François

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'offre de la société CVELUM était d'un montant de 79 090 euros HT alors que celle de la société requérante était d'un montant de 80 331,90 euros HT ; que pour établir que la commune a commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant l'offre de la société CVELUM, dont il est allégué qu'elle est anormalement basse, la société Comptoir de négoce d'équipements se borne à soutenir que le montant de l'offre de la société CVELUM correspond au prix d'achat des matériels et **ne lui permet pas de faire un bénéfice** ; que **cette seule circonstance n'est pas suffisante pour que le prix proposé soit regardé comme manifestement sous-évalué** et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché ; que, par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que la commune de Vitry-le-François aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant une offre anormalement basse ».

CE, 29 mai 2013, n° 366606, Ministre de l'Intérieur c/ Société Artéis

« Considérant que le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public ; qu'il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, **il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé** ; que si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre ».

CE, 29 oct. 2013, n° 371233, Département du Gard

« Quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé, sans être tenu de lui poser des questions spécifiques.,,

L'exigence de motivation de la décision rejetant une offre comme anormalement basse, posée par l'article 55, a, notamment, pour objet de permettre à l'auteur de cette offre de contester utilement le rejet qui lui a été opposé devant le juge du référé précontractuel. Par suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence. Toutefois, un tel manquement n'est plus constitué si les motifs de cette décision ont été communiqués au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction ».

CJUE, 29 mars 2012, C-599, SAG ELV Slovensko

« Si le candidat propose un prix anormalement bas, le pouvoir adjudicateur lui demande par écrit de clarifier sa proposition de prix. Il appartient au juge national de vérifier, au vu de l'ensemble des pièces du dossier qui lui est soumis, si la demande d'éclaircissement a permis au candidat concerné d'expliquer à suffisance la composition de son offre.

L'article 55 de la directive 2004/18 s'oppose à la position d'un pouvoir adjudicateur qui considérerait qu'il ne lui incombe pas de demander au candidat d'expliquer un prix anormalement bas.

L'article 2 de la directive 2004/18 ne s'oppose pas à une disposition du droit national, telle que l'article 42, paragraphe 2, de ladite loi n° 25/2006, selon laquelle, en substance, le pouvoir adjudicateur peut demander par écrit aux candidats de clarifier leur offre sans toutefois demander ou accepter une modification de l'offre. Dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont dispose ainsi le pouvoir adjudicateur, il incombe à ce dernier de traiter les différents candidats de manière égale et loyale, de telle sorte que la demande de clarification ne puisse pas apparaître, à l'issue de la procédure de sélection des offres et au vu du résultat de celle-ci, comme ayant indûment favorisé ou défavorisé le ou les candidats ayant fait l'objet de cette demande.

CAA Paris, 6 mai 2014, n° 11PA01533, Assoc. Frate Formation

« Dans les circonstances de l'espèce, alors même qu'il incluait deux jours non ouvrés, le délai de quatre jours qui a été laissé à l'association Frate Formation Conseil pour préciser les éléments de nature à justifier le prix qu'elle proposait était suffisant pour lui permettre de donner suite à la demande qui lui a été adressée par Pôle Emploi, s'agissant de précisions portant sur l'offre qu'elle venait d'élaborer et sur ses modalités de fonctionnement, et qui n'appelaient pas de réponses d'une particulière technicité ».

Article R2152-3

L'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché qu'il envisage de sous-traiter.

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

- 1° Le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction ;
- 2° Les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux ;
- 3° L'originalité de l'offre ;
- 4° La réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations ;
- 5° L'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le soumissionnaire.

CAA de VERSAILLES, 13 avril 2023, n°22VE02027, Commune d'Etampes

« 16. Toutefois, les écarts significatifs constatés entre la valeur estimative du marché et les deux offres dont la commune d'Etampes a été saisie justifiaient qu'une demande de précisions et de justifications sur le montant de son offre fût adressée à la société Prunevieille. Il est constant qu'en réponse à la demande qui lui a été faite par le maître d'œuvre, cette dernière n'a apporté aucun des éléments prévus par les dispositions précitées de l'article R. 2152-3 du code de la commande publique. Elle n'a pas davantage apporté ces éléments dans la présente instance. **Si la société Prunevieille dispose d'un capital, d'un effectif et d'un chiffre d'affaires bien supérieurs à ceux de sa concurrente, ni cette circonstance, ni la moindre valeur technique de son offre, qui a obtenu la note de 36/60 contre 50/60 pour sa concurrente, ne suffisent à justifier le prix qu'elle a proposé.** Par suite, ce prix doit, dans les circonstances de l'espèce, être regardé comme ayant été manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché. »

CE, 3 nov. 2014, n° 378434, Communauté urbaine de Lille

« Il résulte de l'instruction que, par courriers du 24 janvier 2004, la communauté urbaine de Lille a, conformément aux dispositions de l'article 55 du code des marchés publics précité, informé les deux sociétés requérantes que leurs offres, dont elle avait constaté qu'elles étaient largement inférieures à ses propres estimations ainsi qu'à la moyenne des offres des autres candidats et que certains des prix unitaires qui les composaient étaient inférieures au prix de revient, étaient susceptibles d'être qualifiées d'anormalement basses et qui leur appartenait, dès lors, d'apporter les précisions et justifications de nature à expliquer un nombre significatif des prix composant l'offre ; que, pour justifier les prix proposés, les deux sociétés requérantes se sont bornées à mettre en avant leur longue expérience et leur qualité de précédent titulaire du marché sans répondre aux demandes précises formulées par le pouvoir

adjudicateur ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que la communauté urbaine de Lille n'a pas, en écartant les offres des sociétés Bruno Vanmarcke et Vanmarcke comme anormalement basses, commis une erreur manifeste d'appréciation ».

CE, 3 nov. 2014, n° 382413, ONF

« Se borne à comparer son montant avec le montant de sa propre offre ainsi qu'avec le montant des marchés de restauration des autres portions du Rognon conclus les années précédentes et avec les estimations du prix du marché en alléguant que les prestations proposées par l'ONF seraient de mauvaise qualité ; que la requérante n'apporte pas de précision ou justification de nature à justifier que l'offre de l'ONF puisse être regardée comme manifestement sous-évaluée et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, notamment en ce qui concerne les composantes du prix relatives au volume d'heure de travail et ressources en personnel et matériel requises, compte tenu des prestations exigées au cahier des clauses techniques et particulières annexé au marché tant en ce qui concerne la nature des berges concernées que les arbres à traiter avec leurs caractéristiques et situation ; que par suite, la requérante n'est pas fondée à soutenir que la communauté de communes de la vallée du Rognon aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant une offre anormalement basse ».

CAA Paris, 6 mai 2014, n° 11PA01533, Assoc. Frate Formation

« Il résulte de l'instruction que l'offre de l'association Frate Formation Conseil était inférieure d'environ 20 % à l'estimation de Pôle Emploi et au prix proposé, après négociation, par la société à laquelle le marché a été attribué ; que pour justifier cette offre, l'association s'est bornée à mettre en avant, de façon très générale, sans aucune précision chiffrée et sans aucune pièce justificative, notamment comptable, les locaux permanents, l'équipe de conseillers et les matériels et équipements dont elle disposait, sa structure juridique à but non lucratif, son expérience et le partage des coûts de gestion avec ses financeurs ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, qui n'ont été précisés ni devant les premiers juges ni devant le juge d'appel, que Pôle Emploi n'a pas, en écartant l'offre de l'association Frate Formation Conseil comme anormalement basse, commis une erreur manifeste d'appréciation ; que la circonstance que l'association requérante était titulaire du précédent marché passé pour des prestations de même nature que celles du marché en cause est, à cet égard, sans incidence sur ses obligations en qualité de candidate à l'attribution d'un nouveau marché ».

Article R2152-4

L'acheteur rejette l'offre comme anormalement basse dans les cas suivants :

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

CJUE, 27 novembre 2001, C-285/99, Impresa Lombardini SPA

« D'une part, permettent au pouvoir adjudicateur de rejeter comme anormalement basses les offres présentant un rabais supérieur au seuil d'anomalie — calculé selon une formule mathématique en fonction de l'ensemble des offres reçues pour l'adjudication en cause, de sorte que les soumissionnaires ne sont pas en mesure de connaître ledit seuil au moment du dépôt de leur dossier —, lorsque ledit pouvoir prend sa décision en tenant uniquement compte des justifications des prix proposés, portant sur au moins 75 % de la valeur de base du marché mentionnée dans l'avis de marché, que les soumissionnaires étaient tenus, sous peine d'exclusion de leur participation, de joindre à leur offre, sans donner à ces derniers la possibilité de faire valoir leur point de vue, après l'ouverture des enveloppes, sur les éléments de prix proposés qui ont donné lieu à des suspensions, et, — d'autre part, imposent au pouvoir adjudicateur de prendre en considération, pour les besoins de la vérification des offres anormalement basses, **les seules justifications tenant à l'économie du procédé de construction ou des solutions techniques adoptées ou aux conditions particulièrement**

favorables dont dispose le soumissionnaire, à l'exclusion de celles relatives à tout élément pour lequel une valeur minimale est établie par la voie législative, réglementaire ou administrative ou peut être déterminée sur la base de données officielles ».

Article R2152-5

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

Section 3 - Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

Sous-section 1 - Choix des critères d'attribution

Article R2152-6

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

CJUE, 10 septembre 2020, Tax-Fin-Lex d.o.o. , C-367/19

« Selon la jurisprudence de la Cour, il ressort du sens juridique habituel des termes « à titre onéreux » que ceux-ci désignent un contrat par lequel chacune des parties s'engage à réaliser une prestation en contrepartie d'une autre ... Il s'ensuit qu'un contrat par lequel un pouvoir adjudicateur n'est juridiquement tenu de fournir aucune prestation en contrepartie de celle que son cocontractant s'est engagé à réaliser ne relève pas de la notion de « contrat à titre onéreux », au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24.

28. La circonstance, évoquée par la juridiction de renvoi et inhérente à toute procédure de marché public, que **l'obtention de ce contrat pourrait avoir une valeur économique pour le soumissionnaire, en ce qu'elle lui ouvrirait l'accès à un nouveau marché ou lui permettrait d'obtenir des références, est trop aléatoire et ne saurait, par conséquent, ainsi que l'a relevé, en substance, M. l'avocat général aux points 63 à 66 de ses conclusions, suffire pour qualifier ce contrat de « contrat à titre onéreux »...**

30. Il s'ensuit que l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 ne saurait constituer une base juridique susceptible de fonder le rejet d'une offre proposant un prix de zéro euro. Dès lors, cette disposition ne permet pas d'écarter automatiquement une offre soumise dans le cadre d'un marché public, telle qu'une offre au prix de zéro euro, par laquelle un opérateur propose de fournir au pouvoir adjudicateur les travaux, les fournitures ou les services que celui-ci souhaite acquérir sans demander de contrepartie ».

Classées

TA Besançon, 21 août 2024, n° 2401501

« Le règlement de consultation établi indique que le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse se fera selon deux critères. En ce qui concerne le lot n° 1, les critères retenus sont pondérés pour le prix des prestations de 60% et pour la valeur technique de 40%. En ce qui concerne le lot n° 2, les critères retenus sont pondérés pour le prix des prestations de 40% et pour la valeur technique de 60%. Il résulte du rapport d'analyse des offres que celles de la STPI étaient classées en première position. Les lots litigieux ont toutefois été attribués à l'entreprise Roger Martin au motif notamment que ses offres, prises dans leur ensemble, présentaient un prix inférieur à celui proposé par la STPI. Il résulte ainsi de l'instruction que **la commune de Confracourt a fait du prix son seul critère de choix et a abandonné, en cours de procédure, le critère de la valeur technique des offres. Compte tenu de l'importance de ce critère, ce manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence a été susceptible de léser les intérêts de la société requérante ».**

TA Toulouse, 11 juin 2024, n° 2403077

« En second lieu, la circonstance que les premiers éléments d'information transmis par la communauté de communes ne concernaient que l'offre la mieux notée de la société Colas n'implique pas nécessairement que les deux autres offres qu'elle a présentées n'auraient pas été prises en compte dans le classement prévu par l'article R.2152-6 du code de la commande publique. »

TA Versailles, 15 janvier 2024, n° 2310650

« La société requérante soutient que le SITRU aurait pris en compte, pour l'analyse des offres, des éléments qui ne sont mentionnés dans aucun des documents de la consultation. Toutefois, la continuité du service du 1er janvier au 31 décembre et la création d'une messagerie électronique nominative dédiée constituaient des éléments de l'offre présentée par la société attributaire, et non un critère de sélection des offres que le SITRU aurait eu obligation de porter à la connaissance des candidats et, ainsi qu'il a été dit au point précédent, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de se prononcer sur la façon dont le SITRU a apprécié l'offre de la société au regard du critère de la valeur technique. Par suite, le moyen ainsi soulevé doit être écarté. »

CE, 21 février 2014, n°373096, société AD3 et les lavandières

« Il n'appartient pas au juge des référés précontractuels d'apprécier les mérites respectifs des offres. »

Article L2152-7

Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base du critère du prix ou du coût. L'offre économiquement la plus avantageuse peut également être déterminée sur le fondement d'une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Les modalités d'application du présent alinéa sont prévues par voie réglementaire.

Les offres sont appréciées lot par lot, sauf lorsque les entités adjudicatrices ont autorisé les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus en application du second alinéa de l'article L. 2151-1.

Le lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément aux articles L. 2112-2 à L. 2112-4.

CAA Lyon, 1^{er} févr. 2024, n° 22LY01219, Sté Sarl Moresk

« La société Moresk, dont l'offre n'a pu être examinée en raison du rejet de sa candidature, ne peut utilement se prévaloir de la méconnaissance par le pouvoir adjudicateur des articles R. 2111-15, R. 2111-16 et R. 2111-17 du code de la commande publique qui réglementent l'exigibilité des labels appliqués aux matériaux, fournitures ou procédés proposés pour les prestations à livrer et qui ne peuvent entrer en ligne de compte que pour apprécier la valeur des offres des seuls soumissionnaires dont la candidature a été déclarée recevable. Il suit de là que le moyen tiré de la méconnaissance de ces dispositions doit être écartée comme inopérant.

La société Moresk n'établissant pas avoir été irrégulièrement évincée de la mise en concurrence, ses conclusions tendant à l'indemnisation de son manque à gagner ou des frais qu'elle a engagés pour soumissionner ne peuvent qu'être rejetées. »

TA Paris, 19 juillet 2022, n° 2214169

« Ces dispositions laissent à la collectivité publique le choix des critères d'attribution du « marché » qu'elle entend retenir dès lors que ces critères sont justifiés par l'objet du marché et permettent d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Il s'ensuit que le moyen de la société requérante tenant à ce que la consultation aurait nécessairement dû comporter un critère quantitatif concernant le stock de matériel des prestataires ne peut qu'être écarté. »

Offre économiquement la plus avantageuse

TJ Paris, 24 Janvier 2024, n° 23/59070

« Si les articles L. 2152-7 et suivants et R. 2152-6 et suivants du code de la commande publique autorisent l'acheteur, pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, à mettre en œuvre des critères comprenant des aspects sociaux, ces critères doivent toutefois être liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. Des critères à caractère social, relatifs notamment à l'emploi, aux conditions de travail ou à l'insertion professionnelle des personnes en difficulté, peuvent concerner toutes les activités des entreprises soumissionnaires, pour autant qu'elles concourent à la réalisation des prestations prévues par le marché mais ne peuvent porter sur la politique générale de l'entreprise en matière sociale, appréciés au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicables à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause. »

CE, 24 novembre 2023, n°473674, Communauté d'agglomération Saint-Malo Agglomération

« Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le règlement de la consultation indiquait que le critère technique, pondéré à 60 sur 100, serait apprécié au regard de quatre " éléments d'appréciation " affectés respectivement de 25, 25, 5 et 5 points. En estimant que la notation de l'offre de la société évincée sur le critère technique était entachée " d'erreur matérielle ou à tout le moins d'incohérence " au motif que le rapport d'analyse des offres, au demeurant incomplet, qui avait été versé au dossier, ne permettait pas d'expliquer les notes comportant des décimales attribuées aux offres sur chacun de ces " éléments d'appréciation ", alors qu'elles étaient justifiées par une " appréciation littérale synthétique " procédant d'une échelle comportant cinq degrés, de " insatisfaisante " à " performante ", et en reconstituant la note technique de la candidate évincée en notant chacune des appréciations littérales attribuée par le pouvoir adjudicateur par une note sans décimale, alors que les principes rappelés au point précédent ne s'opposent pas à ce que le pouvoir adjudicateur traduise des appréciations littérales par des notes comportant des décimales, la juge des référés, qui n'a pas relevé en quoi cette méthode de notation aurait été, par elle-même, de nature à priver de leur portée les critères ou à neutraliser leur pondération, a commis une erreur de droit. »

TA Guyane, 10 Mai 2023, n° 2300550, SASU Espaces Clauzel

D'une part, il ressort de l'avis d'appel public à la concurrence publié le 4 novembre 2022 que le marché n'est pas réservé. D'autre part, il résulte de l'instruction que, pour l'analyse et l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse, la commune de Rémire-Montjoly a mis en place deux critères, à savoir le critère du prix, qui représentait 60 % de la note globale, et le critère de la valeur technique, qui était pondéré à 40 % de la note globale et était divisé en quatre sous-critères. Il ressort de la décision du 22 mars 2023 par laquelle la commune de Rémire-Montjoly a notifié à la SASU Espaces Clauzel le rejet de son offre présentée pour le lot n° 1 que sa " proposition a obtenu la note de 88,43 et a été classée n° 1 ", pour avoir obtenu une note pondérée de 51,43/60 points pour le critère " prix " et une note pondérée de 37,0/40 pour le critère " valeur technique ". Il est constant que l'offre de l'association Régie de quartier de Rémire-Montjoly a obtenu la note globale de 87,66, correspondant à une note pondérée de 49,66/60 pour le critère " prix " et une note pondérée de 38/40 pour le critère " valeur technique ". Ainsi, si l'offre de l'association Régie de quartier de Rémire-Montjoly a obtenu une meilleure note sur le critère " valeur technique " pondéré à 40 %, celle de la SASU Espaces Clauzel a obtenu une meilleure note sur le critère " prix " pondéré à 60 %, lui permettant d'être classée en première position. Pourtant, l'accord-cadre du lot n° 5 a été attribué à l'association Régie de quartier de Rémire-Montjoly. Dans ces conditions, et alors qu'il résulte de l'instruction que le marché n'est pas réservé, la SASU Espaces Clauzel est fondée à soutenir que la méthode de notation utilisée par la commune de Rémire-Montjoly est de nature à priver de leur portée les critères de sélection établis par les documents du marché, en méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats. Par suite, il y a lieu d'annuler la procédure de passation de l'accord-cadre correspondant au lot n° 5 ainsi que les décisions subséquentes.

CE, 10 juin 2020, n°431194, Min. Armées

« Il résulte de ces dispositions qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en se **fondant sur des critères permettant d'apprécier la performance globale des offres au regard de ses besoins**. Ces critères doivent être liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, être définis avec suffisamment de précision pour ne pas laisser une marge de choix indéterminée et ne pas créer de rupture d'égalité entre les candidats. Le pouvoir adjudicateur détermine librement la pondération des critères de choix des offres. Toutefois, il ne peut légalement retenir une pondération, en particulier pour le critère du prix ou du coût, qui ne permettrait manifestement pas, eu égard aux caractéristiques du marché, de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse ».

CAA Douai, 22 août 2019, n° 18DA02437, Société Dalkia

« Ainsi, **quelle que soit la pertinence économique du calcul effectué par la société Dalkia, son offre ne respectait pas le règlement de la consultation**. La commune a d'ailleurs nécessairement admis cette irrégularité, puisqu'elle a conclu avec la société Dalkia, le 18 janvier 2016, une " mise au point du marché ", indiquant que " l'acte d'engagement de la consultation d'appel d'offres ne permettait pas au candidat de modifier le coût des prestations " P1 " en cas d'acceptation de l'option " Télégestion ". Aux termes de l'article 59 du code des marchés publics, alors en vigueur : " II. - Après classement des offres finales conformément au III de l'article 53, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Ce choix est effectué par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales. - Il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres. ". **Ces dispositions n'autorisaient pas la commune de Montigny-en-Gohelle à rechercher, postérieurement au classement des offres, une régularisation de l'offre de la société Dalkia, une telle tentative de régularisation remettant nécessairement en cause une caractéristique substantielle de l'offre initiale de la société Dalkia et le classement de l'ensemble des offres ».**

CE, 28 juin 2019, n° 420776, Société Plastic omnium systèmes urbains

« La circonstance que l'acheteur a mis en œuvre une méthode de notation différente de celle qui avait été annoncée dans les documents de la consultation, ce qui a eu une incidence sur le classement des offres, ne peut être regardée comme caractérisant un vice de consentement ».

CAA Bordeaux, 29 novembre 2016, n°14BX03587, société A...et Fils

« D'une part, dans le cadre de la procédure adaptée, il est loisible au pouvoir adjudicateur d'examiner, au cours d'une phase unique, la recevabilité des candidatures et la valeur des offres et retenir, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, le critère tiré de l'expérience du candidat dans les domaines objets des différents lots du marché. D'autre part, les dispositions précitées n'interdisent pas au pouvoir adjudicateur, si un tel élément d'appréciation est non discriminatoire et lié à l'objet du marché, de tenir compte des moyens en personnel et en matériel affectés par le candidat à l'exécution des prestations du marché afin d'en garantir la qualité technique ».

CE, 20 janvier 2016, n°394133, Derichebourg Polyurbaine

« Considérant qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres ; qu'il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats »

Offre

CAA de Marseille, 10 juillet 2019, n°18MA05507, BEAH

« Si le centre hospitalier de Perpignan et la société hospitalière d'assurances mutuelles, antérieurement liés par un marché similaire, soutiennent que ces mentions ne constitueraient que de simples commentaires formulés par l'établissement quant à l'offre de l'attributaire, il résulte au contraire de l'instruction et des termes et symboles ainsi employés que ces indications portées sur le rapport d'analyse des offres, mises en rapport direct avec la notation attribuée aux offres respectives de la société hospitalière d'assurances mutuelles et de la requérante, ne peuvent être regardées comme incidentes et étrangères à l'opération d'évaluation des offres mais reflétaient directement le jugement du centre hospitalier sur l'offre de la société hospitalière d'assurances mutuelles. Il en résulte que **le pouvoir adjudicateur a évalué la pertinence de celle-ci au regard non de ses seules qualités intrinsèques, mais de considérations relatives aux prestations fournies et au comportement de cet assureur à l'occasion de l'exécution du précédent marché et à la satisfaction qu'en avait éprouvée ses services**. La société Bureau européen d'assurance hospitalière est dès lors fondée à soutenir qu'en examinant, ne serait-ce qu'en partie, l'offre de la société hospitalière d'assurances mutuelles sur le fondement de telles considérations, qui sont sans rapport avec les qualités intrinsèques de cette offre, le centre hospitalier de Perpignan a méconnu les dispositions précitées et le principe d'égalité des candidats.

CE, 7 novembre 2008, n°292570, Société hexagone 2000

« L'absence dans l'enveloppe contenant l'offre d'une entreprise d'une pièce exigée par le pouvoir adjudicateur ne justifie à elle seule son élimination dès lors que la pièce à bien été produite mais placée par erreur au sein de l'enveloppe relative à la candidature ».

TA Paris, 26 juin 1995, n° 9508548/6/RA

« Si, en raison des exigences propres au déroulement de la procédure d'appel d'offres sur performances définie à l'article 99 du code des marchés publics, la personne responsable du marché peut éventuellement apporter, au cours de la consultation, certaines modifications aux cahiers des clauses administratives et techniques particulières qui ont été remis aux concurrents, elle ne saurait, en revanche, après l'expiration du délai de réception des offres, permettre aux candidats sélectionnés n'ayant pas participé à la consultation, de présenter leurs propositions et leur consentir, en conséquence, un nouveau délai, sans porter atteinte à l'égalité de traitement qui doit être assurée entre les intéressés, ni méconnaître, par suite, l'obligation de mise en concurrence à laquelle elle est tenue. Il en va ainsi alors même que, d'une part, les contraintes inhérentes à l'exécution du marché en cause, telles qu'elles avaient été fixées par le cahier des clauses administratives particulières, ont déterminé la plupart des candidats sélectionnés à ne pas déposer d'offres, et que, d'autre part, la nouvelle consultation a été engagée sur la base de conditions d'exécution moins contraignantes que les précédentes. Constatant la réouverture dans ces circonstances du délai de présentation des offres, le juge des référés ordonne, en application de l'article L. 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, la suspension de la procédure de passation du marché, et enjoint à la collectivité contractante d'y mettre fin définitivement ».

Pluralité de critères non discriminatoires

Loi n° 2024-450 du 21 mai 2024 relative à l'organisation de la gouvernance de la sûreté nucléaire et de la radioprotection pour répondre au défi de la relance de la filière nucléaire, NOR : ECOP2329611L

« Art. 24 - Pour leur application aux marchés publics relatifs à un ou plusieurs projets mentionnés aux 1° à 6° de l'article 22 de la présente loi, les critères d'attribution des marchés publics, mentionnés à l'article L. 2152-7 du code de la commande publique, peuvent comprendre la crédibilité des offres des soumissionnaires ou en tenir compte.

La crédibilité peut notamment s'apprécier, de manière non discriminatoire, en fonction de la faisabilité et de la maturité des solutions techniques ou de l'adéquation des délais, des moyens ou des méthodes. »

CAA de MARSEILLE, 04 avril 2022, n°20MA00365, société AB Sud Formation

« Dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors également porter sur les conditions de mise en œuvre de ces critères. Il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné. Il résulte de l'instruction que le pouvoir adjudicateur a établi comme premier critère de second ordre du critère technique la " description de la prestation ", notée sur vingt-cinq points. **En se bornant à mentionner les éléments descriptifs à fournir, sans préciser le contenu de ses attentes pour l'appréciation des prestations proposées, le département des Bouches-du-Rhône n'a pas suffisamment précisé ce critère de second ordre.** Par suite, la société AB Sud Formation est fondée à soutenir que ce critère technique **était imprécis** et que le département des Bouches-du-Rhône a sur ce point manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ».

CE, 7 mars 2018, n°415675, Centre hospitalier de Péronne

« Considérant que l'article 5.1 " Prix de la prestation " du cahier des clauses particulières stipule que : " Dans l'hypothèse où le candidat proposerait dans son offre l'utilisation de tout ou partie du plateau technique mis à sa disposition, il indiquera dans son offre financière le montant forfaitaire mensuel reversé au CHP. Le candidat intégrera dans son calcul outre la mise à disposition du matériel, les coûts induits liés à l'exploitation du dit plateau : coût locaux, prestation informatique, consommation d'énergie, consommation de l'eau, entretien. " ; qu'il résulte de ces stipulations que l'utilisation du plateau technique du centre hospitalier était facultative ; que, dans ces conditions, **le sous-critère " forfait plateau technique ", qui était au demeurant ambigu, ne pouvait être régulièrement retenu par le centre hospitalier pour l'appréciation de l'offre financière des candidats** ».

CJUE, 26 mars 2015, C-601/13, Ambisig – ambiente e sistemas de informação geografica S

« Pour la passation d'un marché de fourniture de services à caractère intellectuel, de formation et de conseil, l'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, **ne s'oppose pas à l'établissement par le pouvoir adjudicateur d'un critère qui permet d'évaluer la qualité des équipes concrètement proposées par les soumissionnaires pour l'exécution de ce marché, critère tenant compte de la constitution de l'équipe ainsi que de l'expérience et du cursus de ses membres** ».

CE, 28 mai 2014, n° 375941, Commune de Dijon

« Le juge des référés a pu, dès lors, par une appréciation souveraine exempte de dénégation, estimer que ni les stipulations de l'article 1-5 du CCAP ni les explications complémentaires du pouvoir adjudicateur ne faisaient clairement apparaître comment s'appliquait l'engagement de l'attributaire relatif au nombre d'heures d'insertion en cas de reprise des personnels du marché précédent ; que c'est également par une appréciation souveraine exempte de dénégation qu'il en a déduit que le sous-critère relatif au nombre d'heures de travail réservées à l'insertion professionnelle de personnes en difficultés était entaché d'incertitudes constitutives, en l'espèce, d'un manquement de la commune aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible de léser la société requérante ; qu'en annulant la totalité de la procédure de passation pour le lot n° 1, le juge des référés n'a, eu égard au manquement qu'il relevait, commis aucune erreur de droit ».

CE, 11 mars 2013, n°364706, AP-HP

« Considérant, toutefois, qu'en l'espèce, contrairement à ce que soutient l'AP-HP, le sous-critère " présentation de l'entreprise ", qui impliquait une simple présentation générale de l'entreprise, sans rapport avec l'exécution technique du marché, permettait seulement une appréciation de la capacité professionnelle et technique des candidats et se rapportait à l'examen et à la sélection des candidatures ; que, par suite, la société DEF est fondée à soutenir que l'AP-HP a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en recourant à un tel sous-critère ; qu'eu égard à l'importance de ce sous-critère et même si tous les candidats ont obtenu, pour ce sous-critère, la même note, un tel manquement est susceptible d'avoir léser la requérante ; que, dès lors et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa demande, la société DEF est fondée à demander l'annulation de

la procédure de passation du lot n° 5 du marché de travaux ayant pour objet la mise en conformité du réseau incendie de l'hôpital Paul Doumer ».

CE, 18 septembre 2011, n°380821, Société Axxess

« Considérant que, ainsi que le souligne le pouvoir adjudicateur sans être contredit, les prestations d'accueil et d'assistance technique à réaliser présentaient, eu égard notamment à la localisation de l'Ecole du Louvre au sein d'un palais qui accueille chaque année des millions de visiteurs, de grandes spécificités ; que, dans ces conditions particulières, la prise en compte de **l'expérience des candidats** parmi les critères de sélection des offres pouvait être regardée comme rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché ; que ce critère ne pouvait être regardé comme ayant un effet discriminatoire ; qu'il était par ailleurs pondéré à hauteur de 5 % seulement ; que, par suite, le moyen tiré de ce que les références des candidats n'étaient pas au nombre des critères susceptibles d'être retenus pour sélectionner les offres doit être écarté ».

CJCE, 17 février 2011, C-251/09, Commission c/ Chypre

« Cela implique, plus particulièrement, que les critères d'attribution doivent être formulés, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, **de manière à permettre** à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière (arrêts SIAC Construction, précité, point 42, ainsi que du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, C-448/01, Rec. p. I-14527, point 57) et que, lors d'une évaluation des offres, ces critères doivent être appliqués de manière objective et uniforme à tous les soumissionnaires (arrêt SIAC Construction, précité, point 44) » (§40).

CE, 2 août 2011, n° 348254, Parc naturel régional des Grandes Causes

« Les dispositions du I de l'article 53 du code des marchés publics permettent au pouvoir adjudicateur de retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire : « que ces dispositions permettent au pouvoir adjudicateur de retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire ; que, par suite, le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse a commis une erreur de droit en jugeant que la prise en compte des références des candidats n'était pas au nombre des critères susceptibles d'être retenus pour sélectionner les offres ; que dès lors, l'ordonnance attaquée doit être annulée ; [...] Considérant qu'il résulte de l'instruction que le marché litigieux est relatif à soixante-dix pré-diagnostic énergétiques sur des bâtiments publics, écoles, mairies, logements communaux, salles des fêtes ainsi que sur des établissements de santé, des campings, gîtes ruraux, centres de vacances et hôtels ; qu'il prévoit la réalisation d'un bilan énergétique sur chaque bâtiment ainsi qu'une évaluation des gisements d'économie d'énergie et une orientation vers des interventions simples à mettre en œuvre ou des études approfondies ; qu'eu égard à la technicité de ces prestations, l'objet du marché justifie objectivement le recours au critère, pondéré à hauteur de 20%, tenant aux références des candidats afin de prendre en considération leur expérience ; que la prise en compte de ce critère n'a pas eu d'effet discriminatoire »

CE, 8 février 2010, n°314075, Commune de la Rochelle

« Considérant qu'il résulte des dispositions citées plus haut du code des marchés publics que les capacités du candidat, établies notamment par ses références professionnelles, doivent être examinées au moment de l'ouverture de la première enveloppe et que les offres des seules entreprises dont la qualification professionnelle a été jugée satisfaisante doivent être ensuite examinées après ouverture de la seconde enveloppe, la sélection se faisant entre ces offres par application des critères fixés par le II de l'article 53 du code, éventuellement complétés par des critères additionnels énoncés par le règlement de la consultation et justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ; que la cour, pour juger que la commission d'appels d'offres avait commis une erreur manifeste

d'appréciation en estimant que la valeur des offres présentées par la société Atelier Blu et par la société Goppion étaient équivalentes, a retenu, outre le contenu de la note technique produite par les candidates, "que la société Goppion spécialisée dans la réalisation d'aménagements, et notamment de vitrines, pour l'exposition et la conservation d'objets, en particulier dans les musées, justifiait d'importantes références en ce domaine alors que la société Atelier Blu se présentait comme intervenant principalement dans la conception de charpentes, menuiseries intérieures et extérieures, aménagement de bureaux, commerces, cuisines sans apporter de précision sur la nature des travaux effectués sur des chantiers autres que liés à l'habitat" ; que s'étant ainsi fondée sur les références des entreprises candidates, et non pas exclusivement sur la valeur intrinsèque des offres, elle a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ni ceux du pourvoi incident, son arrêt doit être annulé, en tant qu'il a statué par ses articles 1er et 2 sur les conclusions de la société Goppion tendant à la condamnation de la COMMUNE DE LA ROCHELLE à l'indemniser de la perte de chance sérieuse d'emporter le lot n° 1 du marché de réhabilitation du Muséum d'histoire naturelle ».

CJCE, 12 novembre 2009, affaire C199/07, Commission c/ Grèce

« Dans la présente affaire, **les critères retenus par le pouvoir adjudicateur à titre de « critères d'attribution », à la section IV, point 2, de l'avis de marché litigieux, portent sur l'expérience et la capacité réelle à garantir une bonne exécution du marché en question. Il s'agit de critères qui concernent l'aptitude des soumissionnaires à exécuter ce marché et qui n'ont donc pas la qualité de « critères d'attribution », au sens de l'article 34, paragraphe 1, de la directive 93/38, ce que les autorités helléniques n'ont, d'ailleurs, pas sérieusement contesté** ». (§ 56)

CE, 20 mai 2009, n°318871 Département du Var

« Ces incertitudes voire contradictions affectant les critères de sélection des offres ont constitué un manquement, par le pouvoir adjudicateur, à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, lequel était susceptible, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, de léser la société VORTEX ; qu'il suit de là que la procédure doit être annulée ».

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

« Considérant qu'en vertu du règlement de la consultation les candidats étaient autorisés à présenter des « services annexes » pris en compte à hauteur de 30% au titre du critère de la valeur technique des offres, critère lui-même assorti d'une pondération de 7/20 dans l'évaluation des offres ; que les prestations complémentaires ainsi demandées à titre facultatif ne faisaient l'objet d'aucune description précise, le règlement de la consultation se bornant à citer des exemples non-limitatifs de services annexes susceptibles d'être proposés, tels que des « distributeurs de plans », des « fiches horaires » mais aussi la « mise à disposition de vélo »... ; que faute d'avoir précisément défini le type des prestations complémentaires envisagées, lesquelles doivent nécessairement être en rapport direct avec l'objet du marché, la COMMUNAUTE URBAINE DE DUNKERQUE et la VILLE DE DUNKERQUE n'ont pas, eu égard à l'insuffisante définition de la nature et de l'étendue de leurs besoins, et à la marge de choix discrétionnaire qu'elles s'étaient ainsi réservée, prévu des modalités d'examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ; qu'ainsi, et alors même que le sous-critère « services annexes » n'occupait pas une place prépondérante, dans le jugement des offres, compte tenu du coefficient de pondération qui lui était affecté, la COMMUNAUTE URBAINE DE DUNKERQUE et la VILLE DE DUNKERQUE ont manqué aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui leur incombait ; qu'un tel manquement, qui est de nature à léser la société Decaux au stade de l'examen des offres, justifie l'annulation de la procédure de passation du marché ».

CE, 5 novembre 2008, n°310484, Commune de Saint-Nazaire

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la COMMUNE DE SAINT-NAZAIRE et la CARENE, qui avaient **retenu l'esthétique comme un des critères d'attribution du marché**, avaient apporté à cet égard les indications suivantes dans le cahier des clauses techniques particulières du marché : Les mobiliers urbains...devront participer à l'embellissement de l'espace public par leurs qualités esthétiques. Ils devront de plus être en cohérence

avec l'identité portuaire et maritime de cette dernière et s'inscrire dans le style nazairien alliant exigence fonctionnelle (solidité, résistance, confort d'usage, durabilité, facilité d'entretien et de remplacement) et esthétique. A cet égard, le mobilier retenu devra être d'esprit contemporain, de forme simple et épurée, de préférence en métal et d'une couleur dominante blanche ; qu'en jugeant que, par de telles indications, la COMMUNE DE SAINT-NAZAIRE et la CARENE n'avaient pas défini leurs attentes avec **une précision suffisante** pour écarter l'éventualité d'une décision d'attribution discrétionnaire, le juge des référés a dénaturé les pièces du dossier ; qu'il en résulte que la COMMUNE DE SAINT-NAZAIRE et la CARENE sont fondées à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ; (...) Considérant enfin que les indications précitées s'agissant du critère d'attribution relatif à l'esthétique des mobiliers urbains étaient suffisantes pour ne pas conférer en l'espèce au pouvoir adjudicateur une liberté de choix discrétionnaire ; que doit ainsi être écarté le moyen tiré de ce qu'en recourant à un tel critère, la COMMUNE DE SAINT-NAZAIRE et la CARENE n'ont pas garanti le respect de l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ».

CJCE 24 janvier 2008, n°C532/06 Emm. G. Lianakis AE, et autres c/ Dimos Alexandroupolis

« Partant, sont exclus à titre de « critères d'attribution » des critères qui ne visent pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, mais qui sont liés essentiellement à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché en question ». (§30).

CAA Bordeaux, ord., 12 octobre 2007 n°07BX01819

« Considérant que si ces dispositions ne visent expressément que les critères d'attribution des marchés publics, et non les sous-critères utilisés le cas échéant pour en faciliter l'application, et si rien ne s'oppose à ce que la personne publique s'abstienne dès lors de pondérer à l'avance ces sous-critères, c'est sous réserve que ces derniers ne revêtent pas eux-mêmes, en fait, le caractère de véritables critères au sens des mêmes dispositions ; que lorsque tel est bien le cas, et **même si le recours à de tels sous-critères a emporté des effets en ce qui concerne le classement final des candidats par suite d'une pondération postérieure à la date de clôture du délai de réception des offres, l'absence de publicité préalable ne saurait, à elle seule, manifester une atteinte au principe de transparence** mis en œuvre par l'article 53-II précité, ni un risque d'effet discriminatoire envers l'un ou l'autre des soumissionnaires ».

CE, 29 décembre 2006, n°273783, société Bertele SNCT

« Il résulte des dispositions du code des marchés publics dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 que, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres ouvert, les capacités des candidats, établies notamment par leurs références professionnelles, doivent être examinées par la commission d'appel d'offres au moment de l'ouverture de la première enveloppe et que les offres des seules entreprises dont les capacités ont été jugées suffisantes doivent être examinées, après ouverture de la seconde enveloppe, au regard des critères fixés par le code, éventuellement complétés par des critères additionnels énoncés par le règlement de la consultation et justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Ainsi, si le critère de la qualification professionnelle, qui est relatif aux capacités des candidats, peut être utilisé, au stade de l'ouverture de la première enveloppe, pour sélectionner les candidatures, il ne peut être utilisé, à titre de critère additionnel à ceux fixés par le code des marchés publics, pour sélectionner les offres après ouverture de la seconde enveloppe ».

CAA Lyon, 29 septembre 2006, n°00LY02073, Préfet de l'Ain

« Un critère relatif à la situation financière du soumissionnaire ne peut être utilisé pour sélectionner les offres, mais uniquement les candidatures : « Considérant que lorsque la commission d'appel d'offres élimine une entreprise candidate à un marché mené selon la procédure d'appel d'offres ouvert prévue par les articles 296 et suivants du code des marchés publics uniquement en raison de la fragilité de sa situation financière, elle le fait en regardant ladite entreprise comme n'ayant pas la qualité ou les capacités suffisantes pour présenter une offre au sens du I de l'article 297 précité ; qu'hormis le cas d'erreur matérielle ou de fraude entachant la décision de retenir une entreprise pour présenter une offre, la commission ne peut donc éliminer une entreprise candidate pour le seul motif de fragilité

financière qu'avant l'ouverture de la seconde enveloppe conformément aux mêmes dispositions du code des marchés publics »

CE, 28 avril 2006, n°280197, Commune de Toulouse :

« Les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret du 7 janvier 2004 **laissent à la collectivité publique le choix des critères d'attribution du marché** qu'elle entend retenir dès lors que ces critères sont justifiés par l'objet du marché et permettent d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Si ces dispositions imposent, lorsque l'objet du marché conduit à n'appliquer qu'un seul critère, de retenir celui du prix des prestations, elles n'ont ni pour objet, ni pour effet de rendre obligatoire ce critère lorsque la personne publique adopte plusieurs critères d'attribution du marché ».

CJCE, 24 novembre 2005, C-331/04, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl, Viaggi di Maio Snc c/ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia, Comune di Venezia

« Les articles 36 de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, et 34 de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, doivent être interprétés en ce sens que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une commission d'adjudication **accorde un poids spécifique aux sous-éléments d'un critère d'attribution établis d'avance**, en procédant à une ventilation, entre ces derniers, du nombre de points prévus au titre de ce critère par le pouvoir adjudicateur lors de l'établissement du cahier des charges ou de l'avis de marché, **à condition qu'une telle décision** :

- ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché ;
- ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation ;
- n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires ».

CJCE, 4 décembre 2003, C-448/01, EVN AG et Wienstrom

« Cela signifie, plus particulièrement, que les critères d'attribution doivent être formulés, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière (arrêt SIAC Construction, précité, point 41) » (§57) ; « Il appartient à la juridiction nationale de vérifier si, en dépit de l'omission de la part du pouvoir adjudicateur de fixer une date de fourniture déterminée, le critère d'attribution a été formulé de manière suffisamment claire pour satisfaire aux exigences d'égalité de traitement et de transparence des procédures de passation des marchés publics » (§72) ;

CJCE, 26 septembre 2000, C-225/98, Commission contre France

« À cet égard, il convient de relever que, selon la jurisprudence de la Cour, le principe d'égalité de traitement, dont l'article 59 du traité est une expression particulière, **prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination** qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat (voir, en ce sens, arrêt du 5 décembre 1989, Commission/Italie, C-3/88, Rec. p. 4035, point 8) ». (§ 80).

CE, 29 juillet 1994, n° 131562, Commune de Ventenac-en-Minervois

« Considérant qu'il n'est pas contesté que la commission d'appel d'offres, chargée pour la COMMUNE DE VENTENAC-EN-MINERVOIS, de désigner l'entreprise chargée du marché de construction d'un bâtiment industriel, a, dans sa séance du 27 janvier 1986, décidé d'attribuer le marché de préférence à une entreprise locale lorsque celle-ci présenterait des propositions n'excédant pas 4 % du devis d'éventuels soumissionnaires, ceci dans le souci de favoriser le maintien des emplois locaux et l'acquittement, au bénéfice de la commune, des taxes professionnelles ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'implantation locale de l'entreprise chargée d'exécuter les travaux ait été une des

conditions de bonne exécution du marché ; que les motifs tirés de la nécessité de favoriser l'emploi local et d'équilibrer les finances locales par l'acquittement de la taxe professionnelle sont sans rapport avec la réglementation des marchés ; que par suite, la décision de la commission d'appel d'offres est entachée d'erreur de droit »

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

« Si la deuxième alternative laisse aux pouvoirs adjudicateurs le choix des critères d'attribution du marché qu'ils entendent retenir, ce choix ne peut porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ».

[...] Dans le système de la directive, notamment de son titre IV (règles communes de participation), la vérification de l'aptitude des entrepreneurs à exécuter les travaux à adjudger et l'attribution du marché sont deux opérations différentes dans le cadre de la passation d'un marché public. En effet, l'article 20 de la directive prévoit que l'attribution du marché se fait après vérification de l'aptitude des entrepreneurs, même si la directive, qui vise à la coordination des procédures nationales de passation des marchés publics de travaux tout en respectant, dans toute la mesure du possible, les procédures et les pratiques en vigueur dans chacun des Etats membres (deuxième considérant), n'exclut pas que la vérification de l'aptitude des soumissionnaires et l'attribution du marché puissent avoir lieu simultanément, les deux opérations sont régies par des règles différentes.

[...] Le critère de « l'offre la plus acceptable » tel qu'il résulte d'une disposition de la législation nationale peut être compatible avec la directive s'il exprime le pouvoir d'appréciation reconnu aux pouvoirs adjudicateurs en vue d'identifier l'offre économiquement la plus **avantageuse sur la base de critères objectifs** et s'il ne comporte donc aucun élément de choix arbitraire » (§37).

CJCE, 25 avril 1986, C-87/94, Commission contre Royaume de Belgique

« La procédure de comparaison des offres devait donc **respecter, à tous ses stades, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires que celui de la transparence**, afin que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres ». (Paragraphe 54) ; dans le même sens : CJCE, 4 décembre 2003, EVN AG et Wienstrom, affaire C-448/01 (§57) ; CJCE, 18 octobre 2001, SIAC Construction, C-19/00 (§41).

Liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution

TUE, 10 février 2021, T-578/19, Sofia Group c. Parlement Européen

« Par le biais de ces critères, le Parlement a indiqué souhaiter, dans le cadre de son large pouvoir d'appréciation quant aux éléments à prendre en considération en vue de la prise d'une décision de passer un marché sur appel d'offres, prendre en compte la **responsabilité sociale et les sensibilités auxquelles les opérateurs économiques**, le personnel impliqué dans l'exécution du marché ainsi que le pouvoir adjudicateur doivent faire face »

« Or, comme le Parlement l'a fait valoir à juste titre, le personnel est la ressource principale de l'activité devant être exécutée dans le cadre du lot n° 1. En effet, le lot n° 1 a pour objet des prestations de services. Dans le cadre de ce lot, **le rôle de l'attributaire consiste à fournir du personnel destiné à utiliser le logiciel du BHD afin d'assurer le suivi des demandes d'intervention au sein des locaux du Parlement. Dès lors, les critères qualitatifs n°s 1 à 4 sont liés à l'objet du lot n° 1** ».

CE, 25 mai 2018, n° 417580, Société imprimerie Chiffoleau

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions que si l'acheteur peut, pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, mettre en œuvre des critères comprenant des aspects sociaux, c'est à la condition, notamment, qu'ils soient **liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution** ; (...) qu'il résulte de ce qui a été dit au point précédent que le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit en en déduisant que ce critère n'a pas un **lien suffisant** avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ».

CE, 28 avril 2006, n°280197, Commune de Toulouse

« Les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret du 7 janvier 2004 laissent à la collectivité publique le choix des critères d'attribution du marché qu'elle entend retenir dès lors que **ces critères sont justifiés par l'objet du marché** et permettent d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Si ces dispositions imposent, lorsque l'objet du marché conduit à n'appliquer qu'un seul critère, de retenir celui du prix des prestations, elles n'ont ni pour objet, ni pour effet de rendre obligatoire ce critère lorsque la personne publique adopte plusieurs critères d'attribution du marché ».

CJCE, 4 décembre 2003, C-448/01, EVN AG, Wienstrom G mbH c/ Republik Österreich, Stadtwerke Klagenfurt AG

« Il en découle que la réglementation communautaire en matière de marchés publics ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur retienne, dans le cadre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse pour l'attribution d'un marché de fourniture d'électricité, un critère exigeant la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, pour autant que ce critère est **lié à l'objet du marché** ».

CE, 10 mai 1996, n°159979, Fédération nationale des travaux publics

« D'autres considérations peuvent entrer en ligne de compte à la condition d'avoir été spécifiées dans l'avis d'appel d'offres et d'être **justifiées par l'objet du marché** ou ses conditions d'exécution ».

Article L2152-8

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

Article R2152-7

Pour **attribuer** le marché au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, **l'acheteur** se fonde :

1° Soit sur un **critère unique** qui peut être :

- Le **prix**, à condition que le marché ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ;
- Le **coût**, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie défini à l'article R. 2152-9 ;

2° Soit sur une **pluralité de critères non-discriminatoires** et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou **sociaux**. Il peut s'agir des critères suivants :

- 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 ;
- 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 ;
- L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché.

D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

Les critères d'attribution retenus doivent pouvoir être appliqués tant aux variantes qu'aux

offres de base.

Décret n°2022-767 du 2 mai 2022 portant diverses modifications du code de la commande publique**Article 2**

« L'article R. 2152-7 du même code est ainsi modifié :

1° Au premier alinéa, les mots : « l'acheteur se fonde » sont remplacés par les mots : « l'acheteur se fonde sur un ou plusieurs critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution qui peuvent être » ;

2° Le 1° est remplacé par les dispositions suivantes :

« 1° Soit le critère unique du coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie défini à l'article R. 2152-9 et qui prend en compte les caractéristiques environnementales de l'offre ; »

3° Le premier alinéa du 2° est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés :

« Soit une pluralité de critères parmi lesquels figurent le prix ou le coût. Au moins l'un d'entre eux prend en compte les caractéristiques environnementales de l'offre. Ces critères peuvent également comprendre des aspects qualitatifs ou sociaux.

« Ces critères peuvent porter notamment sur les éléments suivants : ».

Article 11

« Les dispositions des articles 2, 3, 5, 7 et 9 entrent en vigueur le 21 août 2026 et s'appliquent aux marchés et aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de cette date. »

Attribuer**CAA Nantes, 2 février 2016, n°14NT01374, Société Savoir Bien Satisfaire**

« Il résulte ainsi de l'instruction que **l'abandon de la procédure ayant abouti à l'attribution du marché susmentionné à la société SBS est dû à un défaut d'évaluation précise de ses propres besoins par le pouvoir adjudicateur et ne peut être regardé comme justifié par un motif d'intérêt général** ; que la communauté de communes du pays de Fontenay-le-Comte a ainsi commis une **faute à l'égard de la société SBS, déclarée initialement attributaire du marché** ; (...) **la société SBS a droit au remboursement de l'intégralité du manque à gagner** qu'elle a subi du fait de l'inexécution du marché litigieux ».

CJUE 11 décembre 2014, affaire C-440/13, Croce Amica One Italia Srl contre Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU)

« Ainsi, le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce que les États membres prévoient, dans leur législation, la possibilité d'adopter une décision de retrait d'un appel d'offres. Les motifs d'une telle décision de retrait peuvent ainsi être fondés sur des raisons qui ont notamment un rapport avec **l'appréciation de l'opportunité**, du point de vue de **l'intérêt public**, de mener à terme une procédure d'adjudication, compte tenu, entre autres, de la **modification éventuelle du contexte économique** ou **des circonstances factuelles**, ou encore des **besoins du pouvoir adjudicateur concerné**. Une telle décision peut également être motivée par le niveau insuffisant de concurrence, en raison du fait que, à l'issue de la procédure de passation du marché concerné, un seul soumissionnaire demeurerait apte à exécuter ce marché ». (§35)

CAA Lyon, 6 juin 2013, n°12LY01822, Société Peduzzi batiment

« Considérant, en dernier lieu, qu'il résulte de l'instruction que le coût du projet initial s'élevait, selon l'offre du groupement attributaire, à la somme de 1 684 050 euros HT ; que le SIEA n'a pu obtenir du département la subvention qu'il escomptait à hauteur de 30 % de ce montant ; qu'il n'est pas sérieusement contesté par la requérante que le coût du projet envisagé de raccordement à la station d'épuration du syndicat mixte du Dijonnais était estimé à moins de 500 000 euros et qu'il a finalement été arrêté à la somme de 257 528,17 euros HT selon devis de l'entreprise SNCTP accepté par délibération du 23 septembre 2010 ; que dans ces conditions, **eu égard à l'intérêt général qui**

s'attachait aux économies ainsi réalisées tant pour les usagers que pour le syndicat, la décision de renoncer à conclure le marché initial n'était pas illégale et donc pas fautive ».

CE, 23 décembre 2009, n° 305287, Société Estradera

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que si la SOCIETE ESTRADERA a été déclarée attributaire le 2 août 2001 du lot n° 8 Plomberie Sanitaire VMC du marché relatif à la construction de logements locatifs de la résidence Rimbaud III à Tarbes, aucun marché ne fut signé ; **qu'il est apparu au maître d'ouvrage que les logements locatifs pouvaient être réalisés pour un coût nettement moins élevé sur des bases techniques nouvelles ; qu'en renonçant, pour ce motif d'intérêt général, à conclure le marché, lequel ne pouvait faire l'objet d'un avenant, eu égard aux modifications substantielles consécutives aux nouvelles solutions retenues par l'OPAC, qui remettaient en cause les conditions de l'appel à concurrence, et en soumettant à un nouvel appel d'offres le marché ainsi techniquement modifié, l'établissement public n'a commis aucune illégalité constitutive d'une faute de nature à engager sa responsabilité ».**

CAA Paris, 10 février 2004, n°99PA01947, Préfet des Yvelines

« Si ces dispositions font obstacle à ce que la commission après avoir fait son choix procède à un nouvel examen des offres et retienne finalement l'offre d'une autre entreprise que celle qu'elle avait initialement retenue, il en va toutefois différemment dans le cas où le choix de la commission a été fondé sur des éléments entachés d'erreur matérielle ou de fraude ».

CE, 18 mars 2005, n°238752, Société Cyclergie

« Constitue en revanche un détournement de procédure le fait de mettre fin à un appel d'offres sur performance en se prévalant de l'**incohérence** d'une offre présentée par un candidat, un tel motif ne constituant pas un motif d'intérêt général, mais pouvant uniquement conduire la commission d'appel d'offres à juger l'offre inacceptable ».

CE, 29 juillet 1998, n°194412, syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise et sociétés SPIE Batognolles et ANF industries

« Il n'appartient pas au juge statuant sur le fondement de la procédure prévue à l'article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel **d'examiner l'appréciation portée par l'autorité s'appêtant à passer un marché**, à l'issue de la consultation, sur les mérites respectifs de chacun des candidats ».

CE, 10 janvier 1986, n°41778, Société des travaux du midi

« Si les dispositions de l'article 300 du code des marchés publics permettent à l'autorité habilitée à passer le marché, dans les cas où l'offre retenue par la commission d'appel d'offres ne lui paraît pas acceptable, de déclarer l'appel d'offres infructueux, elles font obstacle à ce que la commission d'appel d'offres, une fois qu'elle a fait son choix, procède à un nouvel examen des offres et retienne finalement l'offre d'une autre entreprise que celle qu'elle avait initialement retenue ».

CE, 10 octobre 1984, n°16234, Compagnie générale de constructions téléphoniques

« **Lorsque l'administration, en application de l'article 300 du code des marchés publics, informe un soumissionnaire que son offre est acceptée, cette décision ne crée pour l'attributaire aucun droit à la signature du marché ».**

CE, 27 juillet 1984, n° 44919, société Biro

« Le **juge exerce un contrôle restreint sur l'appréciation** à laquelle se livre l'administration en comparant les offres des différents soumissionnaires d'un marché ».

L'acheteur

CE, 14 octobre 2015, n° 390968, Société Applicam

« Considérant qu'au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est

constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; **qu'en l'espèce, il résulte de l'instruction que, d'une part, M.A..., chargé par la région d'une mission d'assistance à la maîtrise d'ouvrage pour le marché litigieux, a non seulement contribué à la rédaction du cahier des clauses techniques particulières mais aussi à l'analyse des offres des candidats aux côtés des services de la région et qu'il a ainsi été susceptible d'influencer l'issue de la procédure litigieuse ; que, d'autre part, M. A...a exercé des responsabilités importantes au sein de la SA Applicam, en qualité de directeur qualité puis de directeur des opérations et des projets, et qu'ayant occupé ces fonctions du mois de décembre 2001 au mois d'avril 2013, il n'avait donc quitté l'entreprise que moins de deux ans avant le lancement de la procédure litigieuse ; que s'il ne résulte pas de l'instruction que l'intéressé détiendrait encore des intérêts au sein de l'entreprise, le caractère encore très récent de leur collaboration, à un haut niveau de responsabilité, pouvait légitimement faire naître un doute sur la persistance de tels intérêts et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par la région Nord-Pas-de-Calais ; qu'il était au demeurant loisible à la région, qui avait connaissance de la qualité d'ancien salarié de la SA Applicam de M.A..., de mettre en œuvre, une fois connue la candidature de cette société, toute mesure en vue de lever ce doute légitime, par exemple en l'écartant de la procédure d'analyse des offres ; que, dans ces conditions, la région Nord-Pas-de-Calais a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que, par suite, il y a lieu, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la demande, d'annuler la procédure contestée ».**

CE, 22 octobre 2014, n°382495, Société EBM thermique contre commune de Saint Louis

« Considérant que, pour annuler cette procédure, le juge des référés a relevé, en premier lieu, que **M. A...B..., adjoint au maire de la commune de Saint-Louis, était membre du conseil d'administration de la société EBM (Genossenschaft Elektra Birsek), société de droit suisse dont la sous-filiale EBM Thermique est l'attributaire du marché litigieux, en deuxième lieu, que M. B...était, au sein de la commune de Saint-Louis, la " personne responsable du marché précédent "**, en troisième lieu, qu'en cours de procédure, il avait fait parvenir aux candidats les réponses aux questions qu'ils avaient posées ;

Considérant, cependant, qu'en déduisant des seuls éléments mentionnés ci-dessus que " l'implication " de M. B...pouvait être regardée comme un manquement aux règles d'impartialité et d'égalité de traitement des candidats, alors qu'il ressortait des pièces du dossier qui lui était soumis que **M. B...siégeait au sein du conseil d'administration de la société coopérative EBM (Genossenschaft Elektra Birsek) pour y avoir été élu par une assemblée des délégués dont il était membre en qualité d'abonné au réseau public de distribution d'électricité concédé à cette société par la commune de Saint-Louis depuis 1906 et qu'il ne ressortait pas de ces pièces qu'il aurait eu un intérêt personnel à l'issue de la procédure ou une capacité d'influence particulière sur son déroulement, de nature à créer un doute légitime sur son impartialité, le juge des référés a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ; que, par suite, son ordonnance doit être annulée, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois ;**

Considérant, cependant, qu'il résulte de ce qui a été dit au point 5 **qu'aucune circonstance ne permet de caractériser un intérêt personnel ou une capacité d'influence particulière de nature à créer un doute légitime sur l'impartialité de M. B...**; que les allégations selon lesquelles, du fait de sa connaissance du marché antérieurement confié à la société Dalkia, il aurait pu communiquer des informations confidentielles à la société EBM Thermique ou influencer la définition du besoin du pouvoir adjudicateur de manière à avantager la sous-filiale de la société coopérative EBM ne sont assorties d'aucune précision permettant d'en apprécier le bien-fondé ;

Considérant, par ailleurs, que **l'existence de contrats conclus antérieurement entre la commune de Saint-Louis et la société EBM Thermique, comme la représentation de la commune au sein des instances de la société EBM (Genossenschaft Elektra Birsek) en tant qu'abonné au réseau électrique de cette société de forme coopérative, ne sont pas de nature, par elles-mêmes, à faire naître un doute sur l'impartialité du pouvoir adjudicateur ».**

CE, 9 mai 2012, n°355756, Commune de Saint Maur des Fossées

« La seule circonstance **qu'un membre du conseil municipal soit actionnaire d'une des entreprises candidates à un marché de la commune et ait un lien de parenté avec son dirigeant**

ne justifie pas d'écarter par principe l'offre de cette société, alors qu'il s'agit d'un marché de travaux habituels dont l'utilité n'est pas contestée et qu'il n'est pas allégué que le conseiller municipal, qui **n'a participé qu'à la délibération autorisant** la procédure de passation du marché, aurait exercé une influence particulière sur le vote ».

CJUE, 12 mars 2005, C-538/13, eVigilo Ltd contre Priešgairinés apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos

« L'article 1^{er}, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, ainsi que les articles 2, 44, paragraphe 1, et 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas en principe à ce que l'illégalité de l'évaluation des offres des soumissionnaires soit constatée par le seul fait que l'attributaire du marché a eu des liens significatifs avec des experts nommés par le pouvoir adjudicateur ayant évalué les offres. **Le pouvoir adjudicateur est, en toute hypothèse, tenu de vérifier l'existence d'éventuels conflits d'intérêts et de prendre les mesures appropriées afin de prévenir, de détecter les conflits d'intérêts et d'y remédier. Dans le cadre de l'examen d'un recours visant l'annulation de la décision d'attribution du fait de la partialité des experts, il ne peut être exigé du soumissionnaire évincé qu'il prouve concrètement la partialité du comportement des experts. Il appartient, en principe, au droit national de déterminer si et dans quelle mesure les autorités administratives et juridictionnelles compétentes doivent tenir compte de la circonstance qu'une éventuelle partialité des experts a eu ou non un impact sur une décision d'attribution du marché ».**

CE, 27 juillet 2001, n°232820, Société Degremont

« La participation à la commission d'appel d'offres d'un ancien salarié d'une société candidate qui a été licencié en 1991 n'a pas méconnu le principe d'égalité entre les candidats dès lors que l'intéressé a siégé à la commission en sa qualité d'élu local et compte tenu du délai important qui s'est écoulé depuis son licenciement ».

CE, 3 novembre 1997, n°148150, Préfet de la Marne

« Fils d'un entrepreneur ayant participé à la commission d'appel d'offres chargée d'examiner les offres relatives aux marchés que la commune envisageait de passer en vue de la construction d'un local. Cette circonstance entraîne l'annulation, à la demande du préfet, de l'ensemble des marchés correspondant aux lots pour lesquels l'entrepreneur avait soumissionné et non du seul marché qui avait été attribué à l'intéressé ».

CE, 6 juin 1997, n° 147524, Marcilly

« Considérant que M. X... avait déposé une offre dans le cadre de l'appel d'offres du 1er juillet 1987, relatif à l'extension de la salle des fêtes de la commune de SaintSatur ; que sa **participation à la commission d'appel d'offres a été écartée tant lors de la réunion d'ouverture des plis que lors de celle tenue en vue de procéder au choix des entreprises retenues ; que sa qualité de candidat au marché s'opposait à ce qu'il siége dans l'un et l'autre cas** alors même, en ce qui concerne la réunion chargée du choix des entreprises, que sa candidature avait été écartée précédemment lors de l'ouverture des plis en raison de l'absence dans son dossier de la déclaration de soumissionner ».

Un critère unique

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

« Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : / 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement les performances en matière d'insertion

professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; / 2° **Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix ».**

Prix

CE, 26 Octobre 2023, n° 474464, Commune de Strasbourg

« L'article 8.1 du règlement de la consultation du marché prévoit un jugement des offres au regard d'un critère de la valeur technique, pondéré à hauteur de 60 points, et d'un critère du prix des prestations, pondéré à hauteur de 40 points. Il précise que **le critère du prix des prestations comporte trois sous-critères : le montant global des honoraires, la répartition des honoraires par intervenant et la répartition des honoraires par mission. La répartition des honoraires par intervenant et la répartition des honoraires par mission ne sont pas, contrairement à ce que soutient le requérant, prises en compte au titre de la méthode de notation du critère du prix mais constituent des sous-critères, distincts de celui du montant global des honoraires, qui sont liés à l'objet du marché et qui ont été portés à la connaissance des candidats avec leur pondération ».**

TA Rennes, ord. 29 novembre 2021, Sté Lucas Rennes, n°2105650

« Il résulte de ces dispositions que, pour l'attribution d'un marché, **le prix ou le coût doit figurer parmi les critères de sélection, soit comme critère unique, soit combiné avec d'autres critères liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.** Un accord-cadre multi-attributaires avec marchés subséquents étant un marché au sens du code de la commande publique, est, par suite soumis en tant que tel au respect de ces dispositions et le critère du prix ou du coût doit être utilisé pour l'attribution tant de l'accord-cadre que du marché subséquent ».

CE, 29 juin 2021, n° 442506, Société SOMUPI

« La taxe sur la valeur ajoutée dont est redevable un vendeur ou un prestataire de service est, comme les prélèvements de toute nature assis en addition de cette taxe, un élément qui grève le prix convenu avec le client et non un accessoire du prix. Par suite, dans une opération soumise à la taxe sur la valeur ajoutée, un prix stipulé sans mention de la taxe doit être réputé inclure la taxe qui sera due par le vendeur ou le prestataire de service, à moins qu'une stipulation expresse fasse apparaître que les parties sont convenues d'ajouter au prix stipulé un supplément de prix égal à la taxe sur la valeur ajoutée applicable à l'opération ».

CE, 13 nov. 2020, n° 439525, Cne Perpignan

« La commune de Perpignan, coordinateur du groupement, avait décidé, pour la mise en oeuvre du critère du prix, d'additionner les neuf prix unitaires proposés par les candidats pour les prestations faisant l'objet de l'accord-cadre, telles que la réalisation de consultations juridiques, la représentation en justice ou l'assistance dans le cadre de modes alternatifs de règlement des différends, sans leur appliquer aucune pondération ni tenir compte des quantités prévisionnelles de chacune des prestations demandées. **L'offre proposant la somme des prix unitaires la plus basse se voyait attribuer la meilleure note, les autres offres étant notées en fonction de leur écart à l'offre la mieux disante. Eu égard à la diversité des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre et à l'écart très important des prix unitaires proposés par les candidats, cette méthode de notation, qui renforçait l'importance relative des prix unitaires les plus élevés dans la notation du critère du prix** alors même que le nombre prévisible de prestations correspondantes était faible, était par elle-même de nature à priver de sa portée ce critère, et, de ce fait, **susceptible de conduire à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre sur ce critère.** Dans ces conditions, la commune a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence en retenant une telle méthode de notation du critère du prix ».

CE, 7 mai 2013, n°364833, Département de Paris et ville de Paris

« Que, dès lors, lorsqu'un pouvoir adjudicateur organise une mise en concurrence afin d'attribuer un marché de prestations d'analyse médicale, **le critère du prix des prestations prévues par la**

nomenclature des actes de biologie médicale est dépourvu de toute pertinence pour départager les offres ».

CE, 27 avril 2011, n°344244, Président du Sénat

« Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 28 du code des marchés publics qui permettent au pouvoir adjudicateur, au cours de la procédure adaptée, de négocier avec les candidats ayant présenté une offre sur tous les éléments de leur offre, notamment sur le prix, n'ont ni pour objet ni pour effet de l'autoriser à abandonner, en cours de procédure, le critère du prix défini, à parité avec un autre critère, comme principal critère de jugement des offres par le règlement de consultation.

Le manquement commis par le pouvoir adjudicateur en abandonnant en cours de procédure le critère de prix défini par le règlement de consultation comme l'un des deux critères principaux est susceptible d'avoir lésé l'entreprise qui était la seule à avoir présenté une offre dont le prix était conforme aux nouvelles dispositions législatives applicables ».

CE, 6 avril 2007, n°298584, Département de l'Isère

« Considérant que le juge des référés a suffisamment motivé son ordonnance d'une part en écartant le moyen tiré de l'incompatibilité de l'article 53 du code des marchés publics avec la directive susvisée du 31 mars 2004 au motif que **cette directive laisse la faculté de retenir le prix comme critère unique de sélection des offres compte tenu de l'objet du marché, d'autre part en relevant un manquement aux obligations de mise en concurrence par le choix du seul critère du prix afin d'apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse, eu égard au degré de complexité que présentent les travaux ».**

CJCE, 7 octobre 2004, affaire C-247/02, Sintesi SpA,

« L'article 30, paragraphe 1, de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, doit être interprété en ce sens **qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui, en vue de l'attribution de marchés publics de travaux à l'issue de procédures d'appels d'offres ouverts ou restreints, impose, de manière abstraite et générale, aux pouvoirs adjudicateurs de recourir au seul critère du prix le plus bas ».**

Soit sur une pluralité de critères

CE, 28 avril 2006, n°280197, Commune de Toulouse

« Les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret du 7 janvier 2004 laissent à **la collectivité publique le choix des critères d'attribution du marché qu'elle entend retenir dès lors que ces critères sont justifiés par l'objet du marché et permettent d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.** Si ces dispositions imposent, **lorsque l'objet du marché conduit à n'appliquer qu'un seul critère, de retenir celui du prix des prestations, elles n'ont ni pour objet, ni pour effet de rendre obligatoire ce critère lorsque la personne publique adopte plusieurs critères d'attribution du marché ».**

Non discriminatoires

TA Bastia, ord. 20 juillet 2022, n°2200797, Sté Corsica Ferries

« L'autorité concédante **peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard d'un critère relatif aux performances sociales et environnementales notamment, dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et lui permet d'apprécier objectivement ces offres.** [...] Le troisième et dernier critère d'analyse des offres fixé par le règlement de consultation est relatif à la responsabilité sociétale de l'entreprise, pondéré à hauteur de 10 % de la note totale. Le règlement de consultation prévoit que le candidat **présente ses actions et son niveau d'engagement ainsi que les moyens de les contrôler en matière de responsabilité sociétale des entreprises,** à savoir, performances éthiques, sociales et environnementales. A cet effet, un guide de rédaction du **plan des actions au titre de la responsabilité sociétale de l'entreprise est joint au règlement en annexe 3.** L'article 22 du projet de convention prescrit quant à lui que le délégataire met en œuvre un plan d'actions portant, entre

autres, sur la **valorisation du capital humain et la préservation de l'environnement,** notamment en termes d'optimisation des consommations des navires exploités. Il prévoit en outre que le délégataire présente dans le cadre de l'exécution de la convention trois projets d'expérimentation visant à réduire l'impact environnemental de la desserte maritime. **Le dossier de consultation comporte ainsi des précisions suffisantes sur les attentes de la collectivité de Corse en matière de responsabilité sociétale des candidats.** Ce critère qui n'est pas étranger aux conditions d'exécution de la délégation de service public, ne laisse pas à l'autorité concédante une marge de choix indéterminée et ne crée pas de rupture d'égalité entre les candidats. Il ne résulte dès lors pas de l'instruction que la SAS Corsica Ferries soit susceptible, à ce stade de la procédure, d'être lésée par le manquement invoqué. Le moyen est par suite inopérant ».

CJCE, 26 septembre 2000, affaire C-225/98, Commission contre France

« À cet égard, il convient de relever que, selon la jurisprudence de la Cour, **le principe d'égalité de traitement, dont l'article 59 du traité est une expression particulière, prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat.**

Sociaux

TA Marseille, 25 octobre 2022, n° 2208226 SAS, Fauché Energie

« Il résulte toutefois de l'instruction que l'annexe 4 au règlement de la consultation présentait un questionnaire sur les aspects qualité, santé, sécurité et environnement destiné à apprécier plus précisément la mise en œuvre concrète et effective des règles et principes figurant dans les documents contractuels cités dans le cadre de l'exécution du chantier. **Il ne résulte pas de l'instruction que les questions du [Commissariat à l'Energie Atomique et aux Énergies Alternatives] relatives notamment au traitement des déchets, à la fréquence et à la gravité des accidents du travail ou à la mise en œuvre de la mixité homme/femme seraient dépourvus de tout lien avec l'objet ou l'exécution du marché notamment en matière de management et de sécurité de ses personnels sur site,** celles-ci permettant une appréciation plus fine des méthodologies et actions en ces domaines de la candidate qui aura à les décliner sur un chantier se déroulant sur un site nucléaire soumis à des réglementations de sécurité rigoureuses. Ainsi, il ressort de l'extrait du rapport d'analyse des offres que le CEA a procédé méthodiquement au rapprochement des réponses qui lui ont été fournies avec les documents contractuels ou les obligations légales des employeurs et apprécier les modalités concrètes de mise en œuvre dans le cadre de l'exécution du marché. Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance des principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats au motif que les pièces demandées ne visaient qu'à apprécier la politique générale de l'entreprise doit être écarté. »

TA Dijon, 19 mai 2021, n°2101212, Sté Impery Volailles

« Contrairement à ce que soutient la société requérante, **le critère tiré de la responsabilité sociale des entreprises,** dont la consistance était indiquée aux soumissionnaires dans les conditions qui viennent d'être rappelées au point 9, **est lié à l'objet du marché et n'est ni imprécis, ni de nature à conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur.** Notamment, la notion de développement durable, alors même que l'article 6.7 du CCTP se borne à une définition globale, est précisément détaillée à l'article 12.2 du règlement de la consultation comme il a été dit. La seule circonstance que son appréciation puisse impliquer d'examiner différentes caractéristiques des offres ne constitue pas, en elle-même, une irrégularité ».

CE, 25 mai 2018, n° 417580, Société imprimerie Chiffoleau

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions que **si l'acheteur peut, pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, mettre en œuvre des critères comprenant des aspects sociaux, c'est à la condition, notamment, qu'ils soient liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution ;** qu'à cet égard, **des critères à caractère social, relatifs notamment à l'emploi, aux conditions de travail ou à l'insertion professionnelle des personnes en difficulté,**

peuvent concerner toutes les activités des entreprises soumissionnaires, pour autant qu'elles concourent à la réalisation des prestations prévues par le marché.

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

CE, 15 février 2013, n° 363921, société Derichebourg Polyurbaine

« que, de même, en jugeant qu'il n'était pas justifié, en l'espèce, que la sélection des offres au regard du marché en cause énonçait, à son article 12, que les offres seraient évaluées à partir de deux critères constitués du " prix unitaire à la place " de crèche et de la valeur technique de l'offre, respectivement pondérés à hauteur de 40 et de 60 points. La valeur technique de l'offre devait elle-même être évaluée au regard de quatre sous-critères tirés, en premier lieu, de la qualité du projet d'établissement, dont les moyens humains mis en œuvre, pondérée à hauteur de 25 points, en deuxième lieu, de la situation géographique au sein du périmètre défini, des facilités d'accès et de la configuration des locaux et des espaces extérieurs, pondérées à hauteur de 20 points, en troisième lieu, de la diversité et de la qualité des moyens matériels, y compris ludo-éducatifs, dédiés à la réalisation de la prestation, pondérées à hauteur de 10 points, et en quatrième lieu, des modalités de communication avec le centre communal d'action sociale, pondérées à hauteur de 5 points. Le rapport d'analyse des offres révèle en outre que, pour évaluer le sous critère relatif à la qualité du projet d'établissement, le pouvoir adjudicateur a distingué deux éléments d'appréciation, pondérés chacun à hauteur de 12,5 points, portant sur les moyens humains mis en œuvre et sur le projet d'établissement lui-même.

La valeur technique

CE, 20 nov. 2020, n° 427761, Sté Evancia

« Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le règlement de la consultation du marché en cause énonçait, à son article 12, que les offres seraient évaluées à partir de deux critères constitués du " prix unitaire à la place " de crèche et de la valeur technique de l'offre, respectivement pondérés à hauteur de 40 et de 60 points. La valeur technique de l'offre devait elle-même être évaluée au regard de quatre sous-critères tirés, en premier lieu, de la qualité du projet d'établissement, dont les moyens humains mis en œuvre, pondérée à hauteur de 25 points, en deuxième lieu, de la situation géographique au sein du périmètre défini, des facilités d'accès et de la configuration des locaux et des espaces extérieurs, pondérées à hauteur de 20 points, en troisième lieu, de la diversité et de la qualité des moyens matériels, y compris ludo-éducatifs, dédiés à la réalisation de la prestation, pondérées à hauteur de 10 points, et en quatrième lieu, des modalités de communication avec le centre communal d'action sociale, pondérées à hauteur de 5 points. Le rapport d'analyse des offres révèle en outre que, pour évaluer le sous critère relatif à la qualité du projet d'établissement, le pouvoir adjudicateur a distingué deux éléments d'appréciation, pondérés chacun à hauteur de 12,5 points, portant sur les moyens humains mis en œuvre et sur le projet d'établissement lui-même.

En premier lieu, il ressort du rapport d'analyse des offres soumis aux juges du fond que, pour évaluer le projet d'établissement lui-même, élément d'appréciation du sous critère relatif à la qualité du projet d'établissement, le pouvoir adjudicateur a pris en compte deux éléments d'appréciation, concernant respectivement les conditions d'organisation de la structure, dont le nombre de places totales, les horaires d'ouvertures et les fermetures annuelles, et les " projets complémentaires ". Par ailleurs, s'agissant des " projets complémentaires ", quatre éléments d'appréciation ont été pris en compte, dont le " budget alimentation annuel ".

Le montant du budget consacré à l'alimentation des enfants par les candidats à un marché portant sur la réservation de places en crèche étant un élément qui permet d'apprécier, parmi d'autres, la qualité des repas servis aux enfants accueillis dans la crèche, il n'est pas sans lien avec le sous-critère de la qualité du projet d'établissement du critère de la valeur technique des offres ».

CE, 9 novembre 2018, n°413533, Société Savoie

« Considérant qu'un sous-critère relatif au montant des pénalités à infliger en cas de retard dans l'exécution des prestations, qui n'a ni pour objet ni pour effet de différencier les offres au regard du délai d'exécution des travaux, ne permet pas de mesurer la capacité technique des entreprises candidates à respecter des délais d'exécution du marché ni d'évaluer la qualité technique de leur offre ; qu'en outre, la personne publique n'est pas tenue de faire application des pénalités de retard et le juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, peut, à titre exceptionnel, modérer ou augmenter les pénalités résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté ;

qu'il suit de là que la cour administrative d'appel de Versailles a commis une erreur de droit en estimant que le sous critère relatif aux pénalités de retard n'était pas sans lien avec la valeur technique de l'offre à apprécier ».

CE, 5 février 2018, n°414508, société compagnie d'autocar des Alpes maritimes

« Considérant que lorsque, pour fixer un critère ou un sous-critère d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur prévoit que la valeur des offres sera examinée au regard d'une caractéristique technique déterminée, il lui incombe d'exiger la production de justificatifs lui permettant de vérifier l'exactitude des informations données par les candidats »

CE, 22 juillet 2016, n°396597, Communauté d'agglomération du centre littoral

« Lorsque le pouvoir adjudicateur prévoit, pour fixer un critère ou un sous-critère d'attribution du marché, que la valeur des offres sera examinée au regard du respect d'une caractéristique technique déterminée, il lui incombe d'exiger la production de justificatifs lui permettant de vérifier l'exactitude des informations données par les candidats. Toutefois, en l'espèce, s'il ressort des documents de la consultation que devaient être examinés, au titre du critère des effectifs humains et matériels, le nombre et les caractéristiques sommaires des véhicules utilisés, le pouvoir adjudicateur n'avait pas émis d'exigences particulières à cet égard sanctionnées par le système d'évaluation des offres stipulé par le règlement de la consultation et n'a donc pas manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne prévoyant pas de justificatif particulier ».

CE, 7 novembre 2014, n°384014, Syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne

« Le règlement de consultation du marché définit trois critères d'attribution, dont celui de la valeur technique, " apprécié au regard du mémoire technique ", lequel doit comprendre une copie des arrêtés préfectoraux autorisant l'exploitation du centre de traitement en validité sur la durée du marché, avec l'indication de la capacité de traitement du site, des tonnages actuels autorisés et des tonnes actuellement reçues ; que, d'une part, une telle exigence n'est pas en elle-même, contrairement à ce que soutient la société requérante, constitutive d'une rupture d'égalité entre les candidats ; que, d'autre part, elle permet de déterminer les moyens dont disposent les candidats pour exécuter le marché et donc d'évaluer leurs offres au regard des critères retenus ; que, par conséquent, le pouvoir adjudicateur n'a pas méconnu les dispositions précitées en retenant une telle exigence ».

CE, 15 février 2013, n° 363854, société SFR

« Si l'article 53 du code des marchés publics permet au pouvoir adjudicateur d'apprécier la qualité des offres des candidats au regard des performances en matière de protection de l'environnement, il ne fait pas pour autant obstacle à ce que, comme en l'espèce, l'engagement en matière de développement durable, soit pris en compte en qualité de sous-critère du critère propre à la valeur technique des offres ».

CE, 23 Mai 2011, n° 339406, Commune d'Ajaccio

« Considérant que, pour annuler la décision d'attribution du marché, la cour administrative d'appel de Marseille s'est fondée sur la circonstance que l'appréciation des échantillons était constitutive d'un sous-critère du critère de la valeur technique, non prévu par les documents de la consultation, que la COMMUNE D'AJACCIO n'avait dès lors pu régulièrement prendre en considération ; qu'en retenant ce motif, sans rechercher si la prise en compte des échantillons révélait un critère distinct de celui de la valeur technique et n'était pas constitutive d'une simple méthode de notation des offres pour l'appréciation du critère de la valeur technique, la cour a commis une erreur de droit ; qu'il en résulte que, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen du pourvoi, son arrêt doit être annulé. »

CE, 1^{er} avril 2009, n°321752, Ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire

« L'appréciation de la valeur technique des offres ne peut régulièrement prendre en considération la rapidité d'intervention en matière de maintenance de l'équipement objet du marché, dès lors que ce

sous-critère affecté d'une importante pondération n'est pas prévu dans les documents de la consultation ».

Esthétique

CE, 5 novembre 2008, n°310484, Commune de Saint-Nazaire

« Les indications précitées s'agissant du **critère d'attribution relatif à l'esthétique des mobiliers urbains étaient suffisantes pour ne pas conférer en l'espèce au pouvoir adjudicateur une liberté de choix discrétionnaire** ; que doit ainsi être écarté le moyen tiré de ce qu'en recourant à un tel critère, la COMMUNE DE SAINT-NAZAIRE et la CARENE n'ont pas garanti le respect de l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ».

CE, 28 avril 2006, n°280197, Commune de Toulouse

« Un critère relatif aux qualités esthétique peut être en rapport avec l'objet d'un marché. Il **doit cependant être suffisamment précis surtout s'il est affecté d'un coefficient de pondération élevé** ».

Les délais d'exécution

CE, 9 nov. 2018, n° 413533, Sté Savoie frères

« **Un sous-critère relatif au montant des pénalités à infliger en cas de retard dans l'exécution des prestations, qui n'a ni pour objet ni pour effet de différencier les offres au regard du délai d'exécution des travaux, ne permet pas de mesurer la capacité technique des entreprises candidates à respecter des délais d'exécution du marché ni d'évaluer la qualité technique de leur offre.** En outre, la personne publique n'est pas tenue de faire application des pénalités de retard et le juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, peut, à titre exceptionnel, modérer ou augmenter les pénalités résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté. Par suite, sous-critère sans lien avec la valeur technique de l'offre à apprécier ».

CAA Nancy, 24 janvier 2008, n°06NC00908, Commune d'Euville

« Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'analyse des offres de la commission d'appel d'offres, ainsi que du courrier en date du 17 mai 2004 du maire de la COMMUNE D'EUVILLE informant la société Ineo réseaux Est, à sa demande, des raisons du rejet de son offre présentée dans le cadre d'un marché de travaux d'assainissement, que **le délai d'exécution a été pris en compte pour examiner et classer les offres des candidats** ; que si ce critère, prévu par l'article 53 du code des marchés publics, pouvait être pris en considération, il n'avait toutefois pas été retenu par le règlement de la consultation, dont l'article 4 prévoyait que les critères seraient, par ordre d'importance relative décroissante, la qualité technique de la proposition et le prix de la prestation ; **que le délai d'exécution, qui n'avait pas été défini par le règlement de la consultation comme un élément de la valeur technique de l'offre, et qui constitue un critère distinct de cette valeur technique selon les dispositions précitées du code des marchés publics, ne pouvait, par suite, être régulièrement retenu pour départager les offres des entreprises soumissionnaires** ».

La sécurité des approvisionnements

CAA de Paris, 31 janvier 2020, n° 17PA20114, société Transports Bourgeois

« Dans le cadre de la procédure d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur a prévu que les véhicules pris en compte pour le jugement des offres étaient, en application de l'article 5 du règlement de la consultation du marché, ceux " existant dans le parc du candidat et rendus en Martinique à la date de la remise de l'offre ", à l'exclusion des véhicules en commande. D'une part, et contrairement à ce que soutient la société requérante, le règlement de la consultation du marché n'interdisait pas aux candidats de recourir à des véhicules de location, le statut des véhicules tenant à la propriété, la location ou la sous-traitance devant notamment être précisé dans l'annexe technique remplie par le candidat. D'autre part, le pouvoir adjudicateur peut retenir un critère relatif aux moyens en matériel affecté à

l'exécution du marché afin de s'assurer de la satisfaction des besoins dès le commencement de l'exécution du marché. L'exclusion des véhicules en commande et l'exigence de disposer des véhicules à la date de présentation de l'offre sont justifiées par le pouvoir adjudicateur par le délai de livraison des véhicules provenant de métropole et par les démarches administratives liées à l'entrée sur le territoire de la Martinique et à l'obtention d'un agrément fiscal. **Eu égard au délai de quatre mois entre la date de remise de l'offre et l'exécution du marché et aux conditions et modalités d'entrée des véhicules sur le territoire, le critère ainsi imposé par le département de la Martinique, qui est en rapport avec l'objet du marché, ne peut être regardé, dans les circonstances de l'espèce, ni comme disproportionné au regard de la nécessité pour le pouvoir adjudicateur de s'assurer que le candidat dispose effectivement des véhicules lors du commencement de l'exécution du marché, ni comme discriminatoire dès lors que tous les candidats étaient également susceptibles d'y satisfaire.** »

CJCE, 28 mars 1995, C-324/93, The Queen and Secretary of State for the Home Département c/ Evans Medical Ltd et Macfarlan Smith Ltd

« Il s'ensuit que **la sécurité d'approvisionnement peut faire partie des critères à prendre en compte** au titre de l'article 25 de la directive pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse dans le cadre d'un marché visant à fournir, aux autorités concernées, un produit tel que celui en cause dans le litige au principal ».

D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché public

CE, 25 juillet 2001, n°229666, Commune de Gravelines

« Commune ayant retenu, pour apprécier les offres présentées à la suite d'un appel à la concurrence pour l'attribution d'un marché négocié ayant pour objet la réhabilitation d'une décharge, un **critère additionnel de sélection relatif aux propositions faites par les soumissionnaires en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation.** Un tel **critère additionnel est sans rapport avec l'objet du contrat ou avec ses conditions d'exécution** et la commune n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que le juge du référé précontractuel a, sur le fondement des dispositions de l'article L.551-1 du code de justice administrative, annulé les actes de procédure afférents à la passation de ce marché négocié de travaux ».

CE, 10 mai 1996, n°159979, Fédération nationale des travaux publics

« En application des dispositions de ces mêmes articles du code des marchés publics, **d'autres considérations peuvent entrer en ligne de compte à la condition d'avoir été spécifiées dans l'avis d'appel d'offres et d'être justifiées par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution** ».

CE, 13 juin 2016, n°396403, Société Latitudes

« Considérant que l'article 5.2. du règlement de la consultation prévoit que la valeur technique des offres, pondérée à 40 %, est appréciée au regard de l'expérience, des capacités professionnelles et des capacités techniques des candidats, ainsi que de la " garantie de la qualité " ; que **s'il est loisible au pouvoir adjudicateur de retenir au stade de l'examen de la valeur intrinsèque des offres, à la condition qu'ils soient non discriminatoires et liés à l'objet du marché, des critères relatifs aux moyens en personnel et en matériel affectés par le candidat à l'exécution des prestations mêmes qui font l'objet du marché, afin d'en garantir la qualité technique, il résulte des dispositions précitées du code des marchés publics qu'il ne peut, en revanche, se fonder sur des critères portant sur les capacités générales de l'entreprise qu'au stade de l'examen des candidatures** ; qu'en se fondant ainsi sur des critères propres à l'examen des candidatures pour apprécier les offres, le préfet de la région Nord - Pas-de-Calais - Picardie a méconnu les dispositions du 1 de l'article 53 du code des marchés publics et manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ».

Critère reposant sur l'expérience des candidats

CAA Nantes, 5 février 2021, n° 19NT04272, Commune de Châteaubriant

« Les éléments mentionnés au titre du critère de la valeur technique, notamment **les expériences passées des candidats en lien avec le projet, ne constituaient pas des sous-critères pondérés ou hiérarchisés** que la commune appelante aurait été tenue de porter à la connaissance des candidats, **mais relevaient des modalités d'évaluation** permettant de transformer une appréciation en note chiffrée en ce qui concerne les qualités techniques attendues de leur offre ».

CE, 2 août 2011, n° 348254, Parc naturel régional des Grandes Causes

« Les dispositions du I de l'article 53 du code des marchés publics permettent au pouvoir adjudicateur de retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire : **« que ces dispositions permettent au pouvoir adjudicateur de retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur l'expérience des candidats, et donc sur leurs références portant sur l'exécution d'autres marchés, lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire** ; que, par suite, le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse a commis une erreur de droit en jugeant que la prise en compte des références des candidats n'était pas au nombre des critères susceptibles d'être retenus pour sélectionner les offres ; que dès lors, l'ordonnance attaquée doit être annulée ; [...] Considérant qu'il résulte de l'instruction que le marché litigieux est relatif à soixante-dix pré-diagnostic énergétiques sur des bâtiments publics, écoles, mairies, logements communaux, salles des fêtes ainsi que sur des établissements de santé, des campings, gîtes ruraux, centres de vacances et hôtels ; qu'il prévoit la réalisation d'un bilan énergétique sur chaque bâtiment ainsi qu'une évaluation des gisements d'économie d'énergie et une orientation vers des interventions simples à mettre en œuvre ou des études approfondies ; qu'eu égard à la technicité de ces prestations, l'objet du marché justifie objectivement le recours au critère, pondéré à hauteur de 20%, tenant aux références des candidats afin de prendre en considération leur expérience ; que la prise en compte de ce critère n'a pas eu d'effet discriminatoire ».

Critère géographique, préférence locale

CJUE, 14 juill. 2022, aff. C-436/20, Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)

« L'article 76 de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale selon laquelle, dans le cadre de la passation d'un marché public de services sociaux visés à l'annexe XIV de cette directive, l'implantation de l'opérateur économique dans la localité où les services doivent être fournis constitue un critère de sélection des opérateurs économiques, préalable à l'examen de leurs offres ».

CE, 20 décembre 2019, n° 428290, Société Edeis

« Par ailleurs, **un critère ou un sous-critère relatif au nombre d'emplois locaux** dont la création sera induite par la gestion et l'exploitation d'un port, lequel est une infrastructure concourant notamment au développement de l'économie locale, **doit être regardé comme en lien direct avec les conditions d'exécution du contrat de délégation de la gestion de ce port** et, pourvu qu'il soit non discriminatoire, comme permettant de contribuer au choix de l'offre présentant un avantage économique global pour l'autorité concédante. Il suit de là que c'est sans commettre d'erreur de droit ni entacher son arrêt d'insuffisance de motivation que la cour a jugé qu'en l'espèce, un tel sous-critère, qui n'implique pas, par lui-même, de favoriser des entreprises locales, n'était pas entaché d'irrégularité ».

Rép. Min, JO Sénat du 13 août 2020

« La loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous (loi EGalim) a fixé des objectifs en matière de diversification et d'amélioration de la qualité des produits proposés en restauration collective. Aux termes de l'article R. 2111-7 du code de la commande publique, **l'origine**

des produits ne peut pas, sauf exceptions, être incluse dans les spécifications techniques du marché. De même, un critère de sélection lié à l'origine géographique des produits pourrait constituer une discrimination au regard des règles européennes issues du Traité relatif au fonctionnement de l'Union européenne. **Des dispositifs prévus par le droit de la commande publique peuvent néanmoins être mobilisés** par les services communaux de restauration collective pour favoriser l'approvisionnement local. Ils peuvent ainsi recourir au **critère du « développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture »** ou à des **critères environnementaux** (article R. 2152-7 du code de la commande publique). Ce cadre juridique permet de promouvoir les circuits courts, de diminuer le coût des intermédiaires et de préserver en conséquence l'environnement en limitant le transport des produits. Les acheteurs publics peuvent ainsi exiger que **les fournisseurs garantissent la fraîcheur et la saisonnalité de leurs produits**. De même, les conditions d'exécution peuvent inclure des exigences en matière de **sécurité et de célérité des approvisionnements alimentaires**. Enfin, le guide pratique « Favoriser l'approvisionnement local et de qualité en restauration collective » publié sur le site internet du ministère de l'agriculture présente des mesures pouvant être mises en œuvre par les acheteurs publics pour impulser une politique d'achat plus responsable ».

CAA de Paris, 31 janvier 2020, n° 17PA20114, société Transports Bourgeois

« Dans le cadre de la procédure d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur a prévu que les véhicules pris en compte pour le jugement des offres étaient, en application de l'article 5 du règlement de la consultation du marché, ceux " existant dans le parc du candidat et rendus en Martinique à la date de la remise de l'offre ", à l'exclusion des véhicules en commande. D'une part, et contrairement à ce que soutient la société requérante, le règlement de la consultation du marché n'interdisait pas aux candidats de recourir à des véhicules de location, le statut des véhicules tenant à la propriété, la location ou la sous-traitance devant notamment être précisé dans l'annexe technique remplie par le candidat. D'autre part, le pouvoir adjudicateur peut retenir un critère relatif aux moyens en matériel affecté à l'exécution du marché afin de s'assurer de la satisfaction des besoins dès le commencement de l'exécution du marché. L'exclusion des véhicules en commande et l'exigence de disposer des véhicules à la date de présentation de l'offre sont justifiées par le pouvoir adjudicateur par le délai de livraison des véhicules provenant de métropole et par les démarches administratives liées à l'entrée sur le territoire de la Martinique et à l'obtention d'un agrément fiscal. Eu égard au délai de quatre mois entre la date de remise de l'offre et l'exécution du marché et aux conditions et modalités d'entrée des véhicules sur le territoire, le critère ainsi imposé par le département de la Martinique, qui est en rapport avec l'objet du marché, ne peut être regardé, dans les circonstances de l'espèce, ni comme disproportionné au regard de la nécessité pour le pouvoir adjudicateur de s'assurer que le candidat dispose effectivement des véhicules lors du commencement de l'exécution du marché, ni comme discriminatoire dès lors que tous les candidats étaient également susceptibles d'y satisfaire. »

CE, 12 sept. 2018, n° 420585, Conseil dptal de la Haute-Garonne

« Considérant, en premier lieu, que le juge du référé précontractuel a relevé, par une appréciation non contestée, que le cahier des clauses particulières relatives à l'exécution de l'accord-cadre impose au titulaire du marché de permettre, au moins une fois par mois, aux bibliothécaires de la médiathèque de venir consulter ses fonds d'ouvrages dans ses locaux ; qu'il a également relevé, sans dénaturer les stipulations dont il était saisi, que le règlement de consultation prévoit, parmi **les critères de sélection des offres, un critère relatif aux frais de déplacement engendrés**, pour la médiathèque, par l'exécution de ce marché et que **les modalités de calcul des frais engagés étaient basées exclusivement sur la distance entre l'implantation géographique des librairies candidates et la médiathèque départementale** ; que le juge a pu en déduire, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, sans s'abstenir de tirer les conséquences de ses propres constatations, que ce critère de sélection des offres était de nature à favoriser les candidats les plus proches et à restreindre la possibilité pour les candidats plus éloignés d'être retenus par le pouvoir adjudicateur ».

CE, 29 juillet 1994, n°131562, Commune de Ventenac-en-Minervois

« considérant qu'il n'est pas contesté que la commission d'appel d'offre, chargée pour la COMMUNE DE VENTENAC-EN-MINERVOIS, de désigner l'entreprise chargée du marché de construction d'un bâtiment industriel, a, dans sa séance du 27 janvier 1986, **décidé d'attribuer le marché de préférence à une entreprise locale lorsque celle-ci présenterait des propositions n'excédant pas 4 % du devis d'éventuels soumissionnaires, ceci dans le souci de favoriser le maintien des emplois locaux et l'acquittement, au bénéfice de la commune, des taxes professionnelles ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'implantation locale de l'entreprise chargée d'exécuter les travaux ait été une des conditions de bonne exécution du marché ; que les motifs tirés de la nécessité de favoriser l'emploi local et d'équilibrer les finances locales par l'acquittement de la taxe professionnelle sont sans rapport avec la réglementation des marchés** ».

Critère favorisant les PME

CE, 9 juillet 2007, n° 297711, EGF-BTP

« Considérant qu'en autorisant les pouvoirs adjudicateurs, dans le cadre des procédures d'appel d'offres restreint, de marché négocié et de dialogue compétitif, à **fixer un nombre minimal de petites et moyennes entreprises admises à présenter une offre**, les dispositions des articles 60, 65 et 67 du code des marchés publics, applicables respectivement aux trois procédures précitées, **conduisent nécessairement à faire de la taille des entreprises un critère de sélection des candidatures ; qu'un tel critère qui n'est pas toujours lié à l'objet du marché revêt un caractère discriminatoire et méconnaît le principe d'égal accès à la commande publique** ».

Critère de protection de l'environnement

Art 15, loi n° 2021-1485 du 15 novembre 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France

« L'article 55 de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire est complété par deux alinéas ainsi rédigés :

« A compter du 1er janvier 2023, lors de l'achat public de produits numériques disposant d'un indice de réparabilité, les services de l'Etat ainsi que les collectivités territoriales et leurs groupements **prennent en compte l'indice de réparabilité** défini à l'article L. 541-9-2 du code de l'environnement. « A compter du 1er janvier 2026, lors de l'achat public de produits numériques disposant d'un indice de durabilité, les services de l'Etat ainsi que les collectivités territoriales et leurs groupements prennent en compte l'indice de durabilité défini au même article L. 541-9-2. »

Rép. Min, JO Sénat du 13 aout 2020

« La loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous (loi EGalim) a fixé des objectifs en matière de diversification et d'amélioration de la qualité des produits proposés en restauration collective. Aux termes de l'article R. 2111-7 du code de la commande publique, **l'origine des produits ne peut pas, sauf exceptions, être incluse dans les spécifications techniques du marché.** De même, un critère de sélection lié à l'origine géographique des produits pourrait constituer une discrimination au regard des règles européennes issues du Traité relatif au fonctionnement de l'Union européenne. **Des dispositifs prévus par le droit de la commande publique peuvent néanmoins être mobilisés** par les services communaux de restauration collective pour favoriser l'approvisionnement local. Ils peuvent ainsi recourir au **critère du « développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture** » ou à des **critères environnementaux** (article R. 2152-7 du code de la commande publique). Ce cadre juridique permet de promouvoir les circuits courts, de diminuer le coût des intermédiaires et de préserver en conséquence l'environnement en limitant le transport des produits. Les acheteurs publics peuvent ainsi exiger que **les fournisseurs garantissent la fraîcheur et la saisonnalité de leurs produits.** De même, les conditions d'exécution peuvent inclure des exigences en matière de **sécurité et de célérité des approvisionnements alimentaires.** Enfin, le guide pratique « Favoriser l'approvisionnement local et de qualité en restauration collective » publié sur le site internet du ministère de l'agriculture présente des mesures

pouvant être mises en œuvre par les acheteurs publics pour impulser une politique d'achat plus responsable ».

CJCE, 17 septembre 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab c/ Helsingin kaupunki et HKL-Bussiliikenne

« Il résulte de ces considérations que, lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, conformément à l'article 36, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50, il peut prendre en considération **des critères relatifs à la préservation de l'environnement pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché**, ne confère pas audit pouvoir **une liberté inconditionnée** de choix, sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de **non-discrimination** » (§64).

CJCE, 4 décembre 2003, n°C-448/01, EVN AG, Wienstrom G mbH c/ Republik Österreich, Stadtwerke Klagenfurt AG

« La Cour a dès lors admis que, lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, il peut prendre en considération **des critères écologiques**, pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché, ne confère pas audit pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination (arrêt Concordia Bus Finland, précité, point 69) » (§33).

Critère de l'emploi de chômeurs de longue durée

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

« Néanmoins, cette disposition **n'exclut pas toute possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'utiliser comme critère une condition liée à la lutte contre le chômage pourvu que cette condition respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire, et notamment le principe de non-discrimination tel qu'il découle des dispositions du traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services** » (§50).

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

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

Critère exigeant la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergies renouvelables pour les marchés de fourniture d'électricité

CJCE, 4 décembre 2003, C-448/01, EVN AG, Wienstrom G mbH c/ Republik Österreich, Stadtwerke Klagenfurt AG

« Il en découle que la réglementation communautaire en matière de marchés publics ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur retienne, dans le cadre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse pour l'attribution d'un marché de fourniture d'électricité, un critère exigeant la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, pour autant que ce critère est lié à l'objet du marché, ne confère pas audit pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, est expressément mentionné dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination » (§34).

Commerce équitable

CJUE, 10 Mai 2012, C-368/10, Commission européenne c/ Royaume des Pays Bas

« Rien ne s'oppose dès lors, en principe, à ce qu'un tel critère vise le fait qu'un produit soit issu du commerce équitable.

(...) Force est donc de constater que le critère d'attribution litigieux présente, avec l'objet du marché concerné, le lien exigé à l'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18, de sorte que le grief formulé par la Commission à cet égard n'est pas fondé ».

Critère « insertion professionnelle »

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

« Dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché qui, eu égard à son objet, est susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, le pouvoir adjudicateur peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté mentionné au 1° du I de l'article 53 du code des marchés publics (CMP), dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et lui permet d'apprécier objectivement ces offres ».

Critère de l'expérience des soumissionnaires acquise lors de contrats précédents

CJUE, 16 avril 2015, C-173/14, European dynamics Belgium SA et autres

« La prise en considération de l'expérience des soumissionnaires acquise lors de contrats passés avec le pouvoir adjudicateur ne pouvait servir, au stade de la phase d'attribution, pour évaluer les qualités technique et économique des offres. Toutefois, il a rappelé, à bon droit, au point 57 de cet arrêt, que de tels contrats pouvaient constituer des éléments de preuve des qualités technique et économique d'une offre, afin de permettre au pouvoir adjudicateur, comme en l'espèce, d'apprécier la crédibilité des offres soumises, notamment en termes de faisabilité des solutions techniques proposées ou d'adéquation des ressources aux caractéristiques de ces offres ».

Article R2152-8

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

Article L2152-9

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

TA Rennes, 30 Juillet 2024, n° 2403778

« Il est constant que le règlement de la consultation du marché en litige, qui détaillait les quatre critères fixés pour apprécier les offres, soit la qualité architecturale, la performance technique et énergétique, l'organisation et la maîtrise de la qualité et le prix, ne comportait aucun critère ou sous-critère de sélection relatif à la part d'exécution du marché de conception-réalisation que le candidat s'engageait à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans, en méconnaissance des dispositions précitées de l'article L.2152-9 du code de la commande publique. Toutefois, en se bornant à soutenir que la société Eiffage Construction Bretagne Sud est un établissement secondaire de l'entreprise Eiffage Construction Bretagne et ne peut donc être qualifiée de petites et moyennes entreprises (PME), au sens de la recommandation 2003/361/CE de la commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, la société requérante n'établit pas, en tout état de cause, que l'offre du groupement attributaire ne respectait pas les exigences fixées par les dispositions précitées des articles L. 2152-9 et R. 2171-23 du code de la commande publique et qu'en conséquence, l'omission de ce critère est susceptible de l'avoir lésée. Il n'est notamment pas établi que si le règlement de consultation avait comporté un cinquième critère portant sur la part d'exécution du marché confiée à des PME ou à des artisans, la pondération des autres critères retenus qui ont eu pour effet de classer l'offre de la société requérante en troisième et dernier

rang, avec une note globale de 79 points contre 89,43 pour l'offre retenue, aurait été sensiblement modifiée et que le classement en aurait été bouleversé. Dans ces conditions, et alors que tous les candidats ont bénéficié d'une information identique sur les critères retenus pour apprécier les offres, le moyen tenant à la méconnaissance de l'article L.2152-9 du code de la commande publique. »

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

Article R2152-9

Le coût du cycle de vie couvre, dans la mesure où ils sont pertinents, tout ou partie des coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage :

1° Les coûts supportés par l'acheteur ou par d'autres utilisateurs, tels que :

- a) Les coûts liés à l'acquisition ;
- b) Les coûts liés à l'utilisation comme la consommation d'énergie et d'autres ressources ;
- c) Les frais de maintenance ;
- d) Les coûts liés à la fin de vie comme les coûts de collecte et de recyclage ;

2° Les coûts imputés aux externalités environnementales et liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée. Ces coûts peuvent inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique.

Article R2152-10

Lorsque l'acheteur évalue les coûts selon une approche fondée sur le cycle de vie, il indique dans les documents de la consultation les données que doivent fournir les soumissionnaires et la méthode qu'il utilisera pour déterminer le coût du cycle de vie sur la base de ces données.

La méthode utilisée pour évaluer les coûts imputés aux externalités environnementales respecte l'ensemble des conditions suivantes :

- a) Elle se fonde sur des critères non-discriminatoires et vérifiables de façon objective ;
- b) Elle est accessible à toutes les parties intéressées ;
- c) Elle implique que les données requises puissent être fournies moyennant un effort raisonnable consenti par des opérateurs économiques normalement diligents.

Coût du cycle de vie

NOTICE INTRODUCTIVE : PRISE EN COMPTE DU COÛT DU CYCLE DE VIE DANS UNE CONSULTATION GROUPE D'ETUDE DES MARCHES DEVELOPPEMENT DURABLE (GEM-DD) Guide de la DAJ

Article 36, Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets

« Au plus tard le 1er janvier 2025, l'Etat met à la disposition des pouvoirs adjudicateurs des outils opérationnels de définition et d'analyse du coût du cycle de vie des biens pour les principaux segments d'achat. Ces outils intègrent le coût global lié notamment à l'acquisition, à l'utilisation, à la maintenance et à la fin de vie des biens ainsi que, lorsque c'est pertinent, les coûts externes supportés par l'ensemble de la société, tels que la pollution atmosphérique, les émissions de gaz à effet de serre, la perte de la biodiversité ou la déforestation ».

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

Article R2152-11

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

Les modalités de leur mise en œuvre

CE, 2 août 2023, n°472976, Communauté de communes de Rahin et Chérimont

« Il ressort des pièces du dossier soumis à la juge des référés que les candidats ont été informés de la pondération des onze sous-critères que le pouvoir adjudicateur a déterminés pour l'appréciation du critère de la valeur technique. Pour juger que la communauté de communes de Rahin et Chérimont avait méconnu le principe de transparence des procédures, la juge des référés a estimé qu'auraient dû également être portés à leur connaissance les éléments d'appréciation associés à un barème de notation que le pouvoir adjudicateur a utilisé pour évaluer trois de ces sous-critères, à savoir, d'une part, pour le sous-critère n° 1 " organisation du chantier " noté sur dix points, la présentation des intervenants et du chantier, notée sur deux points, la prise en compte des contraintes du site et leurs traitements, notée sur quatre points, la préparation du chantier, notée sur deux points, et le phasage général, noté sur deux points, d'autre part, pour le sous-critère n° 6 " fiches techniques ", les fiches techniques notées sur un point et l'adéquation de ces dernières avec le cahier des clauses techniques particulières, notée sur quatre points, et, enfin, pour le sous-critère n° 8 " planning " noté sur dix points, le respect des délais d'exécution et l'adéquation avec le calendrier, notés sur cinq points chacun. **En regardant ainsi comme des critères de sélection ce qui n'était, eu égard à leur objet et à leur pondération, que des éléments d'appréciation de ces trois sous-critères, insusceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats et relevant par conséquent de la méthode de notation des offres**, la juge des référés du tribunal administratif de Besançon a inexactement qualifié les faits de l'espèce. »

CAA de MARSEILLE, 04 avril 2022, 20MA00365, AB Sud Formation

« En ce qui concerne la précision des critères de sélection des offres :

6. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors également porter sur les conditions de mise en œuvre de ces critères. Il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné. Il résulte de l'instruction que le pouvoir adjudicateur a établi comme premier critère de second ordre du critère technique la " description de la prestation ", notée sur vingt-cinq points. **En se bornant à mentionner les éléments descriptifs à fournir, sans préciser le contenu de ses attentes pour l'appréciation des prestations proposées, le département des Bouches-du-Rhône n'a pas suffisamment précisé ce critère de second ordre.** Par suite, la société AB Sud Formation est fondée à soutenir que ce critère technique était imprécis et que le département des Bouches-du-Rhône a sur ce point manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. »

CAA Marseille, 19 janv. 2022, n° 19MA02506, SAS SPT MI

« En second lieu, la société requérante soutient que le pouvoir adjudicateur a mis en œuvre des critères de second niveau pour l'appréciation du critère " respect des délais d'exécution ", sous-critères qu'elle aurait omis de pondérer et de porter à la connaissance des candidats. Il résulte de l'instruction que le dossier d'appel d'offres comprenait un calendrier général d'exécution, précisant certaines contraintes de fabrication et d'approvisionnement des éléments de menuiserie et de serrurerie. L'article 6 du règlement de consultation invitait spécifiquement les candidats à apporter des explications sur l'intégration des contraintes du calendrier d'exécution versé au DCE. Les extraits du rapport d'analyse des offres versés au dossier indiquent que le pouvoir adjudicateur a apprécié le critère du respect des délais d'exécution au regard des éléments présentés par les candidats pour garantir le respect des contraintes fixées par le calendrier général d'exécution, notamment les plannings prévisionnels, la durée d'exécution des tâches et la méthodologie de maîtrise des délais. **De tels éléments, fournis par certains candidats pour attester de leur capacité à respecter les délais, ne sont pas constitutifs d'un besoin du pouvoir adjudicateur distinct du respect des délais.** Ainsi, **ces éléments d'appréciation ne modifiaient pas les caractéristiques essentielles des prestations attendues par le pouvoir adjudicateur et n'avaient pas d'incidence sur la présentation des offres par les candidats.** Dans ces conditions, la SAS SPT MI n'est pas fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur

aurait mis en œuvre des critères de second niveau pour apprécier le critère " respect des délais ", et que la procédure serait irrégulière du fait de l'absence de communication ou de pondération de ces sous-critères ».

CE, 21 août 2019, n°418918, sociétés WPD Offshore GmbH et WPD Offshore France

« L'administration détermine librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qui sont définis dans le cahier des charges et rendus publics. Toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie. »

CE, 24 mai 2017, n° 405787, Ministre de la Défense c/ société Techno Logistique

« Considérant, en premier lieu, que **le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics** ».

CAA Paris, 8 février 2016, n° 15PA02953, Société RJ45

« Le tribunal ayant ainsi estimé à juste titre que la mise en œuvre d'une telle formule est de nature à neutraliser la pondération des critères de sélection et est susceptible de conduire à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie, la commune de Lognes n'est pas fondée à contester ce jugement en se bornant à soutenir que la neutralisation que la pondération relevée par le tribunal administratif ne se produit que s'il n'y a que deux offres, à faire état de son pouvoir discrétionnaire d'apprécier les offres et à faire valoir qu'il aurait été possible d'écarter l'offre de la société RJ 45 avec une autre méthode de notation pour le critère tenant au prix ».

CE, 3 novembre 2014, n°373362, Commune de Belleville sur Loire

« Le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics ; que, toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie ; qu'il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publiques, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, de telles méthodes de notation ».

CE, 20 octobre 2006, n°287198, Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance

« Considérant que, **dès lors que l'autorité déléguée choisit de faire connaître ses critères de sélection des offres dans l'avis d'appel public à la concurrence, elle ne peut ensuite les modifier sans porter atteinte au principe de la transparence des procédures et d'égal accès des candidats** aux délégations de service public ; qu'il lui est en revanche possible de préciser le sens et la portée de ces critères de sélection au cours de la consultation, dès lors que ces précisions n'ont ni pour objet ni pour effet de créer des discriminations injustifiées entre les entreprises candidates ».

Méthodes de notations

CAA de Paris 28 juillet 2022, n° 20PA00446 Société France Routage

« D'autre part, la personne publique définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'elle a définis et rendus publics. Toutefois, une méthode de notation est entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elle est par elle-même de nature à priver

de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et, de ce fait, susceptible de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie. Il en va ainsi alors même que la personne publique, qui n'y est pas tenue, aurait rendu publique, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, une telle méthode de notation. [...] ès lors que chacun des trois éléments servant à apprécier le " processus de contrôle qualité et de suivi des prestations " **était noté de façon presque identique, ce système de notation n'était pas susceptible d'avoir une influence sur la présentation des offres par les candidats et leur sélection, alors au demeurant que ces éléments ne constituaient que des éléments d'appréciation pour le pouvoir adjudicateur du sous-critère précité et n'étaient ni de nature à priver de leur portée les critères et sous-critères de sélection ni à neutraliser leur pondération.** En conséquence, ces trois éléments ne constituaient pas des sous-critères secondaires qui auraient dû être portés à la connaissance des candidats ».

CE, 3 mai 2022, n°459678, Commune de Saint-Cyr-sur-Mer

« En deuxième lieu, l'autorité concédante a, pour évaluer les offres qui lui étaient soumises, associé à chacun des critères hiérarchisés qu'elle avait fixés et rendus publics une appréciation qualitative des offres. Cette appréciation était composée d'une évaluation littérale décrivant les qualités des offres pour chaque critère, suivie d'une flèche qui la résumait. **Dans le cadre de cette méthode, une flèche verte orientée vers le haut représentait la meilleure appréciation, une flèche rouge vers le bas la moins bonne, tandis que des flèches orange orientées en haut à droite ou en bas à droite** constituaient deux évaluations intermédiaires. Elle a enfin classé les offres au regard de l'appréciation qu'elle avait portée sur chacun des critères. **Il résulte des principes énoncés au point 5 que cette méthode d'évaluation des offres, qui permet de comparer et de classer tant les évaluations portées sur une même offre au titre de chaque critère que les différentes offres entre elles, n'est pas de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation et n'est, par suite, pas entachée d'irrégularité.** »

CE, 1er avril 2022, n° 458793, Sté Bourdarios

« Pour juger que le pouvoir adjudicateur avait manqué à ses obligations de mise en concurrence en ne portant pas ces informations à la connaissance des candidats, l'auteur de l'ordonnance attaquée a considéré que le pouvoir adjudicateur avait entendu noter sur 2,5 points la qualité architecturale et sur 5 points la qualité fonctionnelle et que " ces éléments d'appréciation, distincts par leur nature et leur pondération respective, ne constituaient donc pas une simple méthode d'évaluation mettant en œuvre le sous-critère de sélection 3-1 ". **En statuant ainsi, alors que le barème de notation, qu'il n'appartenait pas au juge du référé pré-contractuel de recomposer, distinguait trois éléments d'appréciation pondérés à la même hauteur, l'auteur de l'ordonnance attaquée a dénaturé les pièces du dossier.** Par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, le ministre de l'économie, des finances et de la relance et la société Bourdarios sont fondés à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ».

CE, 20 novembre 2020, n°427761, Sté Evancia

« Le pouvoir adjudicateur **définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics.** Il peut ainsi déterminer tant les éléments d'appréciation pris en compte pour l'élaboration de la note des critères que les modalités de détermination de cette note par combinaison de ces éléments d'appréciation ».

CE, 13 nov. 2020, n° 439525, Cne Perpignan

« La commune de Perpignan, coordinateur du groupement, avait décidé, pour la mise en œuvre du critère du prix, d'additionner les neuf prix unitaires proposés par les candidats pour les prestations faisant l'objet de l'accord-cadre, telles que la réalisation de consultations juridiques, la représentation en justice ou l'assistance dans le cadre de modes alternatifs de règlement des différends, sans leur appliquer aucune pondération ni tenir compte des quantités prévisionnelles de chacune des prestations demandées. **L'offre proposant la somme des prix unitaires la plus basse se voyait attribuer la meilleure note, les autres offres étant notées en fonction de leur écart à l'offre la mieux disante.**

Eu égard à la diversité des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre et à l'écart très important des prix unitaires proposés par les candidats, cette méthode de notation, qui renforçait l'importance relative des prix unitaires les plus élevés dans la notation du critère du prix alors même que le nombre prévisible de prestations correspondantes était faible, était par elle-même **de nature à priver de sa portée ce critère, et, de ce fait, susceptible de conduire à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre sur ce critère.** Dans ces conditions, la commune a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence en retenant une telle méthode de notation du critère du prix ».

CAA de DOUAI, 04 février 2020, n°18DA00156, Société M2A

« En ce qui concerne le critère relatif à la qualité du mémoire technique, il résulte de l'instruction que le centre hospitalier a apprécié les offres selon la pondération suivante : respect du CCTP noté sur 5, motivation du candidat notée sur 5, méthode notée sur 15, planning noté sur 5 et qualité de l'équipe notée sur 15.

La société appelante soutient que le poids de 45 % donné sans précision au critère relatif à la qualité du mémoire technique, en permettant " un choix discrétionnaire du co-contractant " méconnaît le principe de transparence de la procédure. Les éléments d'appréciation relatifs au planning, au respect du CCTP et à la motivation des candidats représentent à eux trois le tiers de la notation du critère relatif à la qualité du mémoire technique et 15 % de la notation totale. L'absence de mention de ces trois éléments d'appréciation dans le règlement de consultation, de même que leur pondération différenciée des autres éléments, est donc de nature à avoir exercé une influence significative sur la présentation des offres par les candidats. En revanche, la pondération élevée donnée aux deux éléments relatifs respectivement à la qualité des équipes et à la méthode n'a pas pu exercer une telle influence dans la mesure où le règlement de la consultation prévoyait que le contenu du mémoire technique devait inclure une description de la méthodologie et présenter l'organisation de l'équipe opérationnelle et sa composition. La pondération différenciée de l'ensemble de ces variables d'appréciation a néanmoins été de nature à exercer une influence sur la sélection. Dans ces conditions, la méthode de notation retenue par le pouvoir adjudicateur pour ce critère a été susceptible d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats et sur leur sélection. Il suit de là que les conditions de mise en œuvre de l'appréciation des composantes du critère relatif à la qualité du mémoire technique auraient dû être portées à la connaissance des candidats avant qu'ils présentent leur offre.

Il résulte de l'instruction que ces éléments d'appréciation et leur pondération n'ont pas été portés à la connaissance des candidats avant la présentation de leur offre. En omettant de le mentionner, ainsi que leur pondération, dans les documents de la consultation, le centre hospitalier a méconnu le principe de transparence des procédures. Cette irrégularité dans la procédure d'attribution du marché a été susceptible de léser la société M2A. »

CE, 22 novembre 2019, n°418460, Société Autocars Faure

« Le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a retenus et rendus publics. Toutefois, **une méthode de notation est entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elle est, par elle-même, de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et est, de ce fait, susceptible de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie.** Il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publique, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, une telle méthode de notation ».

CE, 25 mai 2018, n° 417428, Société Mercier et autres

« Considérant, en deuxième lieu, que le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics ; que, toutefois, **ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection**

ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie ; qu'il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publiques, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, de telles méthodes de notation ».

CE, 6 avril 2018, n° 402219, Société nouvelle d'entreprise générale

« En ne tenant pas compte de la pondération des différents lots techniques pour l'application du critère du prix, le groupement de commandes a entaché sa méthode de notation d'irrégularité ; qu'il lui incombait, compte tenu du cadre qu'il avait fixé, d'appliquer aux notes attribuées aux sociétés candidates pour chaque lot, tant au titre du critère du prix que de la valeur technique, un coefficient de pondération tiré du rapport entre la valeur de chaque lot et la valeur estimée de l'ensemble du marché, afin que le calcul de la note globale attribuée aux offres déposées permette de tenir compte de la disparité des valeurs des différents lots constituant le marché faisant l'objet de la procédure d'attribution ».

CAA Paris, 27 Février 2018, n° 16PA02955, société Armor Développement

« Aucune disposition législative ou réglementaire, aucun principe de la commande publique, ni aucune des clauses du marché ne faisaient obligation au ministre de donner au critère portant sur la valeur financière une pondération supérieure à celle du critère relatif à la valeur technique ».

CE, 24 mai 2017, n° 405787, Ministre de la Défense

« Considérant, en premier lieu, que le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics ; que, toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie ; qu'il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publiques, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, de telles méthodes de notation ; (...) Pouvoir adjudicateur ayant fixé, pour l'attribution du marché public litigieux, trois critères : le prix, la valeur technique et la politique sociale, pondérés respectivement à 60 %, 30 % et 10 %... ; La méthode de notation retenue par le pouvoir adjudicateur, conduisant automatiquement, sur le critère du prix, à l'attribution de la note maximale de 20 à l'offre la moins disante et de 0 à l'offre la plus onéreuse, a pour effet, compte tenu de la pondération élevée de ce critère, de neutraliser les deux autres critères en éliminant automatiquement l'offre la plus onéreuse, quel que soit l'écart entre son prix et celui des autres offres et alors même qu'elle aurait obtenu les meilleures notes sur les autres critères. Elle peut ainsi avoir pour effet d'éliminer l'offre économiquement la plus avantageuse au profit de l'offre la mieux disante sur le seul critère du prix, et ce quel que soit le nombre de candidats. En retenant une telle méthode de notation pour l'attribution du marché litigieux, le pouvoir adjudicateur a manqué à ses obligations de mise en concurrence ».

CE, 16 novembre 2016, n° 401660, société SNEF – Ville de Marseille

« Considérant que le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics ; qu'en effectuant, pour évaluer le montant des offres qui lui sont présentées, une "simulation" consistant à multiplier les prix unitaires proposés par les candidats par le nombre d'interventions envisagées, un pouvoir adjudicateur n'a pas recours à un sous-critère, mais à une simple méthode de notation des offres destinée à les évaluer au regard du critère du prix ; qu'il n'est donc pas tenu d'informer les candidats, dans les documents de la consultation, qu'il aura recours à une telle méthode ; qu'il ne manque pas non plus à ses obligations de mise en concurrence en élaborant plusieurs commandes fictives et en tirant au sort, avant l'ouverture

des plis, celle à partir de laquelle le critère du prix sera évalué, à la triple condition que les simulations correspondent toutes à l'objet du marché, que le choix du contenu de la simulation n'ait pas pour effet d'en privilégier un aspect particulier de telle sorte que le critère du prix s'en trouverait dénaturé et que le montant des offres proposées par chaque candidat soit reconstitué en recourant à la même simulation ; qu'en censurant le recours à une telle méthode de notation du critère du prix au seul motif que l'introduction du hasard dans la procédure de désignation du bénéficiaire du marché en litige, sous la forme de l'application des stipulations citées au point 4, avait nécessairement privé de leur portée les critères de sélection ou neutralisé leur pondération et induit, de ce fait, que la meilleure note ne soit pas nécessairement attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie, dès lors que le choix de l'attributaire ne résulte pas de l'analyse conduite par le pouvoir adjudicateur mais des résultats d'un tirage au sort aléatoire, le juge des référés a entaché son ordonnance d'erreur de droit ».

CAA Bordeaux, 14 octobre 2014, n° 13BX01585, Commune de Roquefort sur Souzou

« Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction qu'en pondérant les critères de la valeur technique de l'offre, le prix et la durée d'exécution, respectivement à 50, 35 et 15 %, le règlement de consultation aurait donné une place trop importante au critère de la valeur technique de l'offre ».

CE, 29 octobre 2013, n°370789, Val d'Oise Habitat

« La méthode de notation du critère du prix doit permettre d'attribuer la meilleure note au candidat ayant proposé le prix le plus bas. En l'espèce, le juge des référés a relevé, sans commettre d'erreur de droit ni dénaturer les pièces du dossier, que la méthode retenue par le pouvoir adjudicateur pour noter le critère du prix avait pour effet d'attribuer la note la plus faible au candidat ayant présenté le prix le plus éloigné de l'estimation du coût de la prestation opérée par le maître d'œuvre, que ce prix soit inférieur ou supérieur à l'estimation, et, ainsi, avait eu pour conséquence d'attribuer la note maximale à la société déclarée attributaire du marché, alors même que sa proposition de prix était supérieure à celle de la requérante ».

CE, 29 octobre 2013, n°370789, Val d'Oise Habitat

« La méthode de notation des offres ne peut être utilement contestée devant le juge du référé précontractuel qu'en cas d'erreur de droit ou de discrimination illégale ».

CE, 15 février 2013, n° 363854, société SFR

« Le pouvoir adjudicateur peut, sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats ni les obligations de publicité et de mise en concurrence, choisir une méthode de notation qui, s'agissant de l'évaluation au titre d'un critère, permet une différenciation des notes attribuées aux candidats, notamment par l'attribution automatique de la note maximale au candidat ayant présenté la meilleure offre ».

CE, 18 décembre 2012, n°362532, département de la Guadeloupe

« Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent, lorsqu'ils choisissent d'évaluer les offres par plusieurs critères pondérés, recourir à des méthodes de notation conduisant à l'attribution, pour un ou plusieurs critères, de notes négatives ».

Sont indiqués dans les documents de la consultation

CAA Nantes, 10 janvier 2017, n°16NT01297, SARL Aclimat c/ Commune de la Bohalle

CE, 6 avril 2016, Commune de la Bohalle n°388123

« Considérant que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que, dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la

hiérarchisation de ces critères ; qu'il doit également porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation des sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ; **qu'il n'est, en revanche, pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres** ».

CJUE, 14 juillet 2016, C-6/15, TNS Dimarso

« Ainsi, la Cour a jugé que l'objet et les critères d'attribution des marchés publics doivent être clairement déterminés dès le début de la procédure de passation de ceux-ci (arrêt du 10 mai 2012, Commission/Pays-Bas, C-368/10, EU:C:2012:284, point 56) et qu'un pouvoir adjudicateur ne saurait appliquer, pour les critères d'attribution, des sous-critères qu'il n'a pas préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires (arrêt du 21 juillet 2011, Evropaiki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, non publié, EU:C:2011:512, point 31). De même, le pouvoir adjudicateur doit s'en tenir à la même interprétation des critères d'attribution tout au long de la procédure (arrêt du 18 octobre 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, point 43 et jurisprudence citée). Ces exigences s'appliquent, en principe, mutatis mutandis à l'obligation des pouvoirs adjudicateurs d'indiquer, dans l'avis de marché ou le cahier des charges, la « pondération relative » de chacun des critères d'attribution. Ainsi, la Cour a jugé qu'un pouvoir adjudicateur ne saurait, en principe, appliquer des règles de pondération qu'il n'a pas préalablement portées à la connaissance des soumissionnaires ».

CE, 26 septembre 2012, n°359706, communauté d'agglomération Seine Eure

« Le pouvoir adjudicateur n'a pas à informer les candidats de la méthode de notation qu'il envisage de retenir et d'utiliser pour évaluer les offres au regard des critères de sélection ».

CE, 26 septembre 2012, n° 359389, GIE

« Considérant que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, **l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné ; [...]** que s'il est **loisible** au pouvoir adjudicateur, lorsqu'il passe un marché selon une procédure adaptée en application de l'article 28 du code des marchés publics, **de pondérer ou de hiérarchiser les critères de sélection qu'il retient**, y compris en leur attribuant une égale importance, **il est tenu d'informer les candidats de son choix de mise en œuvre des critères de sélection** ; que, par suite, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Cergy-Pontoise n'a pas commis d'erreur de droit en estimant que le pouvoir adjudicateur avait manqué à son obligation d'indiquer avec une précision suffisante l'importance respective des critères d'attribution de ce marché, dès lors que ces critères avaient été énumérés sans aucune indication quant à leur pondération ou à leur hiérarchisation ».

CE, 2 août 2011, n°348711, Syndicat mixte de la vallée de l'Orge aval

« L'appréciation de la valeur technique des offres ne peut régulièrement prendre en considération la rapidité d'intervention en matière de maintenance de l'équipement objet du marché, dès lors que ce sous-critère affecté d'une importante pondération n'est pas prévu dans les documents de la consultation ».

CE, 30 Janvier 2009, n° 290236, ANPE

« Considérant que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la

procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné ».

CJCE, 18 octobre 2001, C-19/00, SIAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo

« Cela signifie, plus particulièrement, que les critères d'attribution doivent être formulés, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière ».

CE, 28 juillet 2000, n°199549, Commune de Villefranche – de- Rouergue

Considérant que les juges du fond qui ont annulé pour excès de pouvoir la délibération litigieuse au motif que le conseil municipal avait retenu un critère de choix non prévu dans l'appel d'offres et porté ainsi atteinte à l'égalité entre les entreprises soumissionnaires n'ont pas commis d'erreur de droit en s'abstenant de rechercher si la supériorité technique, à la supposer établie, de l'offre retenue, aurait pu fonder légalement cette délibération ».

Particularités des marchés subséquents

CE, 4 avril 2018, n°416577, Société Archimed

« Considérant, en dernier lieu, que le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics ; que, toutefois, ces **méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération** et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, **à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre**, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie.

Considérant que, s'agissant du **critère financier**, le jugement de la valeur financière des offres doit se faire sur la base de l'offre financière globale du candidat résultant du total des points obtenus à chacun des " scénarii financiers de consommation ", A, B, C et D, détaillés en annexe du règlement et affectés de coefficients différents ; que la société Archimed soutient que le pouvoir adjudicateur a attribué aux différents scénarii des valeurs de pondération déconnectées de leur importance économique, en dévalorisant substantiellement le scénario A alors qu'il constitue le cœur même du contrat, et qu'à l'intérieur de chacun des scénarii l'évaluation financière est faussée ; que, cependant, les coefficients retenus traduisent la volonté du pouvoir adjudicateur de valoriser particulièrement les efforts réalisés par les candidats quant aux prestations fournies en sus des prestations minimales exigées par le marché ainsi que l'appréciation portée par l'administration sur l'importance respective des différents postes de dépenses ; qu'une telle méthode de notation n'est par elle-même pas de nature à conduire à ce que, pour la mise en œuvre du critère financier, la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre ni à ce que, au regard de l'ensemble des critères pondérés, l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie ».

CE, 5 juillet 2013, n° 368448, UGAP

« Il résulte des dispositions de l'article 1er (II) et de l'article 76 du code des marchés publics (CMP) que **l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution des marchés subséquents à un accord-cadre est nécessaire dès l'engagement de la procédure d'attribution de l'accord-cadre, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats....** »,b) **Dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères.....Il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution des marchés subséquents et les conditions de leur mise en œuvre**

selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant prévisible des marchés concernés. Il lui est loisible, dans l'hypothèse du choix d'une pondération des critères, d'exprimer le poids de chacun d'entre eux par une fourchette, qu'il peut éventuellement préciser lors de la passation de chacun des marchés subséquents. Toutefois, eu égard à l'interdiction pour les parties, édictée par le II de l'article 76 du CMP, d'apporter des modifications substantielles aux termes fixés dans l'accord-cadre, l'écart maximal de cette fourchette doit être approprié et ne saurait, en tout état de cause, autoriser l'absence de prise en compte ultérieure de certains des critères annoncés...2) En l'espèce, cahier des charges de l'accord-cadre mentionnant quatre critères d'attribution des marchés subséquents, dont les fourchettes de pondération étaient respectivement comprises entre 30 et 100 %, 0 et 70 %, 0 et 50 % et 0 et 30 %. Les indications données aux candidats à l'attribution de l'accord-cadre ne leur permettaient pas de déterminer, pour chaque marché subséquent ou chaque type de marché subséquent, s'il serait attribué sur la base de l'ensemble des critères annoncés, de certains d'entre eux ou du seul critère du prix ».

Article R2152-12

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

Pondération

TA de Toulouse, 10 novembre 2022 n°2205749, Sté Polymorph Software

« Or, et alors même qu'il apparaît douteux que ces appréciations de tiers, dont l'identité et les conditions d'utilisation des outils en question sont inconnues, constituent un moyen pertinent de mesure de la qualité intrinsèque desdits outils, et dans la mesure où ces appréciations sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats, lesquels auraient pu choisir, s'ils avaient été avertis, de se prévaloir de telles ou telles de leurs applications en fonction des scores de notation obtenus dans ces " app stores ", ou de faire en sorte d'obtenir davantage de notations sur les applications concernées par le biais de panels utilisateurs, le Syndicat doit être regardé, en les ayant pris en compte dans son évaluation du niveau de qualité des prestations déjà réalisées pour d'autres territoires, comme ayant fait usage d'un sous-critère à part entière, dont au demeurant il ne précise pas le poids relatif dans la notation sur les 20 points affectés à ce sous-critère. Ce sous-critère n'ayant pas été préalablement porté à la connaissance des candidats à la consultation, et le groupement n'ayant obtenu que la note de 10 sur 20 sur le sous-critère " Niveau de qualité des prestations déjà réalisées pour d'autres territoires. [...] Par suite, il y a lieu d'annuler la procédure de passation ».

TA de Toulouse, 27 juillet 2022, n°2203887, SAS Majorcom

« Si la possibilité de fixer une pondération des critères différenciée avant et après la négociation n'est pas explicitement prévue par le code de la commande publique, elle n'est pour autant pas prohibée par ce même code, ni par aucun principe ou autre disposition législative ou réglementaire ».

CE, 18 mai 2021, n° 448618, Commune de La Léchère

« Dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces critères. Il doit également porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation des sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent, en conséquence, être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ».

CE, 10 juin 2020, n°431194, Min. Armées

« Il résulte de ces dispositions qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en se fondant sur des critères permettant d'apprécier la performance globale des offres au regard de ses besoins. Ces critères doivent être liés à l'objet du

marché ou à ses conditions d'exécution, être définis avec suffisamment de précision pour ne pas laisser une marge de choix indéterminée et ne pas créer de rupture d'égalité entre les candidats. Le pouvoir adjudicateur détermine librement la pondération des critères de choix des offres. Toutefois, il ne peut légalement retenir une pondération, en particulier pour le critère du prix ou du coût, qui ne permettrait manifestement pas, eu égard aux caractéristiques du marché, de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse ».

CAA Bordeaux, 20 Février 2020, n° 18BX00552, SARL les peintures d'Aquitaine

« Le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics. Toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie. Il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publiques, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, de telles méthodes de notation.

5. En premier lieu, il résulte de l'instruction que le règlement de la consultation prévoyait que les offres seraient évaluées à partir de deux critères, le prix, pondéré à hauteur de 80 %, et la valeur technique de l'offre, pondérée à hauteur de 20 %. Toutefois, le règlement précisait, s'agissant de ce second critère, que " Les caractéristiques indiquées dans le devis descriptif quantitatif correspondent à l'objectif recherché ; dans ce cadre, les caractéristiques définies sont des minimas à atteindre que l'entrepreneur se devra obligatoirement de respecter. / S'il propose des caractéristiques supérieures dans le devis (il joindra obligatoirement à sa proposition la ou les fiches techniques correspondantes), la valeur technique sera alors appréciée en considérant la pertinence des propositions effectuées par l'application d'une note qui variera entre 0 et 4. / Une offre considérée comme inférieure à l'objectif recherché sera écartée ". Or, le rapport d'analyse des offres révèle que toutes les offres ont obtenu la note de 0 sur 4 s'agissant de la valeur technique, aucun candidat n'ayant présenté des caractéristiques supérieures au devis descriptif quantitatif, le classement ayant dès lors été effectué au vu du seul critère de prix ».

CAA Paris, 27 Février 2018, n° 16PA02955, Société Armor Développement

« Aucune disposition législative ou réglementaire, aucun principe de la commande publique, ni aucune des clauses du marché ne faisaient obligation au ministre de donner au critère portant sur la valeur financière une pondération supérieure à celle du critère relatif à la valeur technique ».

CE, 27 février 2013, n° 364172, Commune de Nîmes

« En vertu du II de l'article 53 du même code, le pouvoir adjudicateur doit préciser la pondération des critères de jugement des offres appliqués aux marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours ; qu'il résulte de ces dispositions que les critères de sélection des candidatures et des offres retenus par le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une procédure de concours restreint de maîtrise d'œuvre passée en application des articles 38, 70 et 74 du code des marchés publics n'ont pas obligatoirement à être pondérés ».

CE, 4 juillet 2012, n°352714, Ministre de la défense et des anciens combattants

« Si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ».

CJUE, 18 novembre 2010, C-226/09, Commission européenne c/ Irlande

« En **modifiant la pondération des critères** d'attribution d'un marché de fourniture de services d'interprétation et de traduction à la suite d'un premier examen des offres soumises, **l'Irlande a manqué aux obligations qui lui incombent** en vertu du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence qui en découle tels qu'interprétés par la Cour de justice de l'Union européenne ».

CE, 18 juin 2010, n° 337377, Commune de Saint-Pal-de-Mons

« Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation (...) ; que ces dispositions imposent au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats des critères de sélection des offres ainsi que de leur pondération ou hiérarchisation ; **que si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères** dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ».

CE, 5 avril 2006, n° 288441, Ministre de la défense

« Considérant que si le juge du référé précontractuel a jugé qu'en se prévalant de la spécificité de l'objet du marché, de la procédure de marché négociée suivie ainsi que de la nature des critères de sélection retenus, le ministre ne justifiait pas de l'impossibilité de recourir à la pondération des critères d'attribution du marché en litige, il n'a pas entendu écarter toute possibilité de hiérarchisation des critères de sélection des offres mais s'est borné à constater qu'en l'espèce, la personne responsable du marché n'établissait pas que la pondération de ces critères n'était pas possible ; qu'il n'a dès lors ni commis d'erreur de droit ni dénaturé les faits de l'espèce ».

CE, 7 octobre 2005, n° 276867, communauté urbaine Marseille Provence Métropole

« a) Il résulte des dispositions du II de l'article 53 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret du 7 mars 2004, selon lesquelles les critères de choix entre les offres sont pondérés ou à défaut hiérarchisés, que **c'est seulement si la pondération des critères d'attribution est impossible que la personne publique qui s'apprête à passer un marché peut se borner à procéder à leur hiérarchisation.**», b) **Il en résulte qu'en principe les critères doivent être pondérés, sauf si la personne publique qui s'apprête à passer un marché peut justifier que cette pondération n'est pas possible.** C'est seulement dans ce dernier cas que la personne publique peut se borner à procéder à une simple hiérarchisation des critères ».

CE, 29 juin 2005, n° 267992, Commune de la Seyne sur Mer

« Il résulte des dispositions du II de l'article 53 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret du 7 mars 2004, selon lesquelles **les critères de choix entre les offres sont pondérés ou à défaut hiérarchisés, que c'est seulement si la pondération des critères d'attribution est impossible que la personne publique qui s'apprête à passer un marché peut se borner à procéder à leur hiérarchisation** ».

CJCE, 4 décembre 2003, C-448/01, EVN AG, Wienstrom G mbH c/ Republik Österreich, Stadtwerke Klagenfurt AG

« Il en résulte que, dans le respect des prescriptions du droit communautaire, **les pouvoirs adjudicateurs sont libres non seulement de choisir les critères d'attribution du marché mais également de déterminer la pondération de ceux-ci, pour autant qu'elle permette une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse** » (§39). « Eu égard donc à l'importance de l'objectif poursuivi par le critère en cause au principal, la pondération de celui-ci à hauteur de 45 % ne paraît pas entraver une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse » (§42). « **S'agissant des critères d'attribution eux-mêmes, il convient d'admettre, à plus forte raison, que ceux-ci ne doivent subir aucune modification au cours de la procédure d'adjudication** » (§93).

Par ordre décroissant d'importance

CE, 29 juin 2005, n°267992, Commune de la Seyne sur mer

« Il résulte de ces dispositions que c'est seulement si la pondération des critères d'attribution est impossible que la personne publique qui s'apprête à passer un marché peut se borner à procéder à leur hiérarchisation ; qu'ainsi, en déduisant de ce que la COMMUNE DE LA SEYNE-SUR-MER ne justifiait pas d'une telle impossibilité qu'elle n'avait pu légalement se borner, dans les documents de la consultation, à hiérarchiser les critères d'attribution du marché litigieux, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Nice n'a pas commis d'erreur de droit ».

La pondération peut être exprimée sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié

CJCE, 4 décembre 2003, C-448/01, EVN AG, Wienstrom G mbH c/ Republik Österreich, Stadtwerke Klagenfurt AG

« Il résulte que, dans le respect des prescriptions du droit communautaire, les pouvoirs adjudicateurs sont libres non seulement de choisir les critères d'attribution du marché mais également de déterminer la pondération de ceux-ci, pour autant qu'elle permette une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse [...] Eu égard donc à l'importance de l'objectif poursuivi par le critère en cause au principal, la pondération de celui-ci à hauteur de 45 % ne paraît pas entraver une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Section 4 - Mise au point du marché

Article R2152-13

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

Fiche technique DAJ, l'achèvement de la procédure : conclusion du marché public et mesures de publicité

« L'Art. R. 2152-13 du code (marchés classiques) et l'article R. 2352-9 du code (marchés de défense ou de sécurité) prévoient la possibilité pour l'acheteur, en accord avec le soumissionnaire retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marchés avant sa signature.

Cette mise au point peut ainsi être l'occasion de **préciser certains éléments du marché public, de corriger certaines erreurs purement matérielles ou d'effectuer de légères modifications.**

En revanche, elle ne peut en aucun cas avoir pour effet de **modifier des caractéristiques substantielles** de l'offre ou du marché, remettant ainsi en cause les conditions initiales de mise en concurrence et le principe d'égalité de traitement des candidats. »

Mise au point des composantes du marché public

TA Strasbourg, 18 Juillet 2024, n° 2105565

« Il est constant que l'offre retenue a fait l'objet d'un second enregistrement le 9 juin 2021, postérieurement à la date limite de dépôt des offres. Toutefois, il résulte de l'instruction que l'offre enregistrée le 9 juin 2021 est identique à celle déposée le 17 mai 2021 et signée sur papier, le second enregistrement ayant eu pour seul objet d'ajouter la signature électronique de l'attributaire, sans d'ailleurs que cette signature électronique soit requise par les documents de consultation à peine d'irrégularité des offres. Ce second enregistrement, réalisé à la demande de la ville de Metz, et au demeurant inutile pour la régularité de l'offre retenue, **doit ainsi être regardé comme une mise au point autorisée** par les dispositions précitées. »

CA Bordeaux, 2 Mars 2022, n° 20/00348, Société Aéroport de Bordeaux Mérignac

« La mise au point intervient nécessairement entre l'attribution du marché et la notification du contrat. **Le soumissionnaire est libre comme en l'espèce de le refuser.** Dans ce cas de figure, il n'y a pas de rencontre des volontés contrairement à ce que l'appelante soutient.

En l'espèce, le Groupement a bien refusé les conditions posées par la société Aéroport de Bordeaux Mérignac dans le cadre de la mise au point. Il soutient cependant que cette procédure de mise au point était irrégulière, la société Aéroport de Bordeaux Mérignac ayant tenté par ce biais d'intégrer des nouvelles prestations et de lui imposer des modalités d'exécution différentes de l'appel d'offre initial. Selon le Groupement, le juge de première instance a, à bon droit, jugé que la société Aéroport de Bordeaux Mérignac avait commis une faute en modifiant les conditions substantielles de l'appel d'offre justifiant son indemnisation.

La société Aéroport de Bordeaux Mérignac soutient pour sa part qu'elle n'a pas modifié les conditions substantielles de l'offre et que le Groupement est seul responsable de l'échec de cette procédure de mise au point. Elle rappelle que le CCP prévoyait une procédure de mise au point sur les plannings d'exécution.

Le litige porte donc uniquement sur la régularité de cette procédure de mise à point. **Il convient de rechercher si les modifications sollicitées par l'autorité adjudicatrice portaient sur les conditions essentielles de l'offre.**

Il ressort du courrier en date du 21 juin 2017 aux termes duquel la société Aéroport de Bordeaux Mérignac a indiqué au Groupement que le marché lui était attribué pour le lot n°1 que la mise au point portait : (...)

Il ressort des pièces produites aux débats que :

- l'attribution du marché a été précédée d'une phase dite de négociation au cours de laquelle les difficultés de planning et notamment d'intégration des options 1 et 2 dans le planning général et de concertation des soumissionnaires des lots 1 et 2 auraient pu être abordées,

- la notification du marché a été tardive, sans que la date fixée pour la fin des travaux n'en soit décalée. En effet, contrairement à ce que soutient la société Aéroport de Bordeaux Mérignac **le décalage des travaux n'apparaît pas 'anecdotique' et la durée totale de ceux-ci n'est pas respectée** puisqu'il est demandé au soumissionnaire de respecter le planning remis le 1er juin 2017 établi sur la base d'une attribution attendue le 9 juin 2017 suivie d'une notification rapide du contrat. La société Aéroport de Bordeaux Mérignac, aux termes de ses derniers courriers, n'a accepté de décaler la date d'achèvement du chantier qu'en ce qui concerne les travaux objets des deux options et non le marché principal.

En outre si le CCP prévoit bien que le planning définitif ne sera validé avec le prestataire qu'à l'occasion de la procédure de mise au point, cette validation de dernière minute ne peut pas conduire à diminuer le temps accordé au soumissionnaire pour terminer le chantier.

Compte tenu de l'existence de pénalités de retard (200 euros par jour de retard en cas de retard constaté sur la date de démarrage des travaux et 500 euros par jour de retard en cas de retard sur la date contractuelle de livraison définitive d'une phase), **les 'mises au point' sollicitées apparaissent porter sur des éléments essentiels de l'offre.** »

CAA Marseille, 16 décembre 2019, n°17MA03675, Société Fayat Bâtiment

« Il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres. (...) ». 20. La société Fayat Bâtiment demande l'indemnisation du préjudice subi par la société Cari à raison de la mise en œuvre de quantités d'aciers supérieures à celles qui étaient prévues dans son offre. Elle se borne toutefois à faire valoir, à l'appui de cette demande, qu'il lui a été impossible, lors de l'exécution du marché en litige, de mettre en œuvre des méthodes constructives propres à réduire les quantités d'acier, cela afin de neutraliser la sous-estimation initiale des besoins du rectorat, du fait de la suppression fautive par ce dernier, lors de la phase de mise au point consécutive au classement des offres, de la mission initialement attribuée au titulaire du lot n° 2 portant sur la réalisation des études d'exécution, cette modification présentant selon elle un caractère substantiel, en méconnaissance des dispositions précitées de l'article 59 II du code des marchés publics. Or, il n'est **pas contesté que la société Cari a accepté cette modification de son marché préalablement à sa conclusion.** Elle ne saurait dès lors se prévaloir, en tout état de cause, d'une telle faute, alors, au demeurant, **que le caractère substantiel de la modification ainsi**

apportée à son marché n'est pas démontré, la moins-value correspondante ne représentant que 1,7 % du montant final de ce marché. »

CAA Douai, 22 août 2019, n° 18DA02437

« Ainsi, **quelle que soit la pertinence économique du calcul effectué par la société Dalkia, son offre ne respectait pas le règlement de la consultation.** La commune a d'ailleurs nécessairement admis cette irrégularité, puisqu'elle a conclu avec la société Dalkia, le 18 janvier 2016, une " mise au point du marché ", indiquant que " l'acte d'engagement de la consultation d'appel d'offres ne permettait pas au candidat de modifier le coût des prestations " P1 " en cas d'acceptation de l'option " Télégestion ". Aux termes de l'article 59 du code des marchés publics, alors en vigueur : " II. - Après classement des offres finales conformément au III de l'article 53, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Ce choix est effectué par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales. - Il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres. ". **Ces dispositions n'autorisaient pas la commune de Montigny-en-Gohelle à rechercher, postérieurement au classement des offres, une régularisation de l'offre de la société Dalkia, une telle tentative de régularisation remettant nécessairement en cause une caractéristique substantielle de l'offre initiale de la société Dalkia et le classement de l'ensemble des offres.** »

TA de Nice, 24 mars 2006, n°9905093

« Il résulte de l'article 300bis précité du code des marchés publics que la mise au point du marché avec l'entreprise retenue après la procédure d'appel d'offres doit permettre l'adaptation des prestations sans remettre en cause les caractéristiques essentielles du marché ; que la clause de l'article 4-6-2 du cahier des clauses administratives particulières, sur laquelle est fondé l'acte attaqué, a ajouté un risque financier très important pour l'entreprise titulaire du marché dès lors que les pénalités infligées en application de ladite clause peuvent représenter, ainsi que le montre l'acte attaqué, un montant supérieur à celui du marché du 11 avril 1996 ; que cet aléa financier intervient, de surcroît, après l'exécution par cette entreprise de ses obligations contractuelles découlant du marché et portant sur la construction d'une station de traitement des lixiviats ; que **cet aléa s'ajoute, en outre, aux garanties habituelles, notamment la garantie pour parfait achèvement qui porte sur la même durée de deux ans à compter de la réception des travaux ; qu'ainsi, une telle clause financière de performances pendant un délai de deux ans, eu égard notamment au montant des pénalités susceptible d'être infligé, doit être regardée comme ayant remis en cause les conditions d'appel à la concurrence.** »

CAA, 14 novembre 2017, n°15BX03437, Société Héliportugal

« Aux termes de l'article 59 du code des marchés publics : " (...) II. - Après classement des offres finales (...) l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. (...) **Il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres.** ".

Il résulte de l'instruction que la société Hélicoptères de France a eu recours pendant les six premiers mois de l'exécution du marché à des appareils hélicoptères AS 365 N qu'elle avait déjà utilisés lors du précédent marché dont elle a obtenu le renouvellement par le contrat en litige. Ces trois appareils hélicoptères AS 365 N que la société Hélicoptères de France détenait déjà en Guyane n'étaient donc pas les appareils AS 365 N3 qui étaient indiqués dans son offre variante. Or, le centre hospitalier Andrée Rosemon et la société Hélicoptères de France sont convenus, lors de **la mise au point du marché, que l'hélicoptère principal et l'hélicoptère de remplacement AS 365 N 3 devraient être disponibles pour le nouveau marché mais seulement dans les délais respectifs de six et vingt-quatre mois à compter du 1er mars 2014 et qu'à défaut pour la société attributaire de respecter ces échéances, une pénalité d'un montant journalier de 3 103 euros par jour de retard lui serait infligée. Une telle mise au point a donc modifié l'offre de la société Hélicoptères de France sur un point**

essentiel en méconnaissance des dispositions précitées de l'article 59 du code des marchés publics ».

TA Toulouse, 15 juillet 2004, n°0203255

« Mais considérant d'autre part, qu'il résulte de l'article 300bis précité du code des marchés publics que la mise au point du marché avec l'entreprise retenue après la procédure d'appel doit permettre l'adaptation des prestations sans remettre en cause les caractéristiques essentielles du marché ; que la clause de l'article 4-6-2 du cahier des clauses administratives particulières, sur laquelle est fondé l'acte attaqué, a ajouté un risque financier très important pour l'entreprise titulaire du marché dès lors que les pénalités infligées en application de ladite clause peuvent représenter, ainsi que le montre l'acte attaqué, un montant supérieur à celui du marché du 11 avril 1996 ; que cet aléa financier intervient, de surcroît, après l'exécution par cette entreprise de ses obligations contractuelles découlant du marché et portant sur la construction d'une station de traitement des lixiviats ; que cet aléa s'ajoute, en outre, aux garanties habituelles, notamment la garantie pour parfait achèvement qui porte sur la même durée de deux ans à compter de la réception des travaux ; qu'ainsi, une telle clause financière de performances pendant un délai de deux ans, eu égard notamment au montant des pénalités susceptible d'être infligé, doit être regardée comme ayant remis en cause les conditions d'appel à la concurrence ; qu'en effet, l'introduction d'une telle modification substantielle des conditions de garantie d'exécution du marché de construction d'une station de traitement des lixiviats, aurait incontestablement pu remettre en cause les conditions de l'appel à la concurrence en ayant un effet sur la présentation des offres ; que cette clause contractuelle ne pouvait faire l'objet d'une mise au point et a dès lors été ajoutée en méconnaissance des dispositions de l'article 300bis du Code des marchés publics ; qu'elle doit, par suite, être tenue pour nulle ; que la nullité de cette clause entraîne l'illégalité du titre de recettes attaqué dont elle est le fondement »

CE, 30 nov. 1990, n° 53636, Sté Coignet Entreprise

« Considérant, d'autre part, que si de légères modifications des prestations prévues par le dossier d'appel d'offres ont été apportées au contrat avant la signature de celui-ci, la SOCIETE COIGNET ENTREPRISE a accepté ces modifications en signant le contrat définitif ; que les prestations qui lui ont été demandées ont été en tout point conformes à celles prévues dans ce contrat ; qu'ainsi la société n'est pas fondée à demander une indemnité de ce chef ».

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

Section 1 - Principes généraux

Article L2153-1

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

Article R2153-1

Les acheteurs peuvent introduire dans les documents de la consultation des critères ou des restrictions fondées sur l'origine de tout ou partie des travaux, fournitures ou services composant les offres proposées ou la nationalité des opérateurs économiques autorisés à

soumettre une offre, en tenant compte du champ géographique et sectoriel des accords internationaux mentionnés par l'article L. 2153-1 ainsi que des éventuelles restrictions qu'ils comportent.

Article R2153-2

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

Section 2 - Marchés de fournitures des entités adjudicatrices

Article L2153-2

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

Article R2153-3

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

Article R2153-4

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

Article R2153-5

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

Titre VI - RÈGLES APPLICABLES AUX PROCÉDURES DE PASSATION ET AUX TECHNIQUES D'ACHAT

Tableau DAJ, Marchés publics des autorités centrales

Tableau DAJ, Marchés publics des pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités centrales

Chapitre Ier - RÈGLES APPLICABLES AUX PROCÉDURES FORMALISÉES

Article R2161-1

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

Section 1 - Appel d'offres

Sous-section 1 - Appel d'offres ouvert

Article R2161-2

Le **déla** minimal de réception des candidatures et des offres est de trente-cinq jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché.

Déla

 minimal

CE, 11 juillet 2018, n°418021, Cté d'agglomération du Nord Grande-Terre

« Qu'après avoir relevé qu'il résultait du règlement de consultation que 20 points étaient attribués en fonction de l'âge des véhicules proposés et qu'une proposition ne comportant pas de véhicules neufs, ou de deux ans au maximum, recevait une note substantiellement inférieure à celle d'une proposition remplissant ce critère, le juge des référés du tribunal administratif de la Guadeloupe a estimé que le délai de consultation du marché en litige, bien que supérieur au délai minimal prévu par ce texte, qui était de trente jours dès lors que les candidatures pouvaient être transmises par voie électronique, était insuffisant pour permettre aux candidats de passer une commande de véhicules avec une date de livraison ferme en Guadeloupe après avoir obtenu le financement de ces véhicules, et que cette insuffisance était de nature à empêcher certains candidats d'obtenir la note maximale sur le critère de l'âge des véhicules dont ils disposaient ; qu'en annulant, pour ce motif, la procédure de passation de l'ensemble des lots en litige, **alors qu'il lui incombait seulement de vérifier si le délai de consultation, bien que supérieur au délai minimal fixé par les textes applicables, n'était néanmoins pas manifestement inadapté à la présentation d'une offre compte tenu de la complexité du marché public** et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leurs candidatures et leurs offres, le juge des référés a commis une erreur de droit ».

CE, 16 novembre 2005, n°278646, Ville de Paris

« Les dispositions qui fixent un délai minimal pour la remise des offres « imposent à la personne publique, lorsqu'elle apporte des modifications substantielles à l'objet ou aux conditions initiales du marché, de les porter à la connaissance des entreprises par un avis d'appel public à la concurrence rectificatif et de respecter un nouveau délai de cinquante-deux jours à compter de l'envoi à publication de cet avis rectificatif pour permettre aux entreprises, éventuellement dissuadées de présenter leur candidature par les indications portées sur l'avis initial, de disposer du délai utile pour déposer une offre ; que cette obligation s'impose à elle, même lorsque, constatant que l'avis d'appel public à la concurrence publié comporte une erreur qui ne lui est pas imputable, elle décide de procéder à sa rectification par l'envoi d'un avis rectificatif ».

Article R2161-3

Le délai minimal fixé à l'article R. 2161-2 peut être ramené :

1° A quinze jours si l'acheteur a publié un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence et lorsque les conditions suivantes sont réunies :

a) L'avis de préinformation ou l'avis périodique indicatif a été envoyé pour publication trente-cinq jours au moins à douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché ;

b) Cet avis contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication ;
2° A trente jours si les candidatures et les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique ;
3° A quinze jours lorsqu'une **situation d'urgence**, dûment justifiée, rend le délai minimal impossible à respecter.

Situation d'urgence

CE, 5 mars 1999, n°163328, Président de l'Assemblée nationale :

« Que, pour fixer à une durée inférieure à vingt-et-un jours le délai accordé aux entreprises pour remettre leurs offres, les services de l'ASSEMBLEE NATIONALE se sont fondés sur des impératifs résultant de la date d'ouverture de la session parlementaire ; qu'il leur appartenait de prendre en temps utile les mesures nécessaires pour que les marchés en cause fussent passés avant cette date ; que **la circonstance invoquée n'est ainsi pas de nature à constituer un cas d'urgence** au sens des prescriptions de l'article 94 ter du code des marchés publics ».

CE, 4 avril 1997, n°145388, Département d'Ille-et-Vilaine :

« Considérant que si la nature des travaux et la proximité de la rentrée scolaire nécessitaient que les travaux fussent réalisés rapidement, **il ne ressort pas des pièces du dossier que le retard apporté à l'engagement de la procédure d'appel d'offres [...] ait été imputable à une cause ne résultant pas du fait du département [...]** que, par suite, le **recours à la procédure d'urgence** au sens de l'article 296 du code des marchés publics, **n'était pas justifié** ».

Article R2161-4

L'acheteur peut décider d'examiner les offres avant les candidatures. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, il examine les candidatures de manière impartiale et transparente. Il veille notamment à ce que sa connaissance des offres n'influe en rien sur l'appréciation des motifs d'exclusion ou des critères de sélection.

Article R2161-5

L'acheteur ne peut négocier avec les soumissionnaires. Il lui est seulement possible de leur demander de **préciser la teneur de leur offre**.

Précision sur la teneur des offres

CE, 1^{er} juin 2023, n°469127, Communauté d'agglomération de la région de Château Thierry

« Toutefois d'une part, aucune disposition ni aucun principe n'impose au pouvoir adjudicateur d'informer un candidat que son offre a été déposée dans le cadre d'une autre consultation que celle à laquelle il voulait postuler et, d'autre part, **il ne peut rectifier de lui-même l'erreur de dépôt ainsi commise, sauf dans l'hypothèse où il serait établi que cette erreur résulterait d'un dysfonctionnement de la plateforme de l'acheteur public**. Par suite, le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens a entaché son ordonnance d'une erreur de droit en estimant que la communauté d'agglomération de la région de Château-Thierry avait dans ces conditions manqué à ses obligations de mise en concurrence. »

CE, 16 janvier 2012, n°353629, Département de l'Essonne

« Considérant qu'aux termes du I de l'article 59 du code des marchés publics : Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre. ; que si ces dispositions s'opposent en principe à toute modification du montant de l'offre à l'initiative du candidat ou du pouvoir adjudicateur, ce principe ne saurait recevoir application dans le cas exceptionnel où il s'agit de rectifier une erreur purement matérielle, d'une nature

telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue ».

CE, 21 septembre 2011, n° 349149, Département des Hauts-de-Seine

« Considérant qu'aux termes du I de l'article 59 du code des marchés publics : « Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre » ; que si ces dispositions s'opposent en principe à toute modification du montant de l'offre à l'initiative du candidat ou du pouvoir adjudicateur, **ce principe ne saurait recevoir application dans le cas exceptionnel où il s'agit de rectifier une erreur purement matérielle, d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue** »

CE 9 novembre 2007, n°288289, Société Isosec

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la société Munters, qui avait omis d'indiquer dans son dossier le montant du prix n°10 [...], a également remédié à cette omission à la demande de la commission d'appel d'offres ; que **cette simple précision ne saurait être regardée comme ayant modifié la teneur de l'offre** [...], dont le prix global est demeuré inchangé ».

Sous-section 2 - Appel d'offres restreint

Article R2161-6

Les délais minimaux de réception des candidatures sont :

1° Pour les pouvoirs adjudicateurs, de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend ce délai minimal impossible à respecter, le pouvoir adjudicateur peut fixer un délai de réception des candidatures qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de l'invitation à confirmer l'intérêt ;

2° Pour les entités adjudicatrices, de quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Article R2161-7

Le délai minimal de réception des offres est, pour les pouvoirs adjudicateurs, de trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Article R2161-8

Le délai minimal fixé à l'article R. 2161-7 peut être ramené :

1° A dix jours si le pouvoir adjudicateur a publié un avis de préinformation qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence et lorsque cet avis remplit les conditions suivantes :

- a) Il a été envoyé pour publication trente-cinq jours au moins à douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché ;
- b) Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication ;

2° A vingt-cinq jours si les offres sont transmises par voie électronique ;

3° A dix jours lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend le délai minimal impossible à respecter.

Article R2161-9

Un pouvoir adjudicateur autre qu'une autorité publique centrale dont la liste figure dans un avis annexé au présent code peut fixer la date limite de réception des offres d'un commun

accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous. En l'absence d'accord, il fixe un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Article R2161-10

Une entité adjudicatrice peut fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous. En l'absence d'accord, elle fixe un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Article R2161-11

L'acheteur ne peut négocier avec les soumissionnaires. Il lui est seulement possible de leur demander de préciser la teneur de leur offre.

Section 2 - Procédure avec négociation

Sous-section 1 - Règles applicables aux pouvoirs adjudicateurs

Article R2161-12

Le délai minimal de réception des candidatures est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend ce délai minimal impossible à respecter, le pouvoir adjudicateur peut fixer un délai de réception des candidatures qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence ou de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Article R2161-13

Le pouvoir adjudicateur indique dans les documents de la consultation les exigences minimales que doivent respecter les offres.

TA Paris, 16 août 2024, n°2402864, SAS I-Tech Transfert

« En deuxième lieu, la société requérante ne peut utilement se prévaloir des articles R. 2161-13 et R. 2161-17 du code de la commande publique qui imposent la détermination d'exigences minimales dans le document de la consultation, **dès lors que ces dispositions visent les pouvoirs adjudicateurs et non les entités adjudicatrices**, à l'instar de la RATP ».

Article R2161-14

Le délai minimal de réception des offres initiales est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

TA Rouen, 12 août 2024, n°2402864, SAS ETN

« Il est constant qu'après l'achèvement de la phase de sélection des candidatures, **le délai entre l'envoi de l'invitation à soumissionner et la date limite de remise des offres a été fixé par le syndicat mixte adjudicateur à 49 jours**, avant la convocation de la série de cinq réunions de négociations à l'issue desquelles les candidats ont été invités à remettre une offre finale, portant le délai total à 88 jours. En se bornant à soutenir que le premier délai de 49 jours pour remettre la première offre ouvrant la phase de négociation était manifestement inadapté, au regard notamment de la complexité du marché et du volume important de documents à consulter et à produire dans le cadre de cette consultation, **la SAS ETN n'établit pas qu'elle n'a pas, ou n'aurait pu, dans le délai imparti, préparer utilement la remise de son offre, qu'elle a d'ailleurs rendue en temps utile sans jamais demander de prolongation, à la différence du reste d'autres soumissionnaires, cette abstention accréditant l'absence d'incidence notable de ce délai pour ce qui la concerne personnellement**. Par ailleurs, elle ne démontre pas qu'un délai plus long lui aurait permis de produire, jusqu'à la remise

de sa troisième et dernière offre, une proposition finale purgée des manquements et points problématiques de son dossier. De plus, le délai, très sensiblement supérieur au délai minimal prévu par les dispositions réglementaires citées au point 8, n'apparaît manifestement pas inadapté à la complexité du projet en question, alors même que les travaux de rétablissement et de connexion du cours d'eau présentaient, il est vrai, des particularités inédites, en matière environnementale notamment, et impliquaient des propositions techniques innovantes. Enfin, si le contenu du dossier de consultation des entreprises a subi des modifications au cours de la procédure de consultation, les précisions techniques et graphiques ont été apportées en phase de dialogue à la demande des entreprises en compétition à l'exception d'un plan général de coordination qui constitue un élément connu des entreprises de travaux publics, sans impact démontré sur le travail d'élaboration des offres par le groupement requérant. Dans ces conditions, les délais et conditions de remise des offres n'ont, en l'espèce, pas été mis en œuvre en méconnaissance des dispositions précitées du code de la commande publique, ni porté atteinte à l'égalité de traitement des entreprises et à la transparence de la procédure d'attribution ».

Article R2161-15

Le délai minimal fixé à l'article R. 2161-14 peut être ramené :

1° A dix jours si le pouvoir adjudicateur a publié un avis de préinformation qui n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence et lorsque cet avis remplit les conditions suivantes :

- a) Il a été envoyé pour publication trente-cinq jours au moins à douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché ;
- b) Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication ;

2° Vingt-cinq jours si les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique ;

3° Dix jours lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend le délai minimal impossible à respecter.

Article R2161-16

Un pouvoir adjudicateur autre qu'une autorité publique centrale dont la liste figure dans un avis annexé au présent code peut fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous. En l'absence d'accord, il fixe un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Article R2161-17

Le pouvoir adjudicateur négocie avec tous les soumissionnaires leurs offres initiales et ultérieures, à l'exception des offres finales.

Il peut toutefois attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt qu'il se réserve la possibilité de le faire.

Les exigences minimales mentionnées à l'article R. 2161-13 et les critères d'attribution ne peuvent faire l'objet de négociations.

TA Grenoble, 15 mai 2024, n°2101866, Société Hervé Thermique

« Il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'analyse des offres que suite à la première analyse des offres le 23 novembre 2020, la commune d'Allevard-les-Bains " a considéré l'ensemble des offres comme non recevables " et a engagé une procédure de négociation avec les trois entreprises ayant déposé des offres afin qu'elles puissent proposer des pistes d'économies. Dans ce cadre, le maître d'œuvre a demandé aux entreprises " d'intégrer et d'identifier à leur proposition les variantes suivantes : suppression du poste concernant le chapitre IV 1.5 équipements divers / - varier la régulation prévue en photocalorimétrie par de l'ampérométrie à neuf / - la conservation de la régulation existante avec travaux d'adaptations dans le nouveau local technique ; la conservation du

système de contrôle de niveaux du bac tampon existant ; pour les filtres la consultation en parallèle du fabriquant Procath pour mise en concurrence de la société Protech filtres ".13. Il en résulte que dans le cadre des négociations et sur proposition de son maître d'œuvre, **la commune a demandé aux sociétés de déroger à certaines prescriptions techniques minimales figurant dans le dossier de consultation en proposant des variantes moins onéreuses.** Or, une telle demande méconnaît tant le règlement de consultation que les dispositions précitées du code de la commande publique. Par suite, la commune a méconnu les règles de la commande publique dans le cadre de la procédure de passation de son marché ».

TA Châlons-en-Champagne, 14 novembre 2024, n°2402597, SAS Suez RV Nord-Est

« Il résulte de l'instruction que le marché en cause relevait de la procédure avec négociation, et que la communauté d'agglomération Ardenne Métropole a décidé d'entamer les négociations. Elle devait dès lors respecter l'obligation de négocier avec tous les soumissionnaires, laquelle ne connaît que la réserve des candidats ayant présenté des offres inappropriées, et s'appliquait nonobstant la faculté reconnue, de manière générale au pouvoir adjudicateur, d'autoriser les soumissionnaires ayant émis une offre irrégulière et dépourvue de tout caractère anormalement bas de régulariser leur offre dans un délai approprié. Dans ces conditions, **la SAS Suez RV Nord-Est est fondée à soutenir qu'en éliminant son offre initiale sans même l'admettre à négocier, alors que cette offre n'était qu'irrégulière et non pas inappropriée, la communauté d'agglomération Ardenne Métropole a commis une erreur de droit.** Une telle erreur conduit à un manquement aux obligations de mise en concurrence. **La circonstance, mise en avant en défense, que l'offre de la SAS Suez RV Nord-Est pourrait ultérieurement demeurer irrégulière à l'issue de la phase de négociation, dans la mesure où " la régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles ", n'est pas de nature à affecter rétroactivement ce constat de manquement.** Dès lors, et eu égard à l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu d'annuler la phase d'examen des offres initiales de la procédure de passation du marché global de performance relatif à une " prestation de service avec objectifs de performance portant sur la collecte et la prévention des déchets ménagers et assimilés " ».

Article R2161-18

La procédure avec négociation peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution définis dans les documents de la consultation. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'un de ces documents, s'il fera usage de cette possibilité.

Dans la phase finale de négociation, le nombre d'offres restant à négocier doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant d'offres remplissant les conditions requises.

Article R2161-19

Le pouvoir adjudicateur informe par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées en application de l'article R. 2161-18 de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de la consultation, à l'exception de ceux qui définissent les exigences minimales. A la suite de ces changements, le pouvoir adjudicateur accorde aux soumissionnaires un délai suffisant et identique pour leur permettre de modifier leurs offres et, le cas échéant, de les présenter à nouveau.

Article R2161-20

Lorsque le pouvoir adjudicateur entend conclure les négociations, il en informe les soumissionnaires restant en lice et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées.

Sous-section 2 - Règles applicables aux entités adjudicatrices

Article R2161-21

Le délai minimal de réception des candidatures est de quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis périodique indicatif, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Article R2161-22

La date limite de réception des offres peut être fixée d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous. En l'absence d'accord, l'entité adjudicatrice fixe un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Article R2161-23

L'entité adjudicatrice peut attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt qu'elle se réserve la possibilité de le faire.

Section 3 - Dialogue compétitif

Article R2161-24

L'acheteur **définit ses besoins** et ses exigences dans l'avis de marché et, le cas échéant, dans un programme fonctionnel ou un projet partiellement défini. Les modalités du dialogue, les critères d'attribution et un calendrier indicatif sont précisés dans **l'avis de marché** ou dans un autre document de la consultation.

Définit ses besoins

CAA Bordeaux, 18 déc. 2018, n° 16BX00178, Synd . interdépartemental mixte pour l'équipement rural

« Ainsi que l'ont retenu les premiers juges, il résulte de ces dispositions que l'objet du dialogue compétitif ne consiste pas à identifier les besoins mais les moyens propres à les satisfaire, ce qui implique que les besoins aient été au préalable précisément définis. Pour qu'il soit admis que le pouvoir adjudicateur a précisé ses besoins, ces derniers, définis par des spécifications techniques, formulées par référence à des normes, des performances, des exigences fonctionnelles ou des écolabels, doivent prendre en compte les caractéristiques de l'ouvrage ou du service ou les éléments susceptibles d'exercer une influence déterminante sur leur conception ».

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

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

Avis de marché

CE, 10 juin 2009, n° 320037, Société Baudin Chateaufort

« Elle indique le choix de la procédure dans l'avis de publicité ; que ces **dispositions n'imposent pas à la personne publique de faire figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les autres documents de consultation les considérations qui justifient son recours à la procédure de dialogue compétitif**, mais se bornent à exiger que la mention de ce choix figure dans l'avis de publicité ».

TA Paris, 4 avril 2007, n° 0704389, Sté Altervia

« Il ressort au surplus de l'examen **des pièces que ce dossier [de renseignement] comporte des précisions relatives à la situation juridique des candidats qui ne figurent pas dans l'avis** ; que par suite, l'avis publié le 19 mai 2006 au Moniteur des travaux publics ne comporte pas les mêmes renseignements que l'avis rectificatif publié au Journal officiel de l'Union européenne ; que dès lors, l'Etat a méconnu les dispositions précitées de l'article 2 du décret du 31 mars 1992 susvisé ».

Article R2161-25

Le délai minimal de réception des candidatures est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

Article R2161-26

L'acheteur ouvre avec les participants sélectionnés un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins. Tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les participants sélectionnés.

Article R2161-27

Le dialogue peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter, en appliquant les critères d'attribution définis dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. L'acheteur indique, dans les documents de la consultation, s'il fera usage de cette possibilité. Dans la phase finale de dialogue, le nombre de solutions restant à discuter doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions remplissant les conditions requises. L'acheteur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

Article R2161-28

Lorsqu'il estime que le dialogue est arrivé à son terme, l'acheteur en informe les participants restant en lice et les invite à présenter leur offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue. Il vérifie que les offres finales comprennent tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet.

Article R2161-29

Des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments peuvent être demandés aux participants sur leur offre finale. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre finale, notamment les besoins et exigences indiqués dans les documents de la consultation.

Article R2161-30

A la demande de l'acheteur, l'attributaire peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché.

Article R2161-31

L'acheteur peut prévoir des primes au profit des participants au dialogue. Le montant de la prime est indiqué dans les documents de la consultation et la rémunération du titulaire du marché tient compte de la prime qui lui a été éventuellement versée pour sa participation à la procédure.

Chapitre II - RÈGLES APPLICABLES AUX TECHNIQUES D'ACHAT
Section 1 - Accords-cadres
Sous-section 1 - Dispositions générales

Article R2162-1

Les acheteurs ne peuvent recourir aux accords-cadres de manière abusive ou aux fins d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

Les acheteurs peuvent conclure des accords-cadres

CJUE, 19 déc. 2018, C-216/17, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust et Coopservice Soc. Coop. Arl c/ Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino e.a.

« L'article 1^{er}, paragraphe 5, et l'article 32, paragraphe 2, quatrième alinéa, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doivent être interprétés en ce sens que :

- un pouvoir adjudicateur peut agir pour son propre compte et pour celui d'autres pouvoirs adjudicateurs clairement désignés qui ne sont pas directement parties à un accord-cadre, dès lors que les exigences de publicité et de sécurité juridique et, partant, de transparence sont respectées et,
- il est exclu que les pouvoirs adjudicateurs non signataires de cet accord-cadre ne déterminent pas le volume des prestations qui pourra être requis lorsqu'ils concluront des marchés en exécution de celui-ci ou qu'ils le déterminent par référence à leurs besoins ordinaires, sous peine de méconnaître les principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques intéressés à la conclusion dudit accord-cadre ».

CE, 29 octobre 2010, n°340212, SMAROV

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

Accords-cadres : notion d'accords-cadres

CJCE, 29 novembre 2007, C-119/06, Commission contre Italie

« Il découle de ce qui précède que **ledit accord-cadre constitue un marché public de services** au sens de cette même disposition ».

CJCE, 11 juin 2009, C-300/07, Oymanns Orthopädie Schuhetechnik

« Un accord, tel que celui en cause au principal, conclu entre une caisse publique d'assurance maladie et un opérateur économique, dans lequel sont définies les rémunérations des différentes formes de prise en charge attendues de cet opérateur ainsi que la durée d'application de l'accord, ledit opérateur assumant l'obligation de s'exécuter à l'égard des assurés qui lui en feraient la demande et ladite caisse étant, de son côté, la seule débitrice de la rémunération des interventions de ce même opérateur, **devra être considéré comme un «accord-cadre»** au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 5, de la directive 2004/18 ».

Article R2162-2

Lorsque l'accord-cadre ne fixe pas toutes les stipulations contractuelles, il donne lieu à la conclusion de marchés subséquents dans les conditions fixées aux articles R. 2162-7 à R.

2162-12.

Lorsque l'accord-cadre fixe toutes les stipulations contractuelles, il est exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande dans les conditions fixées aux articles R. 2162-13 et R. 2162-14. Toutefois, lorsqu'il est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, il peut prévoir qu'il peut donner lieu, pour une partie des prestations, à la conclusion de marchés subséquents après remise en concurrence des titulaires conformément aux dispositions des articles R. 2162-7 à R. 2162-12, à condition que les documents de la consultation :

- 1° Indiquent expressément la possibilité de recourir à cette faculté ;
- 2° Définissent les circonstances objectives déterminant le choix de recourir à un marché subséquent ;
- 3° Précisent les termes de l'accord-cadre pouvant faire l'objet d'une remise en concurrence.

Un accord-cadre peut être exécuté en partie par la conclusion de marchés subséquents et en partie par l'émission de bons de commande

CE, 29 octobre 2010, n°340212, SMAROV

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

Article R2162-3

Un accord-cadre peut être exécuté en partie par la conclusion de marchés subséquents et en partie par l'émission de bons de commande, à condition que l'acheteur identifie les prestations qui relèvent des différentes parties de l'accord-cadre.

Article R2162-4

Les accords-cadres peuvent être conclus :

- 1° **Soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ;**
- 2° **Soit avec seulement un maximum en valeur ou en quantité.**

CE, 28 janvier 2022, n°456418, Communauté de Communes Convergence Garonne

« Il résulte de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne mentionné au point 5 que, pour tout appel à concurrence relatif à un marché destiné à être passé sous la forme d'un accord-cadre qui, eu égard à son montant, entre dans le champ d'application de cette directive, l'avis publié à cet effet doit comporter la mention du montant maximal en valeur ou en quantité que prévoit le pouvoir adjudicateur, cette indication pouvant figurer indifféremment dans l'avis de marché ou dans les documents contractuels mentionnés dans l'avis de marché et librement accessibles à toutes les personnes intéressées. Il n'en va différemment que pour les accords-cadres qui ne sont pas régis par cette directive, pour lesquels le décret du 23 août 2021, modifiant notamment les dispositions de l'article R. 2162-4 du code de la commande publique, a supprimé la possibilité de conclure un accord-cadre sans maximum, en différenciant, **en son article 31, l'application de cette règle aux avis de marché publiés à compter du 1er janvier 2022 afin de ne pas porter une atteinte excessive aux intérêts privés et publics en cause** ».

CJCE, 29 novembre 2007, C-119/06, Commission contre Italie

« À la lumière de l'article 7, paragraphe 2, de la directive 92/50, il convient de considérer que **la valeur de l'accord-cadre de 2004 est constituée par la valeur totale des marchés spécifiques qui sont ou seront passés en vertu de celui-ci** (voir, en ce sens, arrêt du 4 mai 1995, Commission/Grèce, précité, point 15) ».

Soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité

CAA Versailles, 4 mars 2021, n°18VE04041, Sté Robin Marieton

« L'inclusion dans un contrat d'une quantité minimale de commandes oblige l'administration à indemniser le titulaire du contrat du préjudice éventuellement subi lorsque le montant minimum ainsi spécifié n'est pas commandé. **L'inclusion d'une telle clause ne donne, en revanche, pas nécessairement à son cocontractant un droit à la rémunération correspondante, mais à la réparation du préjudice** subi du fait du non-respect par l'administration de ses engagements, correspondant à sa perte de marge bénéficiaire, et, le cas échéant aux dépenses qu'il aurait engagées pour pouvoir satisfaire à ses obligations contractuelles minimales. »

CE, 10 oct. 2018, n° 410501, Dr Jacques Franc

« Considérant que si le titulaire d'un marché résilié irrégulièrement peut prétendre à être indemnisé de la perte du bénéfice net dont il a été privé, il lui appartient d'établir la réalité de ce préjudice ; que dans le cas d'un marché à bons de commande dont les documents contractuels prévoient un minimum en valeur ou en quantité, le manque à gagner ne revêt un caractère certain qu'en ce qu'il porte sur ce minimum garanti ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le contrat en litige était un marché à bons de commande dont les documents contractuels prévoyaient que son montant serait compris entre une valeur annuelle minimale de 200 000 euros et une valeur maximale de 400 000 euros ; que, par suite, en se fondant sur le montant minimal de commandes ainsi garanti pour évaluer le manque à gagner dont a été privée la société cocontractante du fait de la résiliation irrégulière du marché en litige, la cour administrative d'appel de Nantes n'a pas commis d'erreur de droit ;

Considérant, en deuxième lieu, que le calcul du bénéfice s'opérant par soustraction au total des produits de l'ensemble des charges, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le taux de marge devait être déterminé en prenant en compte non seulement les charges variables de la société mais également ses charges fixes ;

Considérant, en dernier lieu, que la cour n'a pas davantage entaché son arrêt d'erreur de droit en se référant aux résultats nets des quatre exercices précédant la résiliation du marché en litige pour évaluer le taux de marge moyen de la société requérante ».

CAA Bordeaux, 27 juin 2013, n° 11BX03327, Société Coveis ingénierie

« Considérant que l'inclusion dans un contrat d'un montant minimal de commandes oblige l'administration à atteindre ce montant en termes de commandes ; qu'elle ne donne, en revanche, pas nécessairement à son cocontractant un droit à la rémunération correspondante, mais à la **réparation du préjudice subi du fait du non-respect par l'administration de ses engagements, correspondant à sa perte de marge bénéficiaire**, et, le cas échéant aux dépenses qu'elle aurait engagées pour pouvoir satisfaire à ses obligations contractuelles minimales ».

CAA Douai, 13 mars 2012, n° 10DA01660, Département de Seine-Maritime

« Considérant que la société Toffolutti est fondée à être **indemnisée du préjudice** résultant, d'une part, de la perte de la marge bénéficiaire qu'aurait dégagée l'exécution du montant minimal des prestations prévu au marché, d'autre part, compte tenu des modalités prévues d'exécution du marché précisées ci-après, des dépenses et notamment des coûts afférents au personnel demeuré à son service, ainsi que des coûts des autres moyens de production qui n'ont pu être affectés à d'autres tâches ».

CE, 18 juin 2010, n° 335611, OPAC Habitat Marseille Provence

« Les dispositions de l'article 77 du code des marchés publics ne font **pas obligation à l'administration de préciser, dans l'avis d'appel public à la concurrence portant sur un marché à bons de commande, la part que représenterait, dans l'ensemble du marché, chacune des prestations distinctes demandées aux candidats** ».

CE, 18 janvier 1991, n° 80827, Ville d'Antibes

« Aux termes de l'article 16-2 du cahier des clauses administratives générales de 1976 applicable aux marchés publics de travaux : "Dans le cas d'un marché à commandes, l'entrepreneur a droit à être

indemnisé du préjudice éventuellement subi lorsque le montant minimal de travaux spécifié n'est pas exécuté". En l'espèce, le montant minimal annuel de travaux prévus au contrat avait été fixé en 1979 à 150 000 F, montant maintenu dans un avenant signé en 1981. Il n'y a pas lieu, pour évaluer le montant des travaux qui auraient dû être commandés en 1983, d'appliquer au montant prévu au contrat la clause de révision de prix qui ne concerne que les travaux effectivement facturés. **Le préjudice subi par l'entrepreneur du fait de l'insuffisance des travaux commandés en 1983 a consisté dans la perte de la marge bénéficiaire qu'aurait dégagée en l'espèce l'exécution du montant minimal des travaux prévu au marché et doit être évalué compte tenu de la différence entre ce montant et celui des travaux effectivement exécutés. Dès lors qu'il n'est, en revanche, pas établi que le gérant de la société aurait personnellement contribué à l'exécution des travaux prévus au marché dans des conditions permettant de regarder une part de sa rémunération comme une charge qu'aurait couverte le règlement desdits travaux, il n'y a pas lieu de faire entrer, dans le calcul du préjudice subi par la société, une fraction de la rémunération du gérant pendant l'année 1983** ».

Soit avec seulement un maximum en valeur ou en quantité

CE, 3 février 2022, n°457233, Collectivité de Saint-Martin et la société Fore Iles du Nord

« Il ressort, d'une part, des énonciations de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 17 juin 2021 que l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, d'indiquer dans l'avis d'appel à concurrence une quantité ou valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre découle notamment des principes d'égalité de traitement et de transparence énoncés à l'article 18 de la directive du 26 février 2014. Il résulte, d'autre part, de l'article 76 de cette directive que les Etats membres doivent mettre en place, pour la passation des marchés de services sociaux, " des règles nationales afin de garantir que les pouvoirs adjudicateurs respectent les principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs économiques ". **Il s'ensuit que l'obligation d'indiquer une quantité ou valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre s'applique dans son principe également aux marchés de services sociaux** ».

CJUE, 14 juill. 2022, aff. C-274/21 et C-275/21, EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H. c/République d'Autriche, Bundesbeschaffung GmbH

« L'article 33, paragraphe 3, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'un pouvoir adjudicateur ne peut plus se fonder, pour attribuer un nouveau marché, sur un accord-cadre dont la quantité et/ou la valeur maximale des travaux, fournitures ou services concernés qu'il fixe a ou ont déjà été atteinte(s), **à moins que l'attribution de ce marché n'entraîne pas une modification substantielle** de cet accord-cadre, ainsi que le prévoit l'article 72, paragraphe 1, sous e), de cette directive ».

CAA Bordeaux, 13 déc. 2021, n° 19BX01463, Sté Aborah

« Lorsqu'un marché est conclu à bons de commande avec fixation d'un prix maximum, son objet doit être regardé comme entièrement réalisé dans le cas où le prix maximum a été atteint avant le terme prévu. Dans ce cas, le contrat prend fin sans mesure de résiliation.

[...] Cependant, ni l'acte d'engagement ni les autres pièces contractuelles et en particulier l'avenant précité ne fixent expressément un montant maximal pour les prestations confiées.

[...] Dans ces conditions, en indiquant que le contrat a pris fin dès sa décision du 15 décembre 2017, soit avant le terme prévu, Parcub a procédé à la résiliation de ce marché. Cette décision de résiliation est susceptible d'ouvrir droit à indemnité au profit de la société Aborah si elle est intervenue dans des conditions irrégulières.

[...] Les articles 32 et 33 du CCAG - FCS, applicables en l'espèce, permettent au pouvoir adjudicateur de résilier le marché en cas de faute du titulaire ou pour un motif d'intérêt général. Il ne résulte pas de l'instruction, et il n'est d'ailleurs pas allégué par le défendeur, qu'une faute commise par la société Aborah dans l'exécution de son contrat ou qu'un motif d'intérêt général justifiaient la mesure de résiliation en litige. Par suite, la société Aborah est fondée à soutenir que la décision du 15 décembre 2017 est illégale et qu'elle est susceptible d'ouvrir à son bénéfice un droit à une indemnité pour la période du 15 décembre au 31 décembre 2017 ».

TA Bordeaux, ord., 23 août 2021, n° 2103959, Sté COVED

« La société Coved soutient que la procédure de passation de l'accord-cadre serait irrégulière au motif qu'elle ne respecterait pas l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 retenue par l'arrêt du 17 juin 2021 Simonsen Weel A/S c/ Region Nordjylland et Region Syddanmark, aff. C623/20, [...] selon laquelle « **l'avis de marché doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre et qu'une fois que cette limite aurait été atteinte, ledit accord-cadre aura épuisé ses effets** ».

9. **Il résulte de l'instruction que l'avis de marché publié au Journal officiel de l'Union européenne indique que la valeur totale estimée de l'accord-cadre est fixée à 3 532 000 euros, hors TVA.** A supposer que cette valeur totale estimée figurant au point II.1.5 de l'avis d'appel à concurrence puisse être regardée comme indiquant la valeur maximale des produits à fournir dans le cadre de l'accord-cadre, ni l'avis de marché, dont la rubrique II.2 6) n'est pas remplie, ni le cahier des clauses techniques particulières ni aucune autre pièce du marché ne mentionnent la quantité ou la valeur maximale des produits à fournir dans le cadre du lot n°1 de l'accord-cadre en litige. **La communauté de communes ne démontre pas que les pièces du marché permettaient aux candidats d'apprécier la quantité ou la valeur maximale des produits à fournir dans le cadre du lot n°1 en litige.** Ni l'énumération du tonnage des déchets collectés sur les six dernières années, de la fréquence, horaires et jours de collecte, ni l'indication du périmètre d'intervention, de la répartition des conteneurs et de la liste des points de collecte ne sont de nature, en l'état de l'instruction et en l'absence de précisions supplémentaires, de pallier l'absence de définition du maximum des prestations susceptibles d'être fournies en vertu de cet accord-cadre, ce qui n'a pas en l'espèce permis à la société Coved de présenter, une offre adaptée aux prestations maximales auxquelles elles pourraient être amenées à répondre, quand bien même cette dernière était précédemment titulaire du marché. Contrairement à ce que fait valoir en défense la communauté de communes Convergence Garonne, l'arrêt susmentionné de la CJUE n'a pas comme objet d'exclure l'application des principes dégagés aux situations juridiquement constituées et se borne à préciser que le degré de gravité requis pour entraîner l'application de la sanction prévue par l'article 2 quinquies paragraphe 1 sous a) de la directive 89/655, qui n'est pas applicable en l'espèce, n'est pas atteint. De plus, **cet arrêt de la CJUE n'a pas limité dans le temps la portée de l'interprétation donnée par elle, ce qui exclut la possibilité pour le juge des référés de différer son application fusse pour des motifs de sécurité juridique. Par suite, et alors qu'il ne résulte pas de l'instruction que l'évaluation de cette valeur maximale, y compris approximative, ne serait pas possible, la procédure de passation de l'accord-cadre relative au lot n°1 ici en litige, compte tenu du manquement ainsi relevé, doit être annulée** ».

CJUE, 17 juin 2021, Aff. C-23/20, Simonsen & Weel A/S c/ Region Nordjylland og Region Syddanmark

« L'article 49 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, les points 7 et 8 ainsi que le point 10, sous a), de la partie C de l'annexe V de cette directive, lus en combinaison avec l'article 33 de ladite directive et les principes d'égalité de traitement et de transparence énoncés à l'article 18, paragraphe 1, de cette dernière, doivent être interprétés en ce sens que l'avis de marché doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre et qu'une fois que cette limite aura été atteinte, ledit accord-cadre aura épuisé ses effets.

L'article 49 de la directive 2014/24 ainsi que le point 7 et le point 10, sous a), de la partie C de l'annexe V de cette directive, lus en combinaison avec l'article 33 de ladite directive et les principes d'égalité de traitement et de transparence énoncés à l'article 18, paragraphe 1, de cette dernière, doivent être interprétés en ce sens que l'avis de marché doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre de manière globale et que cet avis peut fixer des exigences supplémentaires que le pouvoir adjudicateur déciderait d'y ajouter. »

CAA Paris, 3 mars 2014, n° 11PA03721, EURL Apligos

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société requérante et l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris ont conclu un marché à bons de commande comportant un montant minimum et un montant maximum ; que ces montants lient les parties ; qu'il est constant que **le montant maximum contractuellement prévu était atteint lorsque l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris a émis les bons de commande qui ont donné lieu, après réalisation des prestations par l'EURL Apligos, à l'émission par cette dernière des factures en litige, que l'Assistance publique - Hôpitaux de Paris a refusé de lui régler ; qu'aucun avenant au contrat n'a été conclu concernant ces prestations et que la société requérante n'a, d'ailleurs, émis aucune réserve sur ces bons de commande ; que, dans ces conditions, et alors même qu'ainsi que le fait valoir la société Apligos, le contrat en cause n'était pas illicite et qu'aucun vice d'une particulière gravité n'a entaché le consentement des parties, l'appelante ne peut soutenir qu'elle doit obtenir le paiement de la somme qu'elle réclame en exécution du marché à bon de commande conclu le 7 mars 2005** ».

CE, 17 décembre 2014, n°385033, Communauté de communes du canton de Varilhes

« Considérant qu'aux termes de l'article 27 du code des marchés publics : " I. - Le pouvoir adjudicateur ne peut se soustraire à l'application du présent code en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée des marchés ou accords cadres autres que celles prévues par le présent article. / (...) / VI. - Pour les marchés à bons de commande comportant un maximum, la valeur à prendre en compte correspond à ce maximum. Si le marché ne fixe pas de maximum, sa valeur estimée est réputée excéder les seuils de procédure formalisée définis à l'article 26. " Considérant qu'il résulte de l'instruction, notamment des stipulations des articles 2.2 et 2.3 du règlement de la consultation et des articles 1.3 et 1.4 du cahier des clauses administratives particulières du marché litigieux, que la communauté de communes a conclu un marché à bons de commande reconductible trois fois par périodes d'un an pour une durée maximale de quatre ans, **sans minimum ni maximum ; qu'ainsi, en application des dispositions précitées de l'article 27 du code des marchés publics, la valeur estimée du marché était réputée excéder les seuils de procédure formalisée alors même que la délibération de la communauté de communes autorisant le lancement de la procédure faisait état d'une valeur estimée inférieure à ceux-ci ; que, dès lors, la communauté de communes était soumise aux dispositions de l'article 80 du code des marchés publics en vertu duquel, pour les marchés passés selon une procédure formalisée, le pouvoir adjudicateur doit notifier aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue le rejet de leur offre en précisant le nom de l'attributaire et respecter un délai d'au moins seize jours entre la date d'envoi de la notification et la date de conclusion du marché** ».

Réponse ministérielle n°22828, JOAN QE, 23 avril 2013

« Un accord-cadre est un contrat conclu entre un pouvoir adjudicateur et un ou plusieurs opérateurs économiques, sur le fondement duquel des marchés subséquents sont passés. Il est soumis aux mêmes procédures et aux mêmes seuils que les marchés publics. Le pouvoir adjudicateur a la faculté de prévoir ou non un minimum ou un maximum en valeur ou en quantité. **Lorsqu'un maximum est fixé par l'acheteur public, il détermine la limite supérieure des obligations susceptibles d'être mises à la charge du ou des titulaires par le biais des marchés subséquents.** Pour cette raison, il constitue un des piliers de la relation contractuelle entre le pouvoir adjudicateur et les entreprises titulaires, qui ont apprécié l'étendue du marché sur cette base. Le pouvoir de modification unilatérale du contrat par le pouvoir adjudicateur ne peut être mis en œuvre que dans des cas exceptionnels. La personne publique doit en effet justifier d'un motif d'intérêt général tenant à la nécessité de répondre à une évolution des besoins du service public. Ce pouvoir ne constitue donc pas le moyen adapté pour modifier le maximum fixé par l'accord-cadre. **L'augmentation de ce maximum demeure néanmoins possible par la conclusion d'un avenant avec tous les titulaires de l'accord-cadre. Cet avenant ne doit pas avoir d'incidence sur l'application des seuils de procédure et conformément à l'article 20 du code des marchés publics, il ne doit pas bouleverser l'économie du contrat.** Soucieux de maintenir l'équilibre des relations contractuelles entre les opérateurs économiques et les acheteurs publics, le Gouvernement n'envisage pas d'introduire dans le code des marchés publics de disposition consacrant un pouvoir de modification unilatérale du maximum énoncé dans un accord-cadre ».

CE, 19 décembre 2012, n° 350341, Société AB Trans

« Considérant, toutefois, que si les principes généraux applicables aux contrats administratifs permettent aux personnes publiques, sans qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle ne le prévoient, de résilier un contrat pour un motif d'intérêt général, sous réserve de l'indemnisation du préjudice éventuellement subi par le cocontractant, **ces mêmes principes ne s'opposent pas à ce que des stipulations contractuelles écartent, comme en l'espèce, tout droit à indemnisation en cas de résiliation du contrat par la personne publique ; que s'agissant, en outre, d'un marché à bons de commande sans minimum, la cour administrative d'appel n'a, en tout état de cause, pas commis d'erreur de droit ni dénaturé les stipulations du contrat, en faisant application de l'article 11 du cahier des clauses administratives particulières et en jugeant que ses stipulations faisaient obstacle à ce que la société AB Trans soit indemnisée du préjudice né de la résiliation du contrat, quand bien même il serait établi que cette dernière n'était pas justifiée par un motif d'intérêt général ».**

CAA Marseille, 28 novembre 2012, n° 10MA01413, Côte d'Azur Habitat

« le formulaire standard fixé par le règlement CE n°1564/2005 fait notamment figurer, parmi les mentions que doivent comporter les avis de marchés lorsqu'il s'agit d'un accord-cadre, au point II.1.4) l'estimation de la valeur totale des acquisitions pour l'ensemble de la durée du contrat ; Considérant qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que, alors même que l'article 77 du code des marchés publics prévoit qu'un marché à bons de commande peut être passé " sans minimum ni maximum ", Côte d'Azur Habitat, qui entendait passer un tel marché, était tenue de faire figurer, dans le cadre " quantité ou étendue globale " de l'avis d'appel d'offres, selon le modèle fixé par le règlement communautaire mentionné ci-dessus, à titre indicatif et prévisionnel, les montants annuels des travaux ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché ;

Considérant que Côte d'Azur Habitat soutient que la mention de l'objet du marché sur l'avis de publicité et celle du prix figurant au règlement de consultation permettraient aux entreprises intéressées de connaître l'étendue du marché ; que, **toutefois, si, compte tenu de la nature du marché à bons de commande, sans minimum, ni maximum, en cause, il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur de détailler précisément les prestations à effectuer, la seule description succincte des travaux en cause et la mention des fourchettes indicatives non contractuelles des montants des lots prévus à l'article 2.6 du règlement de consultation, lequel ne fait pas l'objet des mêmes mesures de publicité que l'avis d'appel public à la concurrence et n'a vocation à être remis qu'aux entreprises qui ont manifesté leur intérêt pour le marché en cause auprès du pouvoir adjudicateur, n'ont pas permis de connaître les besoins de la personne publique et ainsi l'étendue du marché ; qu'une telle omission a donc entaché d'irrégularité la procédure de passation ; que, alors même que des entreprises ayant retiré un dossier de consultation ont présenté une offre, ce vice qui, comme il a été dit, n'a pas permis aux entreprises intéressées de connaître l'étendue du marché, a également porté atteinte au principe de libre accès à la commande publique ; que ce vice entache la validité du contrat en cause ».**

CAA Bordeaux, 30 juillet 2009, n° 08BX00239

« Considérant que le marché en cause avait la forme d'un marché à bons de commande sans minimum ni maximum et ne conférait, par suite, à M. X aucune garantie quant à son exécution et ne créait aucune obligation de passer des commandes pour le centre hospitalier universitaire de Pointe-à-Pitre ; que l'intéressé demande la réparation de la faute commise par le centre hospitalier universitaire résultant du recours à ce type de marché, le titulaire du marché à bons de commande comportant un minimum ayant droit à être indemnisé du préjudice éventuellement subi lorsque le montant minimal de prestations spécifié n'a pas été exécuté ; que **toutefois, le marché litigieux comprenait environ 80 lots, éventuellement sur mesure, tels que différents orthèses des membres inférieurs, des corsets d'immobilisation, des corselets minerves, des corsets pour fracture ou des protège-crânes ; que le nombre et la nature très spécifique des lots du marché litigieux impliquaient que le montant et le rythme des besoins à satisfaire ne pouvaient être**

déterminés à l'avance ; que, par suite, le recours au marché à bons de commande sans minimum ni maximum n'était pas fautif ».

CE, 20 mai 2009, n° 316601, Ministre de la défense

« Qu'il résulte de l'instruction que le pouvoir adjudicateur n'a pas indiqué, dans l'avis d'appel public à la concurrence litigieux, la valeur totale des prestations estimée pour la durée de l'accord-cadre ; qu'il était pourtant tenu de le faire, en application des dispositions prévues par la directive 2004/18/CE et de son annexe VII A précitées, pour être conforme au modèle fixé par le règlement (CE) n° 1564 / 2005 de la Commission du 7 septembre 2005, ainsi que le prévoit l'article 40 du code des marchés publics ; que, **même si les articles 76 et 77 du code des marchés publics prévoit qu'un accord-cadre peut être passé sans minimum ni maximum , le MINISTRE DE LA DEFENSE, qui entendait passer un tel marché, était cependant tenu de faire figurer, dans la rubrique Quantité ou étendue globale de l'avis d'appel d'offres, selon le modèle fixé par le règlement communautaire mentionné ci-dessus, à titre indicatif et prévisionnel, les quantités de matériels à fournir ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché ; que l'absence d'une telle indication constitue, conformément à ce que soutient la société Réseau Gasel, un manquement à l'obligation de publicité et de mise en concurrence ».**

CE, 24 octobre 2008, n° 313600, Communauté d'agglomération de l'Artois

« Dans l'avis d'appel d'offres pour un marché à bon de commande sans minimum ni maximum (prévu par l'article 77 du code des marchés publics) **doivent obligatoirement figurer, en vertu de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 et du modèle fixé par le règlement (CE) n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005, des informations à titre indicatif et prévisionnel permettant d'apprécier l'étendue du marché ».**

CE, 10 mai 2006, n°288435, Société Schiocchet

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions qu'**un marché fractionné sous la forme d'un marché à bons de commande peut être passé sans minimum ni maximum lorsque la personne publique justifie que le montant et le rythme des besoins à satisfaire ne peuvent être déterminés à l'avance ;** qu'ainsi en estimant qu'il résulte de l'instruction que le département de Meurthe-et-Moselle ne maîtrise pas l'évolution de la carte scolaire et ses répercussions sur la desserte des établissements scolaires, laquelle représente plus de 70% des effectifs transportés, pour déduire de cette appréciation souveraine que le département justifie ne pouvoir apprécier a priori le montant des besoins et le rythme auxquels les bons de commande des lots du marché de transport interurbain de voyageurs devront être émis et qu'il peut, par suite, passer, en application du II l'article 71 du code des marchés publics, un marché sans minimum ni maximum, le juge des référés du tribunal administratif de Nancy n'a pas entaché son ordonnance d'une erreur de droit ».

Article R2162-5

Les marchés subséquents et les bons de commande ne peuvent être conclus ou émis que durant la période de validité de l'accord-cadre. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre. L'acheteur ne peut fixer une durée telle que l'exécution des marchés subséquents ou des bons de commande se prolonge au-delà de la date limite de validité de l'accord-cadre dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique.

Les marchés subséquents et les bons de commande ne peuvent être conclus ou émis que durant la période de validité de l'accord-cadre

CAA Bordeaux, 8 septembre 2009, n°08BX00203, Société Bull SA

« Considérant que, par un marché signé le 30 juillet 2001 et notifié le 2 août de la même année, le centre hospitalier universitaire de Pointe-à-Pitre a confié la fourniture de matériels informatiques, logiciels-prologiciels et accessoires connexes à la SOCIETE BULL SA ; qu'un avenant a été signé le 7 février 2002 afin de prolonger la durée d'exécution du marché jusqu'au 28 février 2002 ; **qu'après**

l'expiration de la durée prévue par ces actes, le 1er mars 2002, le centre hospitalier universitaire de Pointe-à-Pitre a émis un bon de commande portant sur 150 postes de travail et trois serveurs informatiques d'un montant total de 302 257 euros ; que, dans ces conditions, ce bon de commande n'a pu faire naître aucune obligation contractuelle entre les parties ; que par suite, c'est à bon droit que le tribunal administratif a rejeté les conclusions indemnitaires présentées par la SOCIETE BULL SA fondées sur le manquement du centre hospitalier universitaire à ses obligations contractuelles ;

Considérant toutefois que la SOCIETE BULL SA est recevable à demander, sur un terrain quasi-contractuel, le remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité et peut également prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute extra-contractuelle commise par le centre hospitalier universitaire en émettant le bon de commande du 1er mars 2002 dans des conditions irrégulières »

Article R2162-6

Les marchés subséquents et les bons de commande sont conclus ou émis entre les acheteurs identifiés à cette fin dans l'avis d'appel à la concurrence, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans un autre document de la consultation, et le ou les opérateurs économiques titulaires de l'accord-cadre.

« **Les marchés subséquents et les bons de commande sont conclus ou émis entre les acheteurs identifiés à cette fin dans l'avis d'appel à la concurrence ... et le ou les opérateurs économiques titulaires de l'accord-cadre** » :

DAJ, fiche technique, les accords-cadres, point 1.3.1 (09/08/2017)

« L'accord-cadre est un système fermé pendant toute sa durée d'exécution. Cela signifie que, contrairement au système d'acquisition dynamique, une fois l'accord-cadre conclu avec un ou plusieurs titulaires, aucun opérateur économique supplémentaire ne peut y adhérer et que seuls le ou les titulaire(s) de l'accord-cadre peuvent se voir attribuer des marchés subséquents ou des bons de commande.

L'interdiction de faire entrer de nouveaux prestataires dans un accord-cadre déjà conclu ne s'oppose pas à la possibilité de passer d'autres marchés pendant la durée de l'accord-cadre. L'acheteur devra dans ce cas prévoir dans les documents contractuels la possibilité de recourir à des tiers pour certains types de prestations prévues au contrat sous certaines conditions déterminées.

Afin de se prémunir de tout risque contentieux, les clauses contractuelles dérogeant au principe d'exclusivité du ou des titulaires devront être suffisamment précises. Elles devront indiquer le périmètre des prestations concernées, le montant estimatif ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Le recours à des tiers au contrat doit être justifié par des raisons objectives et être précédé de mesures de publicité et de mise en concurrence applicables dans le respect des règles relatives à l'estimation de la valeur des besoins, sauf si l'acheteur est en mesure de démontrer être dans l'une des hypothèses prévues à l'article 30 du décret permettant de passer un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence.

Rien n'interdit ainsi à l'acheteur de s'inspirer des dispositions du VII de l'article 76 de l'ancien code des marchés publics ou du III de l'article 77 de ce même texte lorsqu'il rédige une clause dérogeant au principe d'exclusivité des titulaires. Cette souplesse permet à l'acheteur de déterminer des limitations différentes de celles qui étaient prévues dans ces dispositions.

Toutefois, l'acheteur prendra garde, en rédigeant la clause, à ne pas prévoir des cas de recours à des tiers trop larges, ce qui pourrait être assimilé à un détournement de procédure.

Dans le silence de l'accord-cadre, il convient de considérer que l'exclusivité est garantie au titulaire, par principe. En conséquence, les acheteurs devront prêter attention sur ce point lors de la rédaction des documents contractuels.

CE, 3 juin 2022, n° 462256, Collectivité européenne d'Alsace

« Une société n'étant plus titulaire d'un accord-cadre et n'ayant pas demandé la reprise des relations contractuelles ni la suspension de la décision de la collectivité de mettre fin à leurs relations contractuelles, ne dispose pas d'un intérêt pour agir contre la procédure de passation des marchés subséquents pris pour son application...Sa demande en référé dirigée contre cette procédure n'est, dès lors, pas recevable ».

CE, 29 juin 2012, n° 358353, Société Chaumeil

« La méconnaissance des dispositions de l'article 76 du code des marchés publics (CMP), qui imposent au pouvoir adjudicateur ayant conclu un accord-cadre avec un ou plusieurs titulaires de s'adresser exclusivement à eux pour la passation d'un contrat fondé sur cet accord, n'est pas au nombre des manquements qui, en vertu des articles L. 551-18 à L. 551-20 du code de justice administrative, peuvent être utilement invoqués devant le juge du référé contractuel ».

CAA Bordeaux, 30 juillet 2009, n° 08BX00239

« Considérant que M. X, qui se borne, en première instance comme en appel, à affirmer que les lots qui lui étaient attribués ont été exécutés par la société Orthésia, n'apporte aucun élément au soutien de ses allégations ; qu'en n'estimant pas nécessaire d'ordonner, dans ces conditions, une expertise afin d'apprécier la réalité du préjudice invoqué ou, alors même que cela lui était demandé, la production par le centre hospitalier universitaire de Pointe-à-Pitre de l'ensemble des bons de commande émis en exécution du marché, le tribunal administratif ne s'est pas mépris sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de direction de l'instruction ; qu'en s'abstenant d'ordonner la production des bons de commande, le tribunal administratif n'a pas porté atteinte à l'égalité des armes entre les parties, ni méconnu les stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

Considérant que la production, en appel, par M. X de bons de commande adressés à la société Orthésia ne permet pas d'établir qu'ils ne se rapportaient pas à l'exécution des nombreux lots dont cette dernière était titulaire ; que, par suite, la responsabilité contractuelle du centre hospitalier universitaire de Pointe-à-Pitre ne saurait être engagée ».

Exception : Cession de droit sur un accord-cadre

Réponse ministérielle n° 32666, JOAN du 13 août 2013

« L'accord-cadre, prévu à l'article 76 du code des marchés publics, est un système clos. Seules la ou les personnes attributaires de l'accord-cadre peuvent être remises en concurrence pour l'attribution des marchés subséquents à cet accord-cadre. Toutefois, il est possible que le titulaire d'un accord-cadre mono-attributaire ou l'un des titulaires d'un accord-cadre multi-attributaires cèdent à un tiers les droits et les obligations qu'ils détiennent en vertu de l'accord-cadre. Ils peuvent également céder un marché subséquent en cours d'exécution à un tiers. Ces cessions sont possibles avec l'accord du pouvoir adjudicateur, sous réserve qu'elles ne soient pas assorties d'une remise en cause des éléments essentiels de l'accord-cadre ou du marché, tels que la durée, le prix ou la nature des prestations (CE Section des finances, Avis 8 juin 2000, n° 364803). **La cession de l'accord-cadre ou du marché subséquent se fait par un avenant de transfert, signé du pouvoir adjudicateur, du cédant et du cessionnaire. Le pouvoir adjudicateur peut refuser cette cession si le cessionnaire ne présente pas les garanties professionnelles et financières requises pour exécuter les prestations. Si le titulaire ne cède à un tiers qu'un marché subséquent en cours d'exécution, ce tiers ne pourra pas participer aux remises en concurrence suivantes. Il faut, pour cela, que lui soient cédés les marchés subséquents en cours, mais également l'accord-cadre. Le pouvoir adjudicateur peut résilier un accord-cadre multi-attributaire avec seulement l'un des titulaires. La résiliation de l'accord-cadre n'entraînant pas, sauf clauses contraires, la résiliation automatique des marchés subséquents, l'exécution d'un marché subséquent peut se poursuivre avec un titulaire pour lequel l'accord-cadre est résilié, au-delà de la date de résiliation. Pour rompre toute relation contractuelle avec l'un des titulaires, le pouvoir adjudicateur doit résilier l'accord-cadre et tous les marchés subséquents conclus sur son fondement avec ce titulaire. Plusieurs décisions de résiliation doivent donc être prises pour résilier l'accord-cadre et tous les marchés subséquents**

en cours. Si le pouvoir adjudicateur ne résilie qu'un marché subséquent conclu avec l'un des titulaires, il ne pourrait pas écarter ce titulaire de la remise en concurrence pour l'attribution des marchés subséquents suivants ».

CE, Section de l'administration, avis, 1^{er} décembre 2009, n°383264

« Le droit des contrats publics permet en revanche la cession du contrat par son bénéficiaire, telle qu'envisagée dans la question 1.2. Les conditions dans lesquelles peut s'opérer cette cession du contrat à un tiers sont exposées dans l'avis du Conseil d'Etat (Assemblée générale) n° 364803 en date du 8 juin 2000 lequel, compte tenu de sa date, n'a porté que sur les marchés publics et les délégations de service public. Rien toutefois ne s'oppose à l'extension de ses conclusions au cas plus récent du contrat de partenariat.

Cet avis a énoncé trois principes tirés de la jurisprudence contentieuse :

a) **La cession du contrat est soumise à l'accord de la personne publique** qui l'a attribué en raison de considérations propres à chaque cocontractant. En donnant son consentement à la cession, la personne publique responsable doit s'assurer que l'ensemble des objectifs d'intérêt général ayant présidé à la définition du contrat pourront être atteints par le nouveau titulaire : celui-ci doit être en mesure d'assurer la bonne fin du contrat, la continuité du service public et l'égalité des usagers devant celui-ci. Si tel est le cas, elle est tenue de donner son accord à la cession.

b) **La cession du contrat doit porter sur l'ensemble des droits et obligations initialement définis** ; en cas de cession partielle, l'équilibre sur lequel s'est établi le choix serait rompu et la personne publique serait tenue de procéder à une nouvelle consultation ; par exception, l'ordonnance relative aux contrats de partenariat mentionne, au j) de son article 11, l'éventualité d'une cession partielle du contrat sous le contrôle de la personne publique mais cette faculté n'apparaît pas cohérente avec l'hypothèse étudiée dans le présent avis, qui implique le maintien d'une responsabilité globale de l'exécution du contrat à la charge du candidat retenu intuitu personae.

c) **La cession ne doit pas représenter une manœuvre ou un détournement de procédure, notamment la tentative de contourner les règles de mise en concurrence applicables au contrat initial, qui seraient sanctionnés par le juge du contrat.**

Les conditions énoncées aux b) et c) ci-dessus sont en convergence avec les critères dégagés par la Cour de justice des communautés européennes dans son arrêt du 19 juin 2008 Pessetext Nachrichtenagentur GmbH (C-454/06), qui précise les cas dans lesquels la cession d'un contrat doit donner lieu à une nouvelle attribution concurrentielle. Il convient notamment de relever que dans cet arrêt la Cour réserve (§ 47 et 51) le cas d'un changement d'actionnariat de l'opérateur économique, qui pourrait constituer une irrégularité s'il conduisait à constituer une entité non dépendante de l'opérateur initialement choisi ou s'il recouvrait une « manœuvre destinée à contourner les règles communautaires en matière de marchés publics ».

Il n'y a donc pas d'obstacle juridique de principe à la cession du contrat, établi en application de la législation en vigueur et conclu avec le bénéficiaire, à une société nouvelle constituée entre celui-ci et la personne publique. Et la communication interprétative rappelée précédemment mentionne comme autre mécanisme de « PPPI » la constitution d'une entité mixte de ce type, en liaison avec la conclusion d'un contrat ».

CJCE, 19 juin 2008, affaire C-454/06, Pessetext Nachrichtenagentur GmbH

« Si les parts sociales d'APA-OTS étaient cédées à un tiers pendant la durée du marché en cause au principal, il s'agirait non plus d'une réorganisation interne du cocontractant initial, mais d'un changement effectif de cocontractant, ce qui constituerait en principe le changement d'un terme essentiel du marché. Un tel événement serait susceptible de constituer une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50 (§47) ;

Les marchés publics sont régulièrement attribués à des personnes morales. Si une personne morale est constituée sous la forme d'une société anonyme cotée en Bourse, il résulte de sa nature même que son actionnariat est susceptible de changer à tout moment. En principe, une telle situation ne met pas en cause la validité de l'attribution d'un marché public à une telle société. **Il pourrait en être autrement dans des cas exceptionnels, telles des manœuvres destinées à contourner les règles communautaires en matière de marchés publics (§51) ».**

CE, Section des Finances, avis, 8 juin 2000, n° 364803

« Le Conseil d'Etat statuant au contentieux a, en revanche, posé depuis fort longtemps le principe selon lequel ces contrats sont conclus en raison de considérations propres à chaque cocontractant (« intuitu personae ») ; il en a tiré la conséquence que **la cession d'un marché ou d'une concession ne pouvait avoir lieu, même en l'absence de toute clause spéciale du contrat en ce sens, qu'avec l'assentiment préalable de la collectivité cocontractante.** Il a précisé les cas dans lesquels cette autorisation pouvait légalement être refusée, au regard notamment des nécessités du service public, les conditions dans lesquelles, en cas de cession non autorisée, la collectivité pouvait exiger la poursuite du contrat initial ou le résilier et, enfin, les droits à indemnité du titulaire du marché ou du concessionnaire, en cas de refus illégal d'autorisation de cession ou de résiliation illégale du contrat. **Lorsque l'autorisation de cession peut être légalement accordée, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a toujours jugé que le choix du nouveau titulaire par le précédent cocontractant de l'administration n'était soumis à aucune procédure publique de mise en concurrence ».**

Sous-section 2 - Dispositions propres aux marchés subséquents

Article R2162-7

Les marchés subséquents précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre. Ils ne peuvent entraîner des modifications substantielles des termes de l'accord-cadre.

Article R2162-8

Les marchés subséquents peuvent prendre la forme d'un accord-cadre fixant toutes les conditions d'exécution des prestations et exécuté au moyen de bons de commande dans les conditions fixées aux articles R. 2162-13 et R. 2162-14.

Article R2162-9

Pour les pouvoirs adjudicateurs, lorsqu'un accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique, les marchés subséquents sont attribués dans les conditions fixées par l'accord-cadre. Préalablement à la conclusion des marchés subséquents, le pouvoir adjudicateur peut demander par écrit au titulaire de compléter son offre.

CE, 6 novembre 2020, n° 437718, Métropole européenne de Lille

« Aucune disposition du code de la commande publique ni aucun principe ne fait en effet obstacle à ce que les offres remises par le titulaire d'un accord-cadre mono-attributaire pour l'attribution des marchés subséquents soient notées et analysées, et que les marchés ne lui soient attribués que sous réserve de remplir certaines conditions. Il en va de même dans l'hypothèse où la procédure de passation de l'accord-cadre mono-attributaire envisagerait l'attribution simultanée d'un premier marché subséquent et où les candidats à l'attribution de l'accord-cadre seraient de ce fait invités à remettre également une offre pour ce premier marché, sous réserve que la comparaison des offres des candidats porte uniquement sur l'accord-cadre et non, de façon concomitante, sur celles remises pour le premier marché. »

Réponse ministérielle n° 7793, JOAN du 10 juillet 2018

« Le recours à la négociation pour la passation des marchés subséquents n'est possible que lorsque l'accord-cadre a été passé selon une procédure permettant la négociation. Cette règle découle du paragraphe 5 de l'article 33 de la directive 2014/24/UE qui prévoit que la mise en concurrence des marchés subséquents dans le cadre des accords-cadres conclus par les pouvoirs adjudicateurs « obéit aux mêmes conditions que celles qui ont été appliquées à l'attribution de l'accord-cadre ». Ainsi, quelle que soit la valeur estimée du besoin concerné par le marché subséquent, il ne peut y avoir de phase de négociation dans l'attribution de ce dernier si l'accord-cadre a été conclu selon une procédure ne permettant pas la négociation. **La négociation des marchés subséquents est, en revanche, possible si l'accord-cadre a été passé selon une procédure adaptée prévoyant une phase de négociation, une procédure concurrentielle avec négociation, un dialogue compétitif ou un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence.** Enfin, quelle que soit la procédure de

passation mise en œuvre pour conclure l'accord-cadre, il est possible, si cela a été prévu dans l'accord-cadre, de recourir à des **marchés subséquents négociés sans remise en concurrence** lorsqu'il apparaît que, pour des raisons techniques, ces marchés ne peuvent plus être confiés qu'à un opérateur économique déterminé ».

Article R2162-10

Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, le pouvoir adjudicateur organise une mise en concurrence selon la procédure suivante :

1° Pour chacun des marchés subséquents, le pouvoir adjudicateur consulte par écrit les titulaires de l'accord-cadre ou, lorsque l'accord-cadre a été divisé en lots, les titulaires du lot correspondant à l'objet du marché subséquent ;

2° Le pouvoir adjudicateur fixe un délai suffisant pour la présentation des offres en tenant compte d'éléments tels que la complexité des prestations attendues ou le temps nécessaire à la transmission des offres ;

3° Les offres sont proposées conformément aux caractéristiques fixées par l'accord-cadre et les documents de la consultation propres au marché subséquent. Elles sont établies par écrit et ne sont pas ouvertes avant l'expiration du délai prévu pour le dépôt des offres ;

4° Le marché subséquent est attribué à celui ou à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base des critères d'attribution énoncés dans l'accord-cadre.

L'accord-cadre peut prévoir que l'attribution de certains marchés subséquents ne donnera pas lieu à remise en concurrence lorsqu'il apparaît que, pour des raisons techniques, ces marchés ne peuvent plus être confiés qu'à un opérateur économique déterminé. Tel est notamment le cas lorsque aucun produit, matériel ou service ne peut être substitué au produit, matériel ou service à acquérir et qu'un seul des titulaires est en mesure de le fournir.

TA Bordeaux, 5 mars 2021, n° 1905986

« Aux termes de l'article 4 de la lettre de consultation, **la note technique correspondait à la reprise de la note obtenue par les opérateurs économiques lors de la passation de l'accord-cadre. Cette méthode de notation, qui fait obstacle à une remise en concurrence pleine et entière**, lors de la passation des marchés subséquents, entre les opérateurs économiques présélectionnés par l'accord-cadre, conduit ainsi à priver les critères de sélection de leur pleine portée et est susceptible de conduire à ce que ne soit pas choisie l'offre économiquement la plus avantageuse, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures de commande publique. Par suite, en se fondant sur la note technique obtenue par la société Engie au cours de la passation de l'accord-cadre pour lui attribuer le marché subséquent, le département de la Dordogne a commis une irrégularité affectant la légalité de ce marché ».

Réponse ministérielle n° 25591, JO Sénat 1^{er} mars 2007

« Au-dessus des seuils des procédures formalisées, un accord-cadre peut être passé après appel d'offres, ou, si les conditions prévues par le code sont satisfaites, au terme d'une procédure négociée ou d'un dialogue compétitif. Lorsque l'accord cadre est passé selon une procédure d'appel d'offres, les marchés passés sur le fondement de cet accord cadre ne peuvent faire l'objet d'une négociation. Au contraire, ils ne peuvent que donner lieu à la remise d'une offre par les opérateurs parties à l'accord cadre et au choix, par le pouvoir adjudicateur, de l'offre économiquement la plus avantageuse au vu des critères fixés par l'accord-cadre, sans négociation. Le recours à la négociation pour la passation des marchés publics n'est possible que dans les cas limitativement énumérés à l'article 35 du code des marchés publics. Par conséquent, **lors de la remise en concurrence d'un marché subséquent dans le cadre d'un accord-cadre multi-attributaires, l'acheteur public ne pourra envisager le recours à la négociation que s'il se trouve dans l'une des hypothèses prévues à l'article 35 du code des marchés publics** ».

Article R2162-11

Pour les entités adjudicatrices, les marchés subséquents sont passés sur la base de règles

ou de critères objectifs et non-discriminatoires définis dans l'accord-cadre, qui peuvent inclure la remise en concurrence des titulaires.

Article R2162-12

Lorsqu'une remise en concurrence est prévue, l'entité adjudicatrice fixe un délai suffisant pour permettre la présentation des offres. Le marché subséquent est attribué à celui ou à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses, sur la base des critères d'attribution définis dans l'accord-cadre.

Sous-section 3 - Dispositions propres aux bons de commande

Article R2162-13

Les bons de commande sont des documents écrits adressés aux titulaires de l'accord-cadre qui précisent celles des prestations, décrites dans l'accord-cadre, dont l'exécution est demandée et en déterminent la quantité.

Les bons de commande

DAJ, fiches techniques, les accords-cadres, point 2.2.1 (mise à jour le 09/08/2017)

« Les accords-cadres à bons de commande sont soumis à la réglementation générale sur les prix, qui exige que les documents contractuels fixent un prix déterminé ou, à tout le moins, déterminable. **Sont entachés de nullité les accords-cadres stipulant que les prix seront indiqués dans les bons de commande** ».

CE, 8 août 2008, n° 309136, Commune de Nanterre

« Les marchés à bon de commande au sens de l'article 77 du code des marchés publics doivent être regardés comme des accords-cadre au sens de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 et doivent donc donner lieu au renseignement dans l'avis d'appel public à la concurrence de la rubrique II.1.4 relative à de tels accords ».

Réponse ministérielle n°16892, JO Sénat du 31 mai 2005

« L'article R. 2131-1 du code général des collectivités territoriales prévoit que « la copie des pièces constitutives du marché » figure parmi les pièces devant être transmises au représentant de l'État dans le département au titre de l'exercice du contrôle de légalité. Il ressort de la lecture de l'article 11 du code des marchés publics que, sauf pour le cas particulier des marchés de conception-réalisation, « L'acte d'engagement et les cahiers des charges [...] sont les pièces constitutives » du marché. L'article 12 du code des marchés a, quant à lui, pour objet de préciser que les pièces constitutives d'un marché doivent obligatoirement comporter certaines informations parmi lesquelles figurent l'identification des parties contractantes, l'objet et le prix du marché. Le point 12 de cet article prévoit la situation spécifique des marchés fractionnés tels que définis aux articles 71 et 72 du code des marchés publics. S'agissant des marchés à bons de commande, le premier alinéa de l'article 71 indique quelles sont les informations qui doivent figurer dans le marché. Ainsi, **les bons de commande ne sont pas des éléments constitutifs du marché. Il s'agit de documents d'exécution qui n'ont pas à être transmis au représentant de l'État dans le département au titre du contrôle de légalité** ».

TA Versailles, 24 mars 1994, Préfet de l'Essonne c/ Président du Conseil général de l'Essonne :

« L'article 273 du code des marchés publics relatif aux marchés dits de clientèle, dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur du décret n° 93-733 du 27 mars 1993 qui permettait à une collectivité de contracter alors même que ses besoins ne pouvaient être exactement appréciés et que le montant total du marché n'était pas défini, n'avait ni pour objet ni pour effet de faire obstacle au principe selon lequel un contrat ne saurait être régulièrement conclu que pour autant que l'accord des parties porte sur le prix. En l'espèce, **faute de fixer un prix, ou de préciser les modalités de détermination de celui-ci, les documents contractuels n'ont pu faire naître d'obligations entre les co-contractants** ».

Dont l'exécution est demandée

CAA Bordeaux, 14 novembre 2006, n° 03BX02221, SA IPC-Corporation

« Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 9 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de fournitures courantes et de services (CCAG/FCS) : « les fournitures et les prestations de services doivent être conformes aux stipulations du marché » ; qu'il résulte de l'instruction que les ordinateurs livrés par la société « IPC CORPORATION » en exécution des bons de commande n° 50595 à 50597 ne comportaient que 8 Mo de Ram au lieu de 12 et ne disposaient pas de mémoire cache ou seulement d'une mémoire cache de 128 Ko au lieu de 256 Ko, contrairement aux stipulations du marché ; **qu'en fournissant un équipement non conforme à ces stipulations et que le centre d'études de Gramat n'a pu utiliser avant sa mise en conformité, la société « IPC CORPORATION » doit être regardée comme n'ayant pas exécuté son obligation de livraison dans le délai contractuellement prévu** ; qu'elle ne peut utilement se prévaloir, pour imputer ce retard au centre d'études, de la circonstance qu'il aurait tardé à procéder aux opérations de vérification prévues par les articles 20 et 21 du CCAG/FCS, l'exécution de cette obligation n'ayant pas d'incidence sur le point de départ des pénalités de retard mais seulement sur la date du transfert de propriété et sur le point de départ du délai de garantie ; **qu'il suit de là que le centre d'études de Gramat était en droit d'appliquer des pénalités de retard contractuelles à la société** ».

CE, 25 octobre 2013, n° 369806, Région Languedoc-Roussillon

« Considérant qu'en principe, les parties à un contrat ne peuvent pas demander au juge l'annulation d'une mesure d'exécution de ce contrat, mais seulement une indemnisation du préjudice qu'une telle mesure leur a causé ; que, pour juger que l'association Trajets était recevable à demander l'annulation et la suspension de l'exécution de la décision de la région Languedoc-Roussillon du 3 avril 2013, le juge des référés s'est fondé sur la circonstance que cette décision causait un préjudice financier important à l'association et mettait un terme immédiat à la session de formation dont elle assurait la direction ; qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, qu'il a lui-même relevé que la décision attaquée avait pour objet non de résilier le marché à bons de commande conclu avec cette association mais seulement d'interrompre l'exécution de l'une des prestations prévues par un bon de commande, et, d'autre part, qu'une telle interruption constitue une simple mesure d'exécution du contrat dont le cocontractant de l'administration n'est pas recevable à demander l'annulation, le juge des référés du tribunal administratif de Montpellier a commis une erreur de droit ».

Article R2162-14

L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation **ni remise en concurrence** préalable des titulaires, selon des modalités prévues par l'accord-cadre.

Ni remise en concurrence

Réponse ministérielle n° 5532, JO Sénat du 25 décembre 2008

« Le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique a pris connaissance avec intérêt de la question relative aux marchés à bons de commande. Le Conseil d'État a jugé que ces marchés, régis par les dispositions de l'article 77 du code des marchés publics, « doivent être regardés comme des accords-cadres au sens de la directive » 2004/18 du 31 mars 2004 (8 août 2008, commune de Nanterre ; 24 octobre 2008, communauté d'agglomération de l'Artois). Cette position a été énoncée à propos du contenu des avis d'appel public à la concurrence et, plus précisément, de la durée de contrat, de la valeur totale estimée des prestations, voire de la fréquence des marchés subséquents à passer. Elle ne conduit aucunement à une assimilation globale de leurs régimes et est, en particulier, sans incidence sur les règles régissant la compétence du signataire. **Les bons de commande eux-mêmes constituent de simples actes d'exécution du marché. Ils ne peuvent être regardés comme des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre et soumis à une remise en concurrence.** Ils continuent donc à se rattacher aux décisions relatives à l'exécution des contrats, au sens de l'article L. 2122-22 (4°) du code général des collectivités territoriales ».

Réponse ministérielle n° 5530, JO Sénat du 18 décembre 2008

« La directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services vise, sous le même vocable d'accord-cadre, deux situations différentes selon que l'accord-cadre donne ou ne donne pas lieu à une remise en concurrence pour son exécution. Le droit national tient compte de cette dualité en prévoyant, pour plus de clarté, une dénomination et des dispositions spécifiques à chacune de ces deux catégories de contrats. La première catégorie d'accords-cadres au sens de la directive correspond, en droit national, aux accords-cadres stricto sensu de l'article 76 du même code, tandis que la seconde catégorie correspond aux marchés à bons de commande de l'article 77 du code des marchés publics. **Dans la mesure où l'émission des bons de commande s'effectue sans remise en concurrence des titulaires, selon les termes prévus par le marché, l'article 77 du code n'a pas prévu d'obligation particulière concernant un nombre minimum d'opérateurs auxquels le marché à bons de commandes doit être attribué, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats.** En effet, cette exigence d'un nombre minimal de trois ou de cinq opérateurs est l'une des caractéristiques des procédures d'appel d'offres, de marché négocié ou de dialogue compétitif, liée à l'existence d'une phase de mise en concurrence pour la sélection des offres. Or, **la caractéristique des marchés à bons de commande est de ne plus donner lieu à une présentation d'offres, mais de s'exécuter sans remise en concurrence en réponse à l'émission d'un bon de commande, le plus souvent, soit en cascade, la demande d'exécution des prestations n'étant présentée au titulaire suivant dans l'ordre de leur classement, que si le précédent ne peut y répondre, ou selon un tour de rôle prévu par le marché ou encore à hauteur d'un maximum prévu pour chacun des titulaires.** Néanmoins, les services du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi ont été chargés de réétudier la nécessité d'introduire cette disposition à l'article 77 du code des marchés pour les marchés à bons de commande également, afin de se conformer plus étroitement encore au droit communautaire sur ce point précis ».

Section 2 - Concours

Sous-section 1 - Déroutement du concours

Article R2162-15

L'acheteur publie un avis de concours dans les conditions prévues aux articles R. 2131-12, R. 2131-13 et R. 2131-16 à R. 2131-20. Lorsqu'il entend attribuer un marché de services au lauréat ou à l'un des lauréats du concours en application de l'article R. 2122-6, il l'indique dans l'avis de concours.

Article R2162-16

Lorsque le concours est restreint, l'acheteur établit des critères de sélection des participants au concours. Le nombre de candidats invités à participer au concours est suffisant pour garantir une concurrence réelle. **L'acheteur fixe, au vu de l'avis du jury, la liste des candidats** admis à concourir et les **candidats non retenus** en sont informés.

Lorsque le concours est restreint, l'acheteur établit des critères de sélection

CAA Bordeaux, 18 mars 2014, n° 11BX03387, Groupe d'architecture Ellipse

« Il résulte de ces dispositions que **les critères de sélection des candidatures et des offres retenus par le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une procédure de concours restreint de maîtrise d'œuvre** passée en application des articles 70 et 74 du code des marchés publics **n'ont pas obligatoirement à être pondérés** ; que, par suite, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que la commune d'Agen a manqué à ses obligations de mise en concurrence en s'abstenant de pondérer ces critères »

CE, 27 février 2013, n° 364172, Commune de Nîmes

« qu'il résulte de ces dispositions que les critères de sélection des candidatures et des offres retenus par le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une procédure de concours restreint de maîtrise d'œuvre passée en application des articles 38, 70 et 74 du code des marchés publics **n'ont pas obligatoirement à être pondérés** ».

CE, 8 août 2008, n° 309652, CH Edmond-Garcin

« qu'il ne ressort pas de ces dispositions, contrairement à ce que soutient le Cabinet C+T, que le pouvoir adjudicateur, pour sélectionner le lauréat du concours, aurait été tenu d'une part, de procéder en deux temps, d'abord en procédant à l'élimination des offres non conformes aux prescriptions imposées par le pouvoir adjudicateur, puis en classant les offres jugées conformes à ces prescriptions, ni, d'autre part, **de distinguer dans l'avis d'appel public à la concurrence, des sous-critères de conformité des prestations proposées au règlement de la consultation et des sous-critères d'évaluation de la qualité de ces prestations** ».

L'acheteur fixe la liste des candidats admis à concourir

CE, 20 novembre 1954, Société des établissements H. Pinon et fils c/ Ville d'Angers

« Que le concours soit ouvert ou restreint, c'est la personne en charge du marché qui établit, du fait d'un **pouvoir discrétionnaire**, la liste des candidats admis à concourir, après examen par le jury des candidatures ».

Candidats non retenus

CAA Bordeaux, 27 septembre 2016, n°14BX01247, Sociétés BBG architectes associés, LCR architectes

« **S'agissant d'une procédure de concours, est irrégulière, et doit donc être écartée, quel qu'ait pu être l'avis du jury à son égard, l'offre qui ne respecte pas les prescriptions du règlement et du programme du concours** ; [...]

Lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce dernier, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le marché. Dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité. Dans la négative, **elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre**. Il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché. Dans un tel cas, **l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique** »

La seule invocation, par le centre hospitalier, de la " médiocrité " de l'offre de ce groupement ne constitue pas un motif d'intérêt général susceptible de justifier légalement le refus du pouvoir adjudicateur d'attribuer un marché ».

CJCE, 7 décembre 2000, C-94/99, ARGE Gewässerschutz, Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft

« **Un soumissionnaire peut être exclu au cours de la procédure de sélection, lorsque le pouvoir adjudicateur considère qu'il a reçu une aide non conforme au traité** et que l'obligation de restituer l'aide illégale mettrait en danger sa santé financière, de sorte que ce soumissionnaire peut être considéré comme n'offrant pas les garanties financières ou économiques requises ».

CE, 29 juillet 1998, n°177952, Garde des sceaux c/ Société Genicorp

« **La société "Genicorp" n'a pas, à l'occasion d'un marché antérieur conclu pour assister le responsable du projet de "gestion informatisée des détenus en établissement" pendant la phase préliminaire correspondant à la conception de l'application en cause, recueilli des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats et de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats** ».

CE, 8 juillet 1991, n°95305, OPHLM Département de l'Aisne

« **L'office a méconnu dans l'organisation du concours le principe d'égalité entre les concurrents** ».

Article R2162-17

Pour l'organisation du concours, l'acheteur fait intervenir un jury composé selon les **modalités prévues à la sous-section 2**.

Les modalités prévues à la sous-section 2

CAA Douai, n° 10DA01598, 19 juin 2012, Commune d'Auby

« Considérant que la commune d'Auby était tenue, en exécution de l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Lille en date du 25 avril 2007, d'organiser une nouvelle réunion du jury afin de poursuivre la procédure de passation du marché de maîtrise d'œuvre en cause ; **qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose, dans ce cas, un renouvellement complet du jury** ».

CE, 25 janvier 2006, n° 257978, Communauté urbaine de Nantes

« Il est de principe que, pour éviter notamment le risque d'une rupture de l'égalité entre les candidats, un jury appelé à donner un avis sur le choix du titulaire d'un marché public tel que le marché de conception-réalisation ne peut voir sa composition modifiée au cours de la procédure aboutissant à ce choix, **la personne publique peut, dans les cas où cette procédure se décompose en des phases distinctes de choix des candidatures d'une part et de choix des offres d'autre part, procéder entre ces phases au remplacement du ou des membres du jury ayant démissionné ou fait savoir qu'ils ne pourraient siéger** ».

CAA Paris, 6 juillet 1999, n° 99PA00033, Région Ile-de-France

« **Il suit de là que la composition du jury de concours n'était pas conforme à la condition fixée par le code des marchés publics, formalité substantielle, en ce qui concerne la participation des personnalités compétentes ; que, dès lors, il y a lieu d'annuler le marché de maîtrise d'œuvre passé en exécution de cette décision** ».

CE, 9 décembre 1987, n°67316, SICTOM c/ Société TRIGA

« **Il n'a, en méconnaissance des articles 302 et 306 du code des marchés, pas été procédé à la constitution d'un jury de concours composé suivant les règles fixées aux articles 282, 299 et 303 dudit code** ; que la circonstance que deux représentants de la direction départementale de l'agriculture et le receveur du SICTOM aient assisté aux délibérations tenues par le bureau en exécution de la délibération du 16 mai 1979 **ne permet pas de regarder le bureau comme ayant pu faire régulièrement fonction de jury de concours** ; que, **dès lors, l'adjudication des travaux pour la construction de l'usine d'incinération du Bayet, prononcée par le bureau du syndicat, agissant par délégation de l'assemblée générale, est intervenue à l'issue d'une procédure irrégulière** ; Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le SYNDICAT INTERCOMMUNAL DE COLLECTE ET DE TRAITEMENT DES ORDURES MENAGERES "SUD-ALLIER" n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Clermont-Ferrand a annulé la décision du 27 mai 1980 par laquelle le bureau du SICTOM a choisi la Société Itisa-Volund pour la construction de son usine d'incinération du Baye ».

Article R2162-18

Après avoir analysé les candidatures et formulé un **avis motivé** sur celles-ci, le jury examine les plans et projets présentés de manière anonyme par les opérateurs économiques admis à participer au concours, sur la base des critères d'évaluation définis dans l'avis de concours. Il consigne dans un procès-verbal, signé par ses membres, le classement des projets ainsi que ses observations et, le cas échéant, tout point nécessitant des éclaircissements et les questions qu'il envisage en conséquence de poser aux candidats concernés. L'anonymat des candidats peut alors être levé.

Le jury peut ensuite inviter les candidats à répondre aux questions qu'il a consignées dans le procès-verbal. Un procès-verbal complet du dialogue entre les membres du jury et les candidats est établi.

Avis motivé

CAA LYON, 24 novembre 2022, n°20LY00105, M. F. e. a

« Pour inverser le classement des offres opéré par le jury, lequel, en application des dispositions précitées de l'article 88 du décret du 25 mars 2016, se fonde exclusivement sur les critères d'évaluation annoncés par le règlement du concours, en attribuant des notes de façon objective accompagnées d'appréciations mentionnées au procès-verbal, le représentant du pouvoir adjudicateur doit être en mesure de justifier sa divergence, notamment, d'expliquer en quoi les motifs qu'il privilégie doivent manifesterment prévaloir sur le classement établi dans le respect des règles publiées de la consultation ».

CE, 18 décembre 2013, n° 365702, Commune de Bron

« La cour administrative d'appel a, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, considéré que l'avis délivré par le jury le 9 avril 2010, qui se borne à relever qu'après délibération et vote, le jury a décidé d'arrêter la liste des quatre candidats admis à concourir, **n'était pas motivé** contrairement aux dispositions du III de l'article 70 du code des marchés publics précité ».

CAA Bordeaux, 14 décembre 1998, n°96BX02299, Syndicat interhospitalier Castelsarrasin-Moissac

« qu'il résulte de ces dispositions **que le responsable du marché n'est pas lié par l'avis du jury** ; que, dès lors, en disposant, dans l'article 5 du règlement du concours d'architecture qu'il a organisé pour la rénovation et l'extension de l'hôpital de Castelsarrasin que le lauréat proposé par le jury se verrait confier la mission de maîtrise d'œuvre, le SYNDICAT INTERHOSPITALIER DE CASTELSARRASIN-MOISSAC a méconnu la portée de la disposition réglementaire précitée à laquelle il ne pouvait légalement déroger ».

CE, 23 octobre 1992, n° 107107, Bourdiel

« Il résulte de l'article 307 du code des marchés publics, relatif aux appels d'offres avec concours, que, quel que soit l'objet du concours, **le jury dresse un procès-verbal dans lequel il relate les circonstances de son examen et formule son avis motivé**. Un jury à qui il revenait d'apprécier les mérites comparés de quatre projets, s'il a écarté l'un d'entre eux en relevant qu'il ne répondait pas au programme proposé, n'a formulé aucune considération de nature technique ou financière à l'appui de ses choix qui l'ont conduit à retenir deux projets en "donnant sa préférence" pour l'un d'entre eux. Dans ces conditions, en ne mettant pas la collectivité concernée à même de se déterminer au vu de telles considérations, **il a méconnu l'obligation qui lui était faite par la disposition précitée de motiver son avis**. Dès lors, la procédure de passation du marché litigieux doit être regardée comme entachée d'irrégularité ».

Présentés de manière anonyme

CE, 19 décembre 1969, n° 61003, Société Socosat

« Concours ouvert pour la construction d'un programme de logements. Entreprise ayant déposé leurs propositions et jury ayant procédé à l'ouverture des plis contenant les offres des concurrents. A la suite d'une réduction du nombre de logements à construire, jury ayant proposé de maintenir en concurrence cinq entreprises seulement à qui il a demandé de déposer de nouvelles offres sur la base du programme de construction réduit. **En procédant ainsi, alors qu'il avait rendu publics les prix offerts par toutes les entreprises, le jury a violé le principe de la libre concurrence entre les candidats**. Opérations du concours viciées. Décision, conforme à l'avis du jury, désignant l'attribution du marché entachée d'excès de pouvoir. (Dans le même sens, TA Nantes, 2 août 1994, Tirilly) ».

Le jury peut ensuite inviter les candidats à répondre aux questions qu'il a consignées dans le procès-verbal

CAA Douai, 19 juin 2012, n°10DA01598, M. B

« Considérant cependant que le jury, à l'issue de sa réunion du 18 décembre 2006, a conduit un dialogue avec les équipes retenues dont l'objet, conformément à l'article 70 précité du code des marchés publics, devait être limité à la clarification de tel ou tel aspect d'un projet ; qu'il résulte de l'instruction, singulièrement du procès-verbal du dialogue entre le jury et les concurrents, produit au dossier, qu'à cette occasion, le jury, par la teneur de la question 5 posée à l'équipe conduite par M. A, a permis à cette dernière de corriger une lacune de sa proposition initiale au regard des exigences du programme de la consultation en intégrant un faux gril pour l'espace scénique ; que **cette question, qui excédait les exigences de clarification du projet, a provoqué une rupture du principe d'égalité entre les concurrents en permettant à l'un d'entre eux de rendre conforme au programme un projet qui ne l'était pas ; que cette circonstance a affecté la régularité de l'avis du jury et, par suite, celle de la procédure de passation du marché de maîtrise d'œuvre** ; qu'en l'absence de tout motif tiré de l'intérêt général, MM B et C sont fondés à soutenir que la commune d'Auby a, ainsi, commis une faute de nature à engager sa responsabilité ».

Article R2162-19

L'acheteur choisit le ou les lauréats du concours au vu des procès-verbaux et de l'avis du jury et publie un avis de résultats de concours dans les conditions prévues aux articles R. 2183-1 à R. 2183-7.

Directive 2014/24 UE du 26 février 2014, article 2. 21

« Il faut entendre par « concours », les procédures qui permettent au pouvoir adjudicateur d'acquérir, principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données, un plan ou un projet qui est **choisi par un jury** après mise en concurrence avec ou sans attribution de primes ».

Directive 2014/24 UE du 26 février 2014, article 82.1

« Le jury dispose d'une **autonomie de décision ou d'avis** ».

L'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury

CE, 30 juillet 2024, n°470756, Communauté d'agglomération Valence Romans Agglo

« Il résulte de ces dispositions que l'acheteur n'est pas tenu de suivre l'avis émis par le jury du concours et qu'il peut, notamment, **porter son choix sur un candidat ayant participé au concours autre que celui classé premier par le jury** ».

CAA Versailles, 21 février 2006, n° 03VE03765, SOCIETE DUBIX-ESB

« Qu'en faisant procéder à un examen comparé des deux offres en question par un tiers et en se fondant sur cet examen pour décider lequel des deux candidats serait retenu, alors **qu'il appartenait au jury de départager lui-même les deux candidats ex æquo**, le directeur de l'hôpital a méconnu les dispositions de l'article 71 rappelé ci-dessus du code des marchés publics ».

CE, 27 novembre 2002, n° 204619, M Dangas et autres

« Il résulte des dispositions de l'article 314 ter du code des marchés publics, dans sa rédaction alors en vigueur, que **le responsable du marché n'est pas lié par l'avis du jury** de concours de maîtrise d'œuvre. Par suite, **les dispositions du règlement du concours prévoyant qu'il appartiendrait au jury de désigner l'attributaire du marché étant illégales, le responsable du marché était tenu de ne pas l'appliquer**. Il appartient au responsable du marché, s'il n'est pas lié par l'avis du jury, de recueillir tous les éléments qui lui paraissent utiles avant d'arrêter une décision sur le choix du maître d'œuvre de la construction projetée. **Il ne peut toutefois faire procéder par un tiers à un nouvel examen comparé des offres qui ait la même nature et le même objet que celui que l'article 314**

ter du code des marchés publics, dans sa rédaction alors en vigueur, a entendu réserver au jury ».

CAA Bordeaux, 14 décembre 1998, n°96BX02299, Syndicat interhospitalier Castelsarrasin-Moissac

« Il résulte de ces dispositions que le responsable du marché n'est pas lié par l'avis du jury ; que, dès lors, en disposant, dans l'article 5 du règlement du concours d'architecture qu'il a organisé pour la rénovation et l'extension de l'hôpital de Castelsarrasin que le lauréat proposé par le jury se verrait confier la mission de maîtrise d'œuvre, le SYNDICAT INTERHOSPITALIER DE CASTELSARRASIN-MOISSAC a méconnu la portée de la disposition réglementaire précitée à laquelle il ne pouvait légalement déroger ».

CE, 19 décembre 1969, n° 61003, Société Socosat

« Jury du concours s'étant borné, conformément au décret du 18 septembre 1953, modifié par le décret du 29 août 1957, à donner à l'Office d'H.L.M. son avis sur le choix de l'entreprise à laquelle selon lui les travaux devaient être confiés. **Délibération du jury n'ayant, par suite, pas le caractère d'une décision de nature à faire grief à la société requérante** ».

Article R2162-20

Une prime est allouée aux participants qui ont remis des prestations conformes au règlement du concours. Sous réserve des dispositions des articles R. 2172-4 à R. 2172-6, **le montant de la prime est librement défini par l'acheteur** et est indiqué dans les documents de la consultation.

Une prime est allouée aux participants

Directive 2014/24 UE du 26 février 2014, article 2. 21

« Il faut entendre par « concours », les procédures qui permettent au pouvoir adjudicateur d'acquérir, principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données, un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence **avec ou sans attribution de primes** ».

CE, 10 février 2020, n° 429229, Société A5A Architectes

« Les sociétés A5A Architectes, Al Project et Cosyrest ont demandé au tribunal administratif de Marseille de condamner le département des Bouches-du-Rhône à leur verser respectivement, d'une part, à titre principal, les sommes de 55 600 euros, 4 800 euros et 1 200 euros, augmentées des intérêts légaux à compter du 30 juillet 2014, correspondant au montant de la prime qui aurait dû leur être versée dans le cadre du concours de maîtrise d'œuvre du projet de restructuration et d'extension du collège Versailles à Marseille ou, à titre subsidiaire, 80 % de ces sommes, d'autre part, des indemnités de 25 500 euros, 3 000 euros et 1 500 euros en réparation de leur préjudice moral. Par un jugement n° 1501358 du 4 juillet 2017, le tribunal administratif de Marseille a rejeté leurs demandes.

En premier lieu, aux termes du III de l'article 74 du code des marchés publics applicable au litige : " Les candidats ayant remis des prestations conformes au règlement du concours bénéficient d'une prime ". Le dernier alinéa de l'article 5.3 du règlement du concours stipule que " dans le cas où **une offre serait incomplète ou ne répondrait pas au programme, une réduction ou une suppression de la prime pourra être effectuée par le maître d'ouvrage sur proposition du jury** ". La cour administrative d'appel de Marseille n'a, par suite, pas dénaturé ces stipulations en estimant qu'elles permettaient de refuser le bénéfice de la prime de concours à un projet qui ne respectait pas les conditions essentielles du règlement et du programme. »

Le montant de la prime est librement défini par l'acheteur

CAA Nancy, 7 Mai 2018, n° 17NC00054, Société Nomade

« Considérant qu'en cas de contradiction entre l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement du concours quant au montant forfaitaire de la prime attribué à chacun des candidats admis à concourir,

il y a lieu en application des dispositions précitées de l'article 74 du code des marchés publics **d'apprécier le contenu des études effectivement demandées aux candidats afin de déterminer celui de ces deux montants qui doit être regardé comme correspondant le mieux au prix estimé de ces études** ».

CAA Bordeaux, 3 mars 2016, n°14BX02401, SARL Les Ateliers 2/3/4

« Le pouvoir adjudicateur et les candidats sélectionnés par un jury pour exécuter les prestations visant à l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre sont, indépendamment de l'attribution de ce marché, engagés dans un contrat ayant pour objet la remise de prestations conformes aux documents de la consultation et pour prix, conformément aux dispositions du code des marchés publics citées ci-dessus, **une prime susceptible d'être réduite ou supprimée conformément aux propositions du jury** ».

Article R2162-21

Lorsqu'un marché de services est attribué au lauréat ou à l'un des lauréats du concours, sa rémunération tient compte de la prime qu'il a reçue pour sa participation au concours.

Sous-section 2 - Composition du jury

Article R2162-22

Le jury est composé de **personnes indépendantes** des participants au concours. Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à un concours, **au moins un tiers des membres** du jury doit posséder cette **qualification** ou une qualification équivalente.

Note de service n°96-085 MO, 7 mai 1996 du directeur de la comptabilité publique :

« Lorsqu'une collectivité organise un concours pour un marché de maîtrise d'œuvre, elle doit prévoir l'organisation d'un jury qui donnera son avis sur le choix des candidats admis à concourir et sur l'attribution du marché. La composition de cette formation est spécifique. Le jury est formé par les membres de la commission d'appel d'offres qui se réunit lors des appels d'offres classiques. Il comprend également des personnalités compétentes dans la matière qui fait l'objet de la consultation, et un tiers de maîtres d'œuvre en principe indépendants de la maîtrise d'ouvrage. **Aucune disposition du code ne précise expressément si les personnalités compétentes et les architectes siégeant au sein du jury peuvent être indemnisés pour leur participation. En pratique, cela est possible, mais à noter que pour les collectivités locales, il faudra le prévoir expressément dans le cadre d'une décision de l'assemblée délibérante** ».

Personnes indépendantes

CE, 23 janvier 1976, n° 94856, Bergerioux

« Régularité de la composition du jury du concours d'architecture organisé pour l'aménagement du Centre Beaubourg à Paris, **dès lors qu'il n'est pas établi** qu'en raison de ses activités professionnelles comme de l'opinion qu'il aurait exprimée dans une brochure consacrée à l'ensemble architectural destiné à occuper l'emplacement libéré par le transfert des Halles, **le président du jury n'ait pas présenté les garanties d'impartialité à l'égard des candidats à un concours que ceux-ci sont en droit d'attendre du jury et de son président** ».

Au moins un tiers des membres du jury

CE, 10 octobre 1994, n° 121257, Commune de Béziers

« Considérant qu'aux termes de l'article 314 ter du code des marchés publics, applicable au concours d'architecture ouvert par la COMMUNE DE BEZIERS (Hérault) en vue de la construction d'un stade de "grands jeux" dans cette ville, le jury de concours "comporte... un tiers au moins de maîtres d'œuvre compétents eu égard à l'ouvrage à réaliser et à la nature des prestations à fournir au titre du marché de maîtrise d'œuvre" ; que le jury de concours désigné par le conseil municipal de Béziers, qui était

composé de treize membres, devait ainsi comporter au moins cinq maîtres d'œuvre au sens de ces dispositions ;

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que M. X..., M. C... et Mlle A..., architectes, le directeur général des services techniques municipaux et le directeur départemental de l'équipement, qui étaient membres du jury, devaient, en raison de leur formation ou de leur expérience, être regardés comme maîtres d'œuvre compétents eu égard à l'ouvrage à réaliser et à la nature des prestations à fournir ; que le moyen tiré de ce que le directeur départemental de l'équipement ne saurait être compté parmi les "maîtres d'œuvre compétents" au motif qu'il aurait siégé au sein du jury en qualité de représentant de l'administration ne saurait être retenu, dès lors que ni les dispositions de l'article 314 ter du code des marchés publics, ni celles du règlement du concours n'imposent la présence d'un représentant de l'administration au sein du jury ; que la COMMUNE DE BEZIERS est donc fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Montpellier a jugé que la composition du jury de concours n'était pas conforme à la condition fixée par le code des marchés publics en ce qui concerne la participation des maîtres d'œuvre ».

Qualification

Réponse ministérielle, JOAN (Q), 28 décembre 1998, Mon. TP, 15 janvier 1998, p. 294 : Lorsque l'opération nécessite un permis de construire, le jury doit comporter au moins un architecte.

CE, 10 octobre 1994, n° 121257, Commune de Béziers

« Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que M. X..., M. C... et Mlle A..., architectes, le directeur général des services techniques municipaux et le directeur départemental de l'équipement, qui étaient membres du jury, devaient, **en raison de leur formation ou de leur expérience**, être regardés comme maîtres d'œuvre compétents eu égard à l'ouvrage à réaliser et à la nature des prestations à fournir ; que le moyen tiré de ce que le directeur départemental de l'équipement ne saurait être compté parmi les "maîtres d'œuvre compétents" au motif qu'il aurait siégé au sein du jury en qualité de représentant de l'administration ne saurait être retenu, dès lors que ni les dispositions de l'article 314 ter du code des marchés publics, ni celles du règlement du concours n'imposent la présence d'un représentant de l'administration au sein du jury »

Article R2162-23

Pour les concours organisés par l'Etat, les membres du jury sont désignés selon les modalités suivantes :

1° En ce qui concerne les administrations centrales de l'Etat, les services à compétence nationale et les services déconcentrés qui ne sont pas placés sous l'autorité du préfet, par le ministre dont ils dépendent ;

2° En ce qui concerne les services déconcentrés de l'Etat placés sous l'autorité du préfet, par le préfet.

Article R2162-24

Pour les concours organisés par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux et des offices publics de l'habitat, les membres élus de la commission d'appel d'offres font partie du jury.

Article R2162-25

Pour les concours organisés par les acheteurs autres que ceux mentionnés aux articles R. 2162-23 et R. 2162-24, les membres du jury sont désignés selon les règles propres à chaque établissement.

Article R2162-26

Pour les groupements de commande mentionnés au I de l'article L. 1414-3 du code général des collectivités territoriales, les membres de la commission d'appel d'offres du groupement

font partie du jury. Pour les autres groupements de commande, la composition du jury est fixée par la convention de groupement.

Section 3 - Système de qualification des entités adjudicatrices

Article R2162-27

Les entités adjudicatrices peuvent recourir à un système de qualification établi par un tiers. Elles en informent les opérateurs économiques intéressés.

Sous-section 1 - Règles de publicité

Article R2162-28

Pour mettre en place un système de qualification, l'entité adjudicatrice publie un avis sur l'existence d'un tel système dans les conditions fixées à l'article R. 2131-19 et R. 2131-20. **Cet avis** mentionne son objet, sa durée et les modalités d'accès aux règles qui le gouvernent. Il est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.

Cet avis

TA. Montreuil, 23 février 2017, n°1510480

« Une entité adjudicatrice peut établir et gérer un système de qualification d'opérateurs économiques. Un système de qualification d'opérateurs économiques est un système de présélection d'opérateurs jugés aptes à réaliser tel ou tel type de prestations. / Pour le créer, l'entité adjudicatrice publie un avis sur l'existence d'un système de qualification dans les conditions prévues à l'article 16. Cet avis indique l'objet du système et les modalités d'accès aux critères et aux règles sur lesquels il repose. Il fixe sa durée ou indique qu'il est de durée indéterminée. Dans le cas où la durée de ce système est supérieure à trois ans, la publication de l'avis est renouvelée chaque année ».

Article R2162-29

L'entité adjudicatrice notifie à l'Office des publications de l'Union européenne tout changement de la durée du système en utilisant :

1° Un avis sur l'existence d'un système de qualification lorsque sa durée de validité est modifiée sans qu'il y soit mis un terme ;

2° Un avis d'attribution lorsqu'il est mis fin au système.

Sous-section 2 - Qualification des opérateurs économiques

Article R2162-30

Le système de qualification peut comprendre plusieurs stades de qualification.

L'entité adjudicatrice établit des règles et critères objectifs d'exclusion et de sélection des opérateurs économiques qui demandent à être qualifiés et des règles et critères objectifs de fonctionnement du système de qualification, portant sur des aspects tels que l'inscription au système, la mise à jour périodique des qualifications et la durée du système. Parmi ces critères, peut être retenue la capacité des candidats à respecter des spécifications techniques définies aux articles R. 2111-4, R. 2111-5, R. 2111-9 et R. 2111-10. Ces règles et ces critères peuvent être mis à jour.

Article R2162-31

Les entités adjudicatrices veillent à ce que les opérateurs économiques puissent à tout moment demander à être qualifiés. Les règles et les critères de qualification leur sont

communiqués sur leur demande. La mise à jour des règles et des critères est communiquée à tous les opérateurs économiques intéressés.
Les opérateurs économiques sont informés des décisions relatives à leur qualification dans les conditions de l'article R. 2181-5 et R. 2181-6.

Article R2162-32

Les entités adjudicatrices ne peuvent mettre fin à la qualification d'un opérateur économique que pour des raisons fondées sur les règles et critères mentionnés à l'article R. 2162-30. L'intention de mettre fin à la qualification est préalablement notifiée à cet opérateur, par écrit motivé, au moins quinze jours avant la date prévue pour mettre fin à la qualification.

Article R2162-33

Un relevé des opérateurs économiques qualifiés est conservé. Il peut être divisé en catégories par type de marchés pour la réalisation desquels la qualification est valable.

Article R2162-34

Lorsque des frais sont facturés pour les demandes de qualification, pour la mise à jour ou la conservation d'une qualification déjà obtenue en vertu du système, ils sont proportionnés aux coûts occasionnés.

Sous-section 3 - Règles de passation des marchés conclus sur la base d'un système de qualification

Article R2162-35

Lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, l'accès aux documents de la consultation est offert dès que possible et au plus tard à la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Lorsqu'une mise en concurrence est effectuée au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, les marchés de travaux, fournitures ou services couverts par le système de qualification sont attribués selon une procédure d'appel d'offres restreint ou une procédure avec négociation dans laquelle les participants sont sélectionnés parmi les candidats déjà qualifiés selon un tel système.

Article R2162-36

Lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur parce que l'entité adjudicatrice impose aux participants sélectionnés des exigences visant à protéger la confidentialité de certaines informations, cette dernière indique, dans les documents de la consultation, les mesures qu'elle impose en vue de protéger la confidentialité des informations ainsi que les modalités d'accès aux documents concernés.

Section 4 - Système d'acquisition dynamique

Sous-section 1 - Mise en place du système d'acquisition dynamique

Article R2162-37

Le système d'acquisition dynamique peut être subdivisé en catégories de fournitures, de services ou de travaux définies de manière objective sur la base des caractéristiques du marché à exécuter dans la catégorie concernée. Ces caractéristiques peuvent notamment renvoyer à la taille maximale autorisée de certains marchés spécifiques ou à une zone géographique précise dans laquelle certains marchés spécifiques seront exécutés.

Lorsque l'acheteur a subdivisé le système en catégories de produits, de services ou de travaux, il précise les critères de sélection applicables à chaque catégorie.

Article R2162-38

Lorsqu'il met en place un système d'acquisition dynamique et que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur respecte les règles de l'appel d'offres restreint sous réserve des dispositions des articles R. 2162-39, R. 2162-41 à R. 2162-47 et R. 2162-49 à R. 2162-51.

Paragraphe 1 - Formalités de publicité

Article R2162-39

Pour mettre en place un système d'acquisition dynamique, l'acheteur publie un avis d'appel à la concurrence. Cet avis mentionne l'intention de l'acheteur de recourir à un tel système et indique la période de validité du système.

Lorsqu'un système d'acquisition dynamique est mis en place par une centrale d'achat, l'avis d'appel à la concurrence indique en outre s'il est susceptible d'être utilisé par d'autres acheteurs.

Article R2162-40

Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur notifie à la Commission européenne tout changement de la durée de validité du système d'acquisition dynamique en utilisant les formulaires types suivants :

- 1° Le formulaire utilisé pour l'appel à la concurrence lorsque la durée de validité est modifiée sans qu'il soit mis fin au système ;
- 2° L'avis d'attribution mentionné aux articles R. 2183-1 à R. 2183-7 lorsqu'il est mis fin au système.

Paragraphe 2 - Documents de la consultation

Article R2162-41

L'acheteur offre par voie électronique, pendant toute la durée de validité du système, un accès libre, direct et complet aux documents de la consultation.

Article R2162-42

L'acheteur précise dans les documents de la consultation la nature des achats envisagés et leur quantité estimée ainsi que toutes les informations nécessaires concernant le système d'acquisition dynamique, y compris son éventuelle subdivision en catégories de produits, de services ou de travaux et les caractéristiques de ces catégories, les modalités de fonctionnement du système, l'équipement électronique utilisé et les arrangements et spécifications techniques de connexion.

Sous-section 2 - Sélection des opérateurs économiques participant au système d'acquisition dynamique

Article R2162-43

Tout opérateur économique peut demander à participer au système d'acquisition dynamique pendant sa durée de validité.

Article R2162-44

Le délai minimal de réception des candidatures est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

Après l'envoi de l'invitation à soumissionner pour le premier marché spécifique dans le cadre du système d'acquisition dynamique, aucun délai supplémentaire de réception des

candidatures n'est applicable.

Article R2162-45

L'acheteur procède à l'évaluation des candidatures dans un délai dix jours ouvrables après leur réception.

Ce délai peut être porté à quinze jours ouvrables lorsque cela est justifié, notamment parce qu'il est nécessaire d'examiner des documents complémentaires ou de vérifier d'une autre manière si les critères de sélection sont remplis.

L'acheteur peut prolonger la période d'évaluation des candidatures tant que l'invitation à soumissionner pour le premier marché spécifique n'a pas été envoyée. Il indique dans les documents de la consultation, la durée de la prolongation qu'il compte appliquer.

Article R2162-46

Les candidats qui satisfont aux critères de sélection sont admis dans le système. Leur nombre n'est pas limité.

L'acheteur informe dans les plus brefs délais les candidats.

Article R2162-47

A tout moment au cours de la période de validité du système d'acquisition dynamique, l'acheteur peut demander aux candidats admis d'actualiser leur dossier de candidature, dans un délai de cinq jours ouvrables à compter de la date d'envoi de cette demande.

Article R2162-48

Aucun frais ne peut être facturé avant ou pendant la période de validité du système d'acquisition dynamique aux opérateurs économiques intéressés ou participant au système d'acquisition dynamique.

Sous-section 3 - Règles de passation des marchés spécifiques conclus sur la base d'un système d'acquisition dynamique

Article R2162-49

Afin de procéder à l'attribution d'un marché spécifique, l'acheteur invite tous les candidats admis dans le système d'acquisition dynamique à présenter une offre dans les conditions des articles R. 2144-8 et R. 2144-9.

Lorsque le système est subdivisé en catégories de produits, de services ou de travaux, l'acheteur invite tous les candidats admis pour la catégorie correspondant au marché spécifique concerné.

Article R2162-50

Le délai minimal de réception des offres est de dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités publiques centrales dont la liste figure dans l'avis annexé au présent code et les entités adjudicatrices peuvent fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats invités à soumissionner, à condition que cette date soit la même pour tous.

En l'absence d'accord sur la date limite de réception des offres, le délai fixé ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Article R2162-51

Le marché spécifique est attribué au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base des critères d'attribution définis dans l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif, dans l'invitation à confirmer l'intérêt. Ces critères peuvent, le cas

échéant, être précisés dans l'invitation à soumissionner.

Section 5 - Catalogues électroniques

Article R2162-52

Lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques est requise, l'acheteur peut exiger que les offres soient présentées sous la forme d'un catalogue électronique ou qu'elles comportent un tel catalogue.

TA Cergy-Pontoise, 3 décembre 2015, n°1509913, Société Logitud Solutions

« Au cas présent, la commune de Clichy-la-Garenne a exigé des candidats, à l'article 4 du règlement de la consultation, qu'ils produisent à l'appui de leur offre non seulement un bordereau des prix unitaires portant sur les prestations faisant l'objet du marché, mais également un catalogue des prix fournisseur. L'article 2 de l'acte d'engagement prévoit que les prestations seront rémunérées par application aux quantités réellement exécutées soit des prix du bordereau des prix unitaires, soit des prix du catalogue auxquels sera appliqué un rabais à fixer. La commune a ainsi entendu par les documents contractuels se réserver la possibilité de demander au titulaire l'exécution de prestations qui ne figurent pas au bordereau de prix unitaires.

Le fait pour un pouvoir adjudicateur, comme au cas présent, de **renvoyer à un catalogue des prix fournisseur sans préciser dans les documents de la consultation la nature et l'étendue des prestations attendues dans le cadre de ce catalogue ne met pas les candidats à même de présenter une offre en connaissance de cause des besoins du pouvoir adjudicateur à satisfaire, alors que ceux-ci doivent être définis au préalable** conformément à l'article 5 du code des marchés publics ».

CE, 15 février 2013, n°363854, Société SFR

« Considérant que l'article 8.2 du cahier des clauses administratives particulières prévoit que les prix seront déterminés par les prix unitaires tels qu'ils figurent dans la liste des prix constituée par l'extrait de catalogue tarifaire de l'attributaire, affectés de la remise consentie par ce dernier ; que la société SFR n'est, dès lors, pas fondée à soutenir que le marché litigieux ne prévoirait pas un système de prix définitif ; qu'en outre et contrairement à ce que soutient la société SFR, l'article 18 précité ne fait pas non plus obstacle à ce que les parties conviennent, comme c'est le cas en l'espèce et sans qu'une telle clause puisse être qualifiée de potestative, que les prix pourront être ajustés, à la hausse ou à la baisse, en fonction des tarifs indiqués dans le catalogue global de l'attributaire à la date de l'exécution de la prestation ; qu'au surplus, l'impact de ce mécanisme est limité à la hausse par l'article 8.4.3. du cahier des clauses administratives particulières qui permet la résiliation du marché si l'ajustement des tarifs conduit à une augmentation annuelle de plus de trois pour cent par rapport aux tarifs initialement proposés par le titulaire du marché ».

Article R2162-53

L'acheteur indique dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans l'invitation à soumissionner s'il autorise ou exige la présentation des offres sous la forme d'un catalogue électronique.

Il précise également, dans les documents de la consultation, toutes les informations requises en ce qui concerne le format, l'équipement électronique utilisé ainsi que les modalités de connexion et les spécifications techniques du catalogue.

Article R2162-54

Les catalogues électroniques sont établis par les candidats ou les soumissionnaires conformément aux spécifications techniques et au format prévus par l'acheteur. Ils respectent les exigences applicables aux moyens de communication électronique ainsi que toute exigence supplémentaire définie par l'acheteur conformément aux dispositions des articles R. 2132-1, à R. 2132-7 et R. 2132-11 à R. 2132-13.

Les offres présentées sous la forme d'un catalogue électronique peuvent être accompagnées

de documents complémentaires.

Article R2162-55

Lorsque, dans le cadre de la procédure de passation d'un accord-cadre conclu avec plusieurs opérateurs économiques, des offres ont été présentées sous la forme de catalogues électroniques, l'acheteur peut prévoir que la remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre pour l'attribution des marchés subséquents est effectuée sur la base des catalogues actualisés.

Dans ce cas, l'acheteur utilise l'une des méthodes suivantes :

- 1° Soit il invite les titulaires de l'accord-cadre à présenter de nouveau leurs catalogues électroniques, adaptés aux exigences du marché subséquent ;
- 2° Soit il informe les titulaires de l'accord-cadre qu'il entend recueillir, à partir des catalogues électroniques déjà présentés, les informations nécessaires pour constituer des offres adaptées aux exigences du marché subséquent, pour autant que l'utilisation de cette méthode ait été annoncée dans les documents de la consultation de l'accord-cadre. Dans ce cas, l'acheteur informe les titulaires de l'accord-cadre de la date et de l'heure à laquelle il entend procéder à cette collecte d'information et leur donne la possibilité de refuser cette collecte. Il prévoit un délai adéquat entre la notification et la collecte effective des informations. Avant d'attribuer le marché subséquent, l'acheteur transmet les informations collectées à chaque titulaire concerné afin de lui permettre de contester ou de confirmer que l'offre ainsi constituée ne comporte pas d'erreurs matérielles.

Article R2162-56

L'acheteur peut attribuer des marchés spécifiques dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique en exigeant que les offres soient présentées sous la forme d'un catalogue électronique.

Il peut également attribuer des marchés spécifiques conformément aux dispositions du 2° de l'article R. 2162-55, à condition que la demande de participation au système d'acquisition dynamique soit accompagnée d'un catalogue électronique conforme aux spécifications techniques et au format prévus par l'acheteur. Ce catalogue est ensuite complété par les candidats lorsqu'ils sont informés de l'intention de l'acheteur de constituer des offres en procédant à la collecte d'information.

Section 6 - Enchères électroniques

Article R2162-57

L'enchère électronique porte :

- 1° Soit uniquement sur le prix lorsque le marché est attribué sur la base ce seul critère ;
- 2° Soit sur le prix ou sur d'autres éléments quantifiables indiqués dans les documents de la consultation lorsque le marché est attribué sur la base du coût ou d'une pluralité de critères.

Article R2162-57 Version en vigueur à partir du 21 août 2026

Modifié par Décret n°2022-767 du 2 mai 2022 - art. 3

L'enchère électronique porte sur le prix ou sur d'autres éléments quantifiables indiqués dans les documents de la consultation.

L'enchère électronique

DAJ, décembre 2012, Dématérialisation des marchés publics : Guide pratique, page 14.

Article R2162-58

L'acheteur qui décide de recourir à une enchère électronique en fait mention dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, lorsque l'appel à la concurrence a été réalisé au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, dans l'invitation à

soumissionner.

Article R2162-59

Les documents de la consultation de l'enchère électronique comprennent les informations suivantes :

- 1° Les éléments des offres sur lesquels porte l'enchère ;
- 2° Le cas échéant, les valeurs minimales et maximales qui pourront être présentées ;
- 3° La nature des informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère et le moment où elles le seront ;
- 4° Les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère, notamment les conditions dans lesquelles les soumissionnaires pourront enchérir et les écarts minimaux qui, le cas échéant, seront exigés pour enchérir ;
- 5° Les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion.

Article R2162-60

L'enchère électronique intervient après une première évaluation complète des offres conformément aux critères d'attribution, permettant leur classement sur la base d'un traitement automatisé.

Article R2162-61

Tous les soumissionnaires qui ont présenté des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables sont invités simultanément, par des moyens électroniques, à participer à l'enchère électronique en utilisant les connexions, à la date et à l'heure spécifiées, conformément aux instructions figurant dans l'invitation.

Article R2162-62

L'invitation adressée à chaque soumissionnaire est accompagnée du résultat de l'évaluation complète de son offre réalisée en application de l'article R. 2162-60.

Elle mentionne également la formule mathématique qui déterminera, lors de l'enchère électronique, les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix ou des nouvelles valeurs présentés. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, telle qu'indiquée dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. Le cas échéant, les fourchettes sont réduites à une valeur déterminée.

Lorsque des variantes sont autorisées, une formule distincte est fournie pour chaque variante.

Article R2162-63

L'enchère électronique peut se dérouler en plusieurs phases successives. Elle ne peut débuter moins de deux jours ouvrables après la date d'envoi des invitations.

Article R2162-64

Au cours de chaque phase de l'enchère électronique, l'acheteur communique instantanément à tous les soumissionnaires les informations leur permettant de connaître à tout moment leur classement respectif. Il peut également annoncer le nombre de participants à la phase de l'enchère et communiquer, si les documents de la consultation le prévoient, les prix ou valeurs présentés par les autres soumissionnaires. Cependant, il ne peut en aucun cas divulguer l'identité des soumissionnaires.

Article R2162-65

L'acheteur clôt l'enchère électronique selon une ou plusieurs des modalités suivantes :

- 1° A la date et à l'heure fixées dans l'invitation à participer à l'enchère ;

2° Lorsqu'il ne reçoit plus de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs répondant aux exigences relatives aux écarts minimaux, à condition d'avoir préalablement précisé le délai qu'il observera à partir de la réception de la dernière offre avant de clôturer l'enchère ;

3° Lorsque toutes les phases de l'enchère, prévues dans l'invitation à participer à l'enchère ont eu lieu.

Lorsque l'acheteur entend clore l'enchère conformément aux dispositions du 3°, le cas échéant en combinaison avec les modalités prévues au 2°, l'invitation à participer indique le calendrier de chaque phase de l'enchère.

Article R2162-66

Après la clôture de l'enchère électronique, le marché est attribué en fonction des résultats de celle-ci et sous réserve du respect des dispositions des articles R. 2152-3 à R. 2152-5.

Titre VII - RÈGLES APPLICABLES À CERTAINS MARCHÉS

Chapitre Ier - Règles applicables à certains marchés globaux

Article L2171-1

Sont des marchés globaux passés par dérogation au principe d'allotissement :

- 1° Les marchés de conception-réalisation ;
- 2° Les marchés globaux de performance ;
- 3° Les marchés globaux sectoriels.

Fiche DAJ relative à la publication de l'ordonnance n° 2023-660 du 26 juillet 2023 relative aux violences urbaines survenues du 27 juin au 5 juillet 2023

« L'article 3 de l'ordonnance crée un nouveau cas de recours au marché de conception-réalisation permettant aux maîtres d'ouvrage soumis au livre IV du code de la commande publique de passer un seul marché, quel que soit le montant estimé des travaux, confiant à la même entreprise ou au même groupement d'entreprises une mission globale portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux nécessaires à la reconstruction ou à la réfection des équipements et bâtiments dégradés ou détruits lors des violences urbaines.

Les acheteurs ne seront donc pas tenus de justifier qu'ils se trouvent dans l'une des situations permettant de recourir au marché de conception-réalisation mentionnées au deuxième alinéa de l'article L. 2171-2.

La seule condition à respecter est celle commune aux trois dérogations prévues par l'ordonnance : le marché devra porter sur des équipements publics et des bâtiments affectés par des dégradations ou destructions liées aux troubles à l'ordre et à la sécurité publics survenus entre le 27 juin et le 5 juillet 2023 ».

Les maîtres d'ouvrages peuvent également passer, sur le fondement de l'ordonnance, des marchés globaux de performance prévus à l'article L. 2171-3 du code et permettant d'associer l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance.

En revanche, l'ordonnance ne déroge pas à l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre prévue à l'article L. 2171-7 ni aux dispositions de l'article L. 2171-8 qui imposent au titulaire du marché global de confier une part de son exécution à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans.

Afin de permettre aux acheteurs concernés de disposer du temps nécessaire tant à la réalisation des diverses expertises préalables, qu'à l'obtention des autorisations administratives nécessaires et à la définition précise du besoin et des cahiers des charges, l'ordonnance prévoit qu'ils pourront bénéficier de ces dérogations pendant un délai de neuf mois à compter de son entrée en vigueur, soit jusqu'au 28 avril 2024 inclus ».

Ordonnance n° 2020-738 du 17 juin 2020 portant diverses mesures en matière de commande publique

Article 2

Les marchés globaux mentionnés à l'article L. 2171-1 du code de la commande publique prévoient la

part minimale de l'exécution du marché que le titulaire s'engage à confier directement ou indirectement à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans. Cette part ne peut être inférieure à 10 % du montant prévisionnel du marché sauf lorsque la structure économique du secteur concerné ne le permet pas.

L'acheteur tient compte, parmi les critères d'attribution du marché global, de la part d'exécution du marché que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans.

Ces dispositions ne sont pas applicables aux marchés de défense et de sécurité, lorsqu'il est fait application de l'article L. 2371-1.

Article 4

I. - La présente ordonnance s'applique aux marchés publics et aux concessions pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de son entrée en vigueur.

II. - Les dispositions des articles 1er et 2 s'appliquent jusqu'au 10 juillet 2021.

CAA Nantes, 10 juillet 2020, n° 19NT00091, Société LST Ropeway Systems

« En 2015, la communauté d'agglomération Orléans-Val de Loire a entrepris la réalisation d'une liaison aérienne par câble (téléphérique) entre la gare de la commune de Fleury-les-Aubrais et la future place Danton, au sein de cette même commune. [...] la SEMDO agissant en qualité de mandataire de la communauté d'agglomération, a engagé une procédure de dialogue compétitif en vue de l'attribution d'un marché public global de performance ayant pour objet la conception, la réalisation et la maintenance de la liaison aérienne par câble ».

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

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

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

Section 1 - Caractéristiques des marchés globaux

Sous-section 1 - Marché de conception-réalisation

Article L2171-2

Le marché de conception-réalisation est un marché de travaux permettant à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.

Les acheteurs soumis aux dispositions du livre IV ne peuvent conclure un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si **des motifs d'ordre technique** ou un engagement contractuel portant sur **l'amélioration de l'efficacité énergétique** ou la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un tel marché est confié à un groupement d'opérateurs économiques. Il peut toutefois être confié à un seul opérateur économique pour les ouvrages d'infrastructures.

Toutefois, les conditions mentionnées au précédent alinéa ne sont pas applicables aux marchés de

conception-réalisation relatifs à la réalisation de logements locatifs aidés par l'Etat financés avec le concours des aides publiques mentionnées au 1° de l'article L. 301-2 du code de la construction et de l'habitation, lorsqu'ils sont conclus par les acheteurs mentionnés au 4° de l'article L. 2411-1.

Article R2171-1

Les **motifs d'ordre technique** justifiant le recours à un marché de conception-réalisation sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage.

Sont concernés des ouvrages dont l'utilisation conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des ouvrages dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques.

Motifs d'ordre technique

TA Montpellier, du 28-03-2019, n° 1704222, M. C.

« 7. **Il ne résulte** toutefois pas de l'instruction que ce **choix de construction de la salle multimodale de Narbonne exigeait, au regard tant de ses dimensions, des contraintes acoustiques, des matériaux utilisés que des exigences de modularité pour accueillir à brefs délais des événements différents et des contraintes susceptibles d'en résulter, un mode de construction spécifique** présentant des difficultés techniques particulières telles qu'elles auraient nécessité d'associer les entrepreneurs aux études de l'ouvrage ».

CE, 8 juillet 2005, n°268610, Communauté d'agglomération de Moulins

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions que la passation d'un marché de conception-réalisation, qui modifie les conditions d'exercice de la fonction de maître d'œuvre, ne peut avoir lieu que dans des circonstances particulières ; que, pour justifier, en l'espèce, le recours à une telle procédure au regard des dispositions précitées du second alinéa de l'article 37 du code des marchés publics, la communauté d'agglomération de Moulins, qui n'alléguait pas que l'atelier-relais en cause était au nombre des « ouvrages dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception et la réalisation » et reconnaissait que ses dimensions ne pouvaient être regardées comme « exceptionnelles », invoquait, devant le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Clermont-Ferrand, les « contraintes particulières » résultant, en ce qui concerne la « recherche de forme architecturale », la « détermination des matériaux et des structures » à utiliser et le choix des « procédés de construction » à mettre en œuvre, des caractéristiques d'un tel ouvrage ; qu'en estimant, dans ces conditions, qu'il ne résultait pas de l'instruction que « la réalisation de l'atelier-relais pour dirigeables projeté présente, eu égard à la destination de l'ouvrage, à ses dimensions, à sa structure et à la nature des matériaux mis en œuvre, des difficultés techniques particulières justifiant le recours à la procédure propre aux marchés de conception-réalisation », pour en déduire que la communauté d'agglomération de Moulins avait méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Clermont-Ferrand, qui n'avait pas à rechercher si le recours à une telle procédure était susceptible d'être justifié au regard des autres hypothèses visées par l'article 37 du code des marchés publics, a suffisamment motivé sa décision et n'a pas commis d'erreur de droit ».

CAA Nancy, 5 août 2004, n° 01NC00110, Delrez

« Le motif tiré des impératifs de délais ne constitue pas un motif d'ordre technique au sens des dispositions précitées de l'article 18 de la loi du 12 juillet 1985 modifiée ; que, si la superficie du complexe multisports est, eu égard à sa destination, très importante, l'ouvrage ne présente toutefois pas des dimensions exceptionnelles pouvant être regardées comme constituant un motif d'ordre technique au sens des dispositions du même article 18 rapprochées de celles de l'article 304 du code des marchés publics, alors en vigueur, et rendant nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études ; que ne constituent pas non plus de tels motifs techniques les contraintes d'exécution dont fait état la ville de Metz, liées, d'une part à la situation du terrain, en zone urbaine, proche d'une rivière, au dessus d'une nappe phréatique, et à la nature dudit terrain, constitué de remblais et susceptible de receler des

vestiges historiques, d'autre part, aux activités sportives variées et aux spectacles musicaux que l'équipement doit accueillir ; que, par suite, la ville de Metz ne pouvait légalement pas, par la délibération susvisée, décider de recourir à la procédure de conception-réalisation ».

CE, 17 mars 1997, n° 155573, Syndicat national du béton armé, des techniques industrialisées et de l'entreprise générale

« Considérant qu'aux termes de l'article 18-I de la loi susvisée du 12 juillet 1985 : "Le maître de l'ouvrage peut confier par contrat ... une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux lorsque des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage" ; que les articles 1er, 15 et 18 du décret attaqué précisent que le maître de l'ouvrage "ne peut recourir au contrat de conception-réalisation que si l'association de l'entrepreneur aux études est nécessaire pour réaliser l'ouvrage, en raison de motifs techniques liés à sa destination ou à sa mise en œuvre technique. Sont concernées les opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques intrinsèques appellent une exécution dépendant des moyens et de la technicité des entreprises" ; qu'en limitant la possibilité du recours au contrat de conception-réalisation aux hypothèses où "des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études", le législateur n'a pas entendu permettre le recours à ce type de contrat en cas d'urgence ; que le moyen tiré de ce que le décret attaqué limiterait la possibilité de recourir au contrat de conception-réalisation aux opérations dont la finalité majeure est "la production" manque en fait ; que dans le cas où un impératif de délai ou des contraintes liées au site imposent le recours à des procédés techniques particuliers, le recours au marché de conception-réalisation peut être justifié par les caractéristiques intrinsèques de l'opération envisagée ; qu'ainsi, les dispositions du décret attaqué ne sauraient être regardées comme ayant restreint les possibilités de recours au contrat de conception-réalisation par rapport aux conditions posées par la loi ».

TA Toulouse, 21 novembre 1996, Conseil Régional de l'Ordre des Architectes de Midi-Pyrénées

« Les contraintes techniques générales et particulières [pour la construction d'un laboratoire départemental d'analyse] ne diffèrent en rien [...] des contraintes dans lesquelles doit s'inscrire la conception des bâtiments dont la construction est réalisée en vue d'une affectation à un service chargé d'une mission de santé publique ; qu'ainsi, les normes au respect desquelles est conditionnée l'accréditation donnée par le réseau national d'essais ne sont pas susceptibles d'être regardées comme pouvant figurer au nombre des motifs d'ordre technique qui rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage ».

TA Lyon, 24 juin 1996, Monsieur Jean-Claude Chamberlain

« Il résulte de l'instruction que la conception et la réalisation d'un parking souterrain, place Jean Jaurès à Saint-Etienne, au centre ville, sont de nature à entraîner d'importantes difficultés liées à un ouvrage enterré de grande profondeur, affectant les nappes phréatiques superficielles et profondes et l'environnement de la fouille, par l'utilisation éventuelle d'explosifs, les solutions techniques diverses, affectant fortement les coûts et les délais ; qu'ainsi, cet ouvrage sans précédent dans la ville entre dans le champ d'application des dispositions qui précèdent ».

L'amélioration de l'efficacité énergétique

CAA Nantes, 9 novembre 2018, n° 17NT01596, conseil régional de l'ordre des architectes des Pays-de-la-Loire

« 3. En premier lieu, il résulte de ces dispositions que la passation d'un marché de conception-réalisation, qui modifie les conditions d'exercice de la mission de maître d'œuvre, en principe distincte de celle d'entrepreneur, ne peut avoir lieu que dans des **circonstances particulières d'interprétation stricte**. Il résulte de l'instruction que, pour décider de la passation d'un marché de conception-réalisation, le département de la Loire-Atlantique s'est fondé, d'une part, **sur un objectif de performance énergétique supérieur de 10% à la norme thermique RT 2012**, d'autre part, sur des **motifs d'ordre technique tenant au caractère innovant et complexe du projet**, en ce qu'il portait sur la réalisation d'un collège dit "modulaire", c'est-à-dire extensible et/ou, en tout ou partie,

démontable et transférable, afin de permettre d'augmenter ou de réduire ses capacités d'accueil en fonction de l'évolution des besoins et des effectifs.

4. Toutefois, d'une part et en tout état de cause, il ne résulte pas de l'instruction que, au regard de la nature de la construction envisagée comme du procédé constructif retenu et des matériaux dont l'emploi était prévu, **l'objectif d'un niveau de performance énergétique supérieur de 10 % à la norme thermique RT 2012, issue de la loi précitée du 3 août 2009, représentait en lui-même une contrainte ou une complexité telle qu'elle exigeait d'associer nécessairement les opérateurs de maîtrise d'œuvre et les entreprises de construction dès le stade de l'établissement des études.** »

Sous-section 2 - Marché global de performance

Article L2171-3

Le marché global de performance associe l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance. Ces objectifs sont définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.

Le marché global de performance comporte des engagements de performance mesurables.

Article R2171-2

Les prix des prestations de réalisation, d'exploitation ou de maintenance du marché global de performance apparaissent de manière séparée dans le marché.

La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance du marché global de performance est liée à l'atteinte des engagements de performances mesurables, fixées par le marché pour toute sa durée.

La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance

Loi n° 2023-222 du 30 mars 2023 visant à ouvrir le tiers-financement à l'État, à ses établissements publics et aux collectivités territoriales pour favoriser les travaux de rénovation énergétique

Décret n° 2023-913 du 3 octobre 2023 relatif aux marchés globaux de performance énergétique à paiement différé

Article R2171-3

Pour attribuer le marché global de performance, l'acheteur se fonde sur une pluralité de critères parmi lesquels figurent le critère du coût global ainsi qu'un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance définis en fonction de l'objet du marché.

CAA de Paris, 30 juin 2017, n°15PA00443 et n°15PA00445, Sté Citelum

« Que ce marché, qui portait essentiellement sur des prestations d'assistance à maîtrise d'ouvrage, de travaux de performance énergétique, de traitement de la vétusté, du vandalisme, de renforcement, de remplacement d'installations accidentées, d'entretien, de fournitures de matériel et de service exploitation maintenance, **avait vocation à substituer aux trente-cinq contrats alors en vigueur** relatifs aux prestations d'éclairage public et de signalisation lumineuse un contrat unique visant à atteindre les objectifs du " plan climat " parisien »

Sous-section 3 - Dispositions communes aux marchés globaux comportant des prestations de conception d'un ouvrage de bâtiment

Article D2171-4

Pour les marchés globaux comportant des prestations de conception d'un ouvrage de

bâtiment, une mission de base est confiée à l'équipe de maîtrise d'œuvre qui comporte les éléments de mission suivants :

- 1° Les études d'avant-projet définitif ;
- 2° Les études de projet ;
- 3° Les études d'exécution ;
- 4° Le suivi de la réalisation des travaux ;
- 5° L'assistance au maître d'ouvrage aux opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement.

Cette mission peut également comprendre les études d'esquisse et les études d'avant-projet sommaire.

Ces éléments de mission sont définis à la présente sous-section.

Paragraphe 1 - Les études d'esquisse

Article D2171-5

Les études d'esquisse ont pour objet de :

- 1° Proposer une ou plusieurs solutions d'ensemble, traduisant les éléments majeurs du programme, et d'en indiquer les délais de réalisation ;
- 2° Vérifier la faisabilité de l'opération au regard des différentes contraintes du programme et du site.

Paragraphe 2 - Les études d'avant-projet

Article D2171-6

Les études d'avant-projet sommaire ont pour objet de :

- 1° Préciser la composition générale en plan et en volume ;
- 2° Apprécier les volumes intérieurs et l'aspect extérieur de l'ouvrage ;
- 3° Proposer les dispositions techniques pouvant être envisagées et, le cas échéant, préconiser des études complémentaires des ouvrages existants notamment dans le cadre des opérations de réutilisation et de réhabilitation ;
- 4° Participer à la vérification du calendrier de réalisation et, le cas échéant, le découpage en tranches fonctionnelles ;
- 5° Participer à la vérification de la cohérence des éléments architecturaux, techniques et économiques avec l'économie générale du marché global.

Article D2171-7

Les études d'avant-projet définitif ont pour objet de :

- 1° Déterminer les surfaces détaillées de tous les éléments du programme ;
- 2° Arrêter en plans, coupes et façades, les dimensions de l'ouvrage, ainsi que son aspect ;
- 3° Définir les principes constructifs, les matériaux et les installations techniques ;
- 4° Participer à la vérification de la cohérence des éléments du projet et des prestations avec l'économie générale du marché global.

Article D2171-8

Pour les ouvrages de construction neuve de logements, les études d'avant-projet sommaire et d'avant-projet définitif peuvent être exécutées en une seule phase d'études.

Article D2171-9

Les études d'avant-projet sommaire et d'avant-projet définitif comprennent l'établissement des dossiers et les consultations relevant de la compétence de la maîtrise d'œuvre et nécessaires à l'obtention du permis de construire et des autres autorisations administratives, ainsi que l'assistance au maître d'ouvrage au cours de leur instruction.

Paragraphe 3 - Les études de projet

Article D2171-10

Les études de projet ont pour objet de :

- 1° Préciser par des plans, coupes et élévations, les formes des différents éléments de la construction, la nature et les caractéristiques des matériaux et les conditions de leur mise en œuvre ;
- 2° Déterminer l'implantation et l'encombrement de tous les éléments de structure et de tous les équipements techniques ;
- 3° Préciser les tracés des alimentations et évacuations de tous les fluides ;
- 4° Transmettre au maître d'ouvrage les éléments lui permettant d'estimer les coûts d'exploitation de l'ouvrage ;
- 5° Participer à la vérification de la cohérence des éléments du projet et des prestations avec l'économie générale du marché global.

Paragraphe 4 - Les études d'exécution

Article D2171-11

Les études d'exécution permettent la réalisation de l'ouvrage. Elles ont pour objet, pour l'ensemble de l'ouvrage, d'établir tous les plans d'exécution et spécifications à l'usage du chantier ainsi que les plans de synthèse correspondants, sans nécessiter pour l'opérateur économique chargé de la construction, d'études complémentaires autres que celles concernant les plans d'atelier et de chantier, relatifs aux méthodes de réalisation, aux ouvrages provisoires et aux moyens de chantier.

Article D2171-12

Lorsque des études d'exécution ou des plans de synthèse ne sont pas réalisés par l'équipe de maître d'œuvre identifiée dans le marché global, celle-ci s'assure que les documents qu'elle n'a pas établis respectent les dispositions du projet et, dans ce cas, leur délivre son visa.

Paragraphe 5 - Le suivi de la réalisation des travaux

Article D2171-13

L'équipe de maîtrise d'œuvre est chargée du suivi de la réalisation des travaux et, le cas échéant, de leur direction.

Le suivi de la réalisation des travaux a pour objet, d'une part, de s'assurer que les documents d'exécution ainsi que les ouvrages en cours de réalisation respectent les dispositions des études effectuées et sont conformes au marché global et, d'autre part, que les demandes de paiement sont cohérentes avec l'avancement des travaux. Il comprend la participation aux réunions de chantier et le visa des procès-verbaux.

La direction des travaux a pour objet d'organiser et diriger les réunions de chantier et en établir les procès-verbaux.

Paragraphe 6 - L'assistance aux opérations de réception et à la mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement

Article D2171-14

L'équipe de maîtrise d'œuvre est associée aux opérations de réception et à la mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement. Elle participe ainsi :

- 1° Aux opérations préalables à la réception des travaux ;
- 2° Au suivi des réserves formulées lors de la réception des travaux jusqu'à leur levée ;
- 3° A l'examen des désordres signalés par le maître d'ouvrage ;

4° A la constitution du dossier des ouvrages exécutés, nécessaire à leur exploitation.

Section 2 - Procédure de passation des marchés globaux applicable aux acheteurs soumis au livre IV

Article R2171-15

Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, les acheteurs soumis au livre IV passent des marchés globaux de conception-réalisation ou de performance selon l'une des procédures mentionnées aux articles R. 2124-2 à R. 2124-6 sous réserve des dispositions de la présente section.

Article R2171-16

Un jury est désigné par l'acheteur à l'exception des cas suivants :

- 1° Pour les marchés de conception-réalisation passés par les pouvoirs adjudicateurs dans les hypothèses énumérées aux 1° à 3° et au 5° de l'article R. 2172-2 ;
- 1° bis Pour les marchés globaux de performance passés par les pouvoirs adjudicateurs dans les hypothèses énumérées à l'article R. 2172-2 ;
- 2° Pour les marchés de conception-réalisation et les marchés globaux de performance passés par les entités adjudicatrices selon la procédure de dialogue compétitif ou selon la procédure avec négociation.

CE, 11 Février 2022, n° 453111, Conseil national de l'ordre des architectes

« Si le recours à un jury a notamment pour objet d'assurer l'impartialité et la transparence de la procédure de passation dans laquelle il s'inscrit, il ne s'ensuit pas qu'une telle procédure méconnaîtrait ces principes, dont le respect est notamment assuré par les dispositions précitées de l'article L. 3, du seul fait qu'elle ne prévoit la constitution d'aucun jury. Le moyen tiré de ce que les dispositions attaquées méconnaîtraient les principes d'impartialité et de transparence en soustrayant de nouvelles catégories de marchés globaux à l'obligation de constituer un jury ne peut, dès lors, qu'être écarté ».

Article R2171-17

Le jury est composé de personnes indépendantes des candidats. Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à la procédure, au moins un tiers des membres du jury doit posséder cette qualification ou une qualification équivalente.

TA de Versailles, 9 Juillet 2024, n° 2207150

« Un premier jury s'est tenu le 15 mars 2022 pour donner un avis sur la sélection des candidatures, composé de 14 membres, parmi lesquels siégeaient deux architectes et un ingénieur au titre des personnalités qualifiées, auxquels les défendeurs ajoutent un membre de commission d'appel d'offres qui est architecte et un adjoint au maire qui est ingénieur. Toutefois, deuxième jury qui s'est réuni le 28 juin 2022 pour donner un avis sur la sélection des offres était composé de 12 membres et ne comptait parmi ses membres que deux ingénieurs et aucun architecte. Par suite, les requérants sont fondés à soutenir que la composition du jury du 28 juin 2022 méconnaissait les dispositions de l'article R. 2171-17 du code de la commande publique ».

Article R2171-18

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir. L'acheteur arrête la liste des candidats admis à réaliser des prestations.

Les candidats admis exécutent des prestations sur lesquelles se prononce le jury, après les avoir entendus. Ces prestations comportent au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou, pour un ouvrage d'infrastructure, un avant-projet accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage.

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats et formule un avis motivé.

L'acheteur peut demander des clarifications ou des précisions concernant les offres, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, et les offres finales, dans le cadre des autres procédures. Ces précisions, clarifications ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché.

Le marché est attribué au vu de l'avis du jury.

Section 3 - Versement d'une prime

Article R2171-19

Lorsque les documents de la consultation des marchés globaux prévoient la remise de prestations, ils indiquent le montant de la prime qui sera versée aux soumissionnaires ainsi que ses **modalités de réduction ou de suppression** :

1° Pour la passation d'un marché de conception-réalisation lorsque celui-ci est passé par un acheteur soumis aux dispositions du livre IV de la présente partie ;

2° Pour la passation d'un marché global de performance qui comporte des prestations de conception.

Modalités de réduction ou de suppression

TA de Caen, 19 septembre 2024, n° 2201945

« Les décisions attaquées des 15 mars et 21 juin 2022 du département du Calvados d'attribuer à la société Charpente Cenomane une prime réduite à la somme de 12 500 euros, au lieu de 25 000 euros, ont le caractère de mesures d'exécution du contrat ayant pour objet la remise de prestations conformes aux documents de la consultation du marché de conception-réalisation pour la construction d'une agence routière départementale et un centre d'exploitation de Bayeux. Dès lors, il n'appartient pas au juge du contrat d'en prononcer l'annulation. Il en résulte que les conclusions de la requête tendant à l'annulation de ces décisions sont irrecevables et doivent, par suite, être rejetées ».

CAA Marseille, 07 mars 2022, n°20MA00620, Société Averous et Simay

« Il résulte des stipulations précitées de l'article 5 du règlement de concours que le département des Bouches-du-Rhône ne pouvait décider une réduction ou la suppression de la prime de concours au bénéfice des concurrents non retenus que sur proposition du jury. La société requérante conteste l'authenticité du procès-verbal de jury sur ce point et soutient que la proposition de suppression de la prime n'a pas été adoptée par le jury de concours. Elle fait valoir à cet effet que la proposition, soumise au vote du jury de concours, a donné lieu à un résultat de quatre voix contre quatre. [...] Aucune disposition du code des marchés publics ni aucune stipulation du règlement de consultation n'attribuent à la voix du président de jury un caractère prépondérant. Dans ces conditions, la société Averous et Simay est fondée à soutenir que la proposition de suppression de la prime de concours n'a pas été votée à la majorité des membres du jury et qu'elle n'a pas été régulièrement adoptée ».

CE, 5 août 2009, n° 322998, Commune de Deauville

« Considérant qu'il résulte nécessairement de ces dispositions que les candidats qui ont été admis à participer à un concours restreint d'architecture et d'ingénierie organisé pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre, sont en droit de bénéficier de la prime qu'elles prévoient à la condition que les études remises soient conformes au règlement du concours ; qu'ainsi, en jugeant que l'article 13 du règlement de consultation du concours qui prévoyait que la prime pourrait être réduite ou supprimée notamment si l'offre ne répondait pas au programme du concours méconnaissait les dispositions précitées de l'article 74 du code des marchés publics alors en vigueur, la cour a donc commis une erreur de droit ».

CAA Marseille, 22 mars 2004, n° 04MA00223

« Considérant qu'il résulte des dispositions qui précèdent qu'en prévoyant de verser, au profit des concepteurs ayant participé au concours d'architecture et d'ingénierie organisé en vue de l'aménagement et de l'extension de l'Hôtel de Ville, une indemnité d'un montant maximal de 54.000 euros, la Commune d'Hyères a entendu s'imposer une obligation dont peuvent se prévaloir à son encontre, sauf décision contraire du jury, les concepteurs intéressés ; qu'ainsi, la circonstance que la Commune ait décidé, sans décision du jury en ce sens, et, par suite, en méconnaissance des dispositions précitées, de réduire de moitié le montant de l'indemnité à verser à la société requérante, est sans incidence sur l'étendue de l'obligation invoquée et sur le bien fondé de la demande de provision ».

Article R2171-20

Le montant de la prime attribué à chaque soumissionnaire est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par les documents de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.

CE, 14 février 2014, n° 362331, M. A

« Le montant de la prime attribuée à chaque candidat est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par le règlement de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %. La rémunération de l'attributaire du marché tient compte de la prime qu'il a reçue » ; **que l'article 2.11.4 du règlement de la consultation édicté pour la procédure de passation du marché de conception-réalisation en cause stipulait qu'une prime d'un montant de 75 000 euros hors taxe, avec taxe à la valeur ajoutée en sus au taux de la réglementation en vigueur, serait versée aux concurrents ayant remis une prestation conforme à ce règlement, le jury se réservant toutefois la possibilité d'en réduire le montant ou de la supprimer en fonction de critères tenant au contenu et à la qualité des documents transmis ».**

Article R2171-21

Lorsque le marché de conception-réalisation ou le marché global de performance répond à un besoin dont la valeur estimée est supérieure aux seuils de procédure formalisée et lorsque sa procédure de passation fait intervenir un jury, la prime est versée aux soumissionnaires sur proposition du jury.

Article R2171-22

La rémunération du titulaire du marché de conception-réalisation ou du marché global de performance tient compte de la prime qu'il a reçue.

Article R2171-23

Si le titulaire d'un marché global n'est pas lui-même une petite ou moyenne entreprise ou un artisan, la part minimale qu'il s'engage à confier, directement ou indirectement, à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans, en application de l'article L. 2171-8, est fixée à 20 % du montant prévisionnel du marché, sauf lorsque la structure économique du secteur concerné ne le permet pas.

Le taux mentionné au premier alinéa peut être modifié par décret.

TA de Versailles, 9 Juillet 2024, n° 2207150

« Si les requérants soutiennent que les acheteurs n'ont pas tenu compte, parmi les critères d'attribution, de la part d'exécution que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises (PME), les défendeurs font valoir, sans être contredits, que la société OBM Construction, attributaire du marché, appartient elle-même à la catégorie des PME et qu'il n'y avait dès lors pas lieu de fixer de critère spécifique. Toutefois, cette circonstance est sans incidence sur le fait les acheteurs auraient dû examiner les diverses candidatures à l'aune de ce critère, et qu'ils ont méconnu les dispositions de l'article L. 2171-1 du code de la commande publique en ne procédant pas à un tel examen ».

TA de Rennes, 30 Juillet 2024, n° 2403778

« Toutefois, en se bornant à soutenir que la société Eiffage Construction Bretagne Sud est établissement secondaire de l'entreprise Eiffage Construction Bretagne et ne peut donc être qualifiée de petites et moyennes entreprises (PME), au sens de la recommandation 2003/361/CE de la commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, la société requérante n'établit pas, en tout état de cause, que l'offre du groupement attributaire ne respectait pas les exigences fixées par les dispositions précitées des articles L. 2152-9 et R. 2171-23 du code de la commande publique et qu'en conséquence, l'omission de ce critère est susceptible de l'avoir lésée ».

Section 4 - Marchés globaux sectoriels

Article L2171-4

L'Etat peut confier à un opérateur économique une mission globale portant sur :

1° La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance des immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense, à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris ou affectés par l'Etat à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles ;

2° La conception, la construction et l'aménagement des infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur ;

3° La conception, la construction et l'aménagement des établissements pénitentiaires. Cette mission peut en outre porter sur l'exploitation ou la maintenance des établissements pénitentiaires, à l'exception des fonctions de direction, de greffe et de surveillance ;

4° La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien, l'hôtellerie et la maintenance de centres de rétention ou de zones d'attente. Cette mission ne peut conduire à confier l'enregistrement et la surveillance des personnes retenues ou maintenues à d'autres personnes que des agents de l'Etat.

5° La conception, la construction, l'aménagement, l'exploitation, la maintenance ou l'entretien des infrastructures linéaires de transport de l'Etat, hors bâtiments.

Article L2171-5

Les établissements publics de santé, les organismes mentionnés à l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale gérant des établissements de santé et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale de droit public peuvent confier à un opérateur économique une mission globale portant sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien ou la maintenance de bâtiments ou d'équipements affectés à l'exercice de leurs missions.

Article L2171-6

I. - La Société du Grand Paris peut confier à un opérateur économique une mission globale portant sur tout ou partie de la conception, de la construction et de l'aménagement des infrastructures du réseau de transport public du Grand Paris au sens du II de l'article 7 de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris ou des infrastructures de transport public dont la maîtrise d'ouvrage lui est confiée, sur les opérations de construction et de valorisation immobilière non directement liées aux infrastructures précitées qui relèvent de sa compétence ainsi que sur la maintenance des éléments qui sont remis en gestion à Ile-de-France Mobilités en application des articles 20 et 20-2 de la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 précitée.

II. - Sur décision de la Société du Grand Paris, et selon les modalités particulières prévues par les documents de la consultation, l'opérateur économique attributaire du contrat relatif à la mission globale mentionnée au I du présent article peut se voir transférer, avec l'accord du cocontractant concerné, les droits et obligations issus de tout ou partie des marchés passés par la Société du Grand Paris et pouvant concourir à l'exécution de sa mission. Le contrat portant sur la mission globale intègre alors les droits et obligations précités et la composition de l'opérateur économique attributaire est modifiée afin d'inclure le titulaire du marché dont les droits et obligations sont ainsi transférés.

Le marché mentionné au même I peut confier au titulaire l'acquisition de biens nécessaires à la réalisation de l'opération. Dans ce cadre, le titulaire remet les biens acquis à la Société du Grand Paris

dans les conditions définies par ce marché.

Article L2171-6-1

Ile-de-France Mobilités peut confier à un opérateur économique une mission globale portant sur la conception, la construction et l'aménagement des sites de maintenance et de remisage des modes de transport (bus, tramway, tram-train, métropolitain) dont elle assure l'organisation dans le cadre de ses missions

Section 5 - Identification et mission de la maîtrise d'œuvre dans les marchés globaux

Article L2171-7

Les conditions d'exécution d'un marché global comportant des prestations de conception d'ouvrage comprennent l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de cet ouvrage et du suivi de sa réalisation.

Pour les ouvrages de bâtiment, la mission confiée à l'équipe de maîtrise d'œuvre comprend les éléments de la mission définie à l'article L. 2431-1 adaptés à la spécificité des marchés globaux, dans les conditions prévues par voie réglementaire.

Section 6- Part d'exécution des marchés globaux réservée aux petites et moyennes entreprises

Article L2171-8

Le marché global prévoit la part minimale de l'exécution du contrat que le titulaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans. Cette part minimale est établie dans des conditions prévues par voie réglementaire.

Chapitre II - Règles applicables à certains marchés en fonction de leur objet

Section 1 - Marchés de maîtrise d'œuvre

Sous-section 1 - Définition

Article R2172-1

Les marchés de maîtrise d'œuvre ont pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou plusieurs éléments de la mission définie à l'article L. 2431-1.

Ces marchés sont passés selon les modalités prévues à la présente section et, lorsqu'ils relèvent ainsi que les acheteurs qui les concluent du livre IV, dans le respect de ces dispositions.

Sous-section 2 - Procédures applicables

Article L2172-1

Préalablement à la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage de bâtiment, l'acheteur soumis aux dispositions du livre IV organise un concours, dans des conditions et sous réserve des exceptions, fonction du montant du marché ou de la nature des projets confiés, prévues par voie réglementaire.

Article R2172-2

Pour les acheteurs soumis au livre IV, les marchés de maîtrise d'œuvre qui répondent à un besoin dont le montant est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée sont négociés en application de l'article R. 2122-6, avec le ou les lauréats d'un concours restreint organisé dans les conditions des articles R. 2162-15 à R. 2162-21. Toutefois, l'acheteur n'est pas tenu d'organiser un concours pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre :

1° Relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ou à la réalisation d'un projet urbain ou paysager ;
 2° Relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ;
 3° Relatif à des ouvrages d'infrastructures
 4° Qui ne confie aucune mission de conception au titulaire.
 5° Relatif à des ouvrages de bâtiment réalisés par des organismes d'habitations à loyer modéré mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation, des sociétés d'économie mixte mentionnées à l'article L. 481-1 du même code pour leur activité agréée ainsi que des centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires définis à l'article L. 822-3 du code de l'éducation.

Article R2172-3

Pour les autres acheteurs, les marchés de maîtrise d'œuvre qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée sont passés selon l'une des procédures mentionnées au chapitre IV du titre II ou, si les conditions mentionnées au chapitre II du titre II sont remplies, sans publicité ni mise en concurrence préalable.

Sous-section 3 - Primes

Article R2172-4

Lorsque l'acheteur est soumis au livre IV et organise un concours, les opérateurs économiques qui ont remis des prestations conformes au règlement du concours **bénéficient d'une prime**. Le montant de cette prime est égal au prix estimé des études à effectuer, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %. L'acheteur précise dans les documents de la consultation les modalités selon lesquelles **la prime peut être réduite ou supprimée**. Il verse cette prime aux participants au concours sur proposition du jury.

Bénéficient d'une prime

CAA de Marseille, 3 juin 2024, n° 22MA01789 Société Moon Safari

« Il résulte des dispositions du décret du 25 mars 2016 citées au point 7 que, sans qu'y fasse obstacle le règlement de consultation, la prime ne peut être accordée que sur proposition du jury. Par suite, en l'absence de toute proposition du jury proposant d'accorder une prime au groupement représenté par la société Moon Safari, la prime n'était pas due ».

CE, 10 février 2020, n° 429227, Société Marc Dalibard

« En interprétant ces stipulations comme excluant qu'un candidat dont l'offre ne répondait pas au programme puisse percevoir une prime, alors qu'il résultait de leurs termes mêmes qu'en un tel cas, il appartient au maître d'ouvrage, sur proposition du jury, de déterminer s'il convient de la verser, de la réduire ou de la supprimer, la cour administrative d'appel de Marseille les a dénaturées. La société Marc Dalibard - Société d'architecture est dès lors fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner ses autres moyens, à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ».

CAA Marseille, 28 janv. 2019, n° 17MA03703, société Averous et Simay

« Les candidats admis à participer à un concours d'architecture et d'ingénierie organisé pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre sont en droit de bénéficier de la prime qu'elles prévoient à la condition que les études remises soient conformes au règlement du concours. Pour apprécier le bien-fondé de la décision portant suppression de cette prime, il appartient au juge du contrat, juge de plein contentieux, de se prononcer au vu de l'ensemble des circonstances de fait dont il est justifié par l'une et l'autre parties. »

CAA Nancy, 7 mai 2018, n° 17NC00054, Syndicat intercommunal des écoles de la Vallée de l'Orce

« En cas de contradiction entre l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement du concours quant au montant forfaitaire de la prime attribué à chacun des candidats admis à concourir, il y a lieu en application des dispositions précitées de l'article 74 du code des marchés publics d'apprécier le contenu des études effectivement demandées aux candidats afin de déterminer celui de ces deux montants qui doit être regardé comme correspondant le mieux au prix estimé de ces études »

CAA Douai, 4 juin 2018, n° 15DA01818, Conseil régional de l'ordre des architectes de Picardie

« Les candidats qui ont présenté une offre dans le cadre d'une procédure de consultation organisée pour l'attribution, selon la procédure adaptée, d'un marché de maîtrise d'œuvre, sont en droit, sans qu'il y ait lieu de rechercher si leur investissement pour établir leur offre a été significatif, de bénéficier de cette prime à la condition que les études remises soient conformes au règlement de la consultation. Il résulte également de ces dispositions que l'avis d'appel public à la concurrence doit indiquer le montant de cette prime. »

CAA Bordeaux, 3 mars 2016, n° 14BX02401, CHU de Poitiers

« Le pouvoir adjudicateur et les candidats sélectionnés par un jury pour exécuter les prestations visant à l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre sont, indépendamment de l'attribution de ce marché, engagés dans un contrat ayant pour objet la remise de prestations conformes aux documents de la consultation et pour prix, conformément aux dispositions du code des marchés publics citées ci-dessus, une prime susceptible d'être réduite ou supprimée conformément aux propositions du jury ».

CAA Marseille, 10 avr. 2017, n° 16MA02754, Conseil régional de l'ordre des architectes de Provence-Alpes-Côte d'Azur

« La circonstance que l'office ait entendu se soumettre volontairement à l'une des procédures formalisées, l'appel d'offres restreint, est sans incidence dès lors que l'indemnisation des candidats n'a été réglementairement prévue que pour les seuls marchés excédant ce seuil ».

La prime peut être réduite ou supprimée

CAA de Lyon, 7 mars 2024, n°22IY01293 Société Playtime Cabinet d'Architecture

« L'article R. 2172-4 du code de la commande publique permet à l'acheteur qui organise un concours d'attribuer une prime aux candidats admis à présenter une offre. Il résulte l'instruction que la société Playtime Cabinet d'Architecture a été indemnisée forfaitairement de sa participation au concours en litige, au même titre que l'autre candidat évincé, ainsi que le prévoyait le règlement de consultation. Elle n'est, dès lors, pas fondée à demander, fût-ce en se prévalant de la rupture d'égalité de traitement des candidats, la réévaluation à 12 703 euros de cette prime, laquelle est sans lien avec la cause juridique invoquée ».

CE, 5 août 2009, n° 322998, Commune de Deauville

« Considérant qu'il résulte nécessairement de ces dispositions que les candidats qui ont été admis à participer à un concours restreint d'architecture et d'ingénierie organisé pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre, sont en droit de bénéficier de la prime qu'elles prévoient à la condition que les études remises soient conformes au règlement du concours ; qu'ainsi, en jugeant que l'article 13 du règlement de consultation du concours qui prévoyait que la prime pourrait être réduite ou supprimée notamment si l'offre ne répondait pas au programme du concours méconnaissait les dispositions précitées de l'article 74 du code des marchés publics alors en vigueur, la cour a donc commis une erreur de droit ».

CAA Marseille, 22 mars 2004, n° 04MA00223

« Considérant qu'il résulte des dispositions qui précèdent qu'en prévoyant de verser, au profit des concepteurs ayant participé au concours d'architecture et d'ingénierie organisé en vue de l'aménagement et de l'extension de l'Hôtel de Ville, une indemnité d'un montant maximal de 54.000 euros, la Commune d'Hyères a entendu s'imposer une obligation dont peuvent se prévaloir à son encontre, sauf décision contraire du jury, les concepteurs intéressés ; qu'ainsi, la circonstance que la Commune ait décidé, sans décision du jury en ce sens, et, par suite, en méconnaissance des

dispositions précitées, de réduire de moitié le montant de l'indemnité à verser à la société requérante, est sans incidence sur l'étendue de l'obligation invoquée et sur le bien fondé de la demande de provision ».

Article R2172-5

Lorsque l'acheteur n'est pas soumis au livre IV ou lorsqu'il n'organise pas de concours, les opérateurs économiques qui ont remis des prestations conformes aux documents de la consultation bénéficient d'une **prime** dont le montant est librement défini par l'acheteur.

Prime

CAA Douai, 4 juin 2008, n° 15DA01818, Conseil régional de l'ordre des architectes de Picardie

« Il résulte nécessairement de ces dispositions, qui ne prévoient aucune dérogation au principe de versement de la prime qu'elles énoncent, que les candidats qui ont présenté une offre dans le cadre d'une procédure de consultation organisée pour l'attribution, selon la procédure adaptée, d'un marché de maîtrise d'œuvre, sont en droit, sans qu'il y ait lieu de rechercher si leur investissement pour établir leur offre a été significatif, de bénéficier de cette prime à la condition que les études remises soient conformes au règlement de la consultation ».

Article R2172-6

Le montant de la prime mentionnée à la présente sous-section est indiqué dans les documents de la consultation et la rémunération du titulaire du marché de maîtrise d'œuvre tient compte de la prime reçue pour sa participation à la procédure.

Section 2 - Marchés de décoration des constructions publiques

Article L2172-2

Les collectivités publiques soumises à l'obligation de décoration des constructions publiques passent les marchés ayant pour objet de satisfaire à cette obligation et choisissent le titulaire du marché après avis d'un comité artistique, dans des conditions prévues par voie réglementaire.

Article R2172-7

Les collectivités publiques soumises à l'obligation de décoration des constructions publiques passent des marchés ayant pour objet de satisfaire cette obligation conformément aux dispositions de la présente section.

L'obligation prévue par le décret n°2002-677 du 29 avril 2002

TA Montpellier, ord. du 13 décembre 2006, n° 0606446

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le marché litigieux, relatif à une intervention artistique pour le futur lycée Victor-Hugo à Lunel, vise à satisfaire l'obligation de décoration des constructions publiques et relève ainsi du champ d'application de l'article 71 du code des marchés publics et du décret du 29 avril 2002 susvisé ; que la procédure de marché à procédure adaptée, prévue à l'article 28 du même code, suivie en l'espèce par la région Languedoc-Roussillon, n'est pas conforme aux prescriptions dudit décret ».

CE, 30 juillet 2003, n° 251201, Conseil régional d'Alsace

« Considérant, d'autre part, que si le CONSEIL REGIONAL D'ALSACE soutient que le décret attaqué institue un contrôle de l'Etat sur les choix artistiques des collectivités territoriales et qu'il méconnaît ainsi les dispositions de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et les stipulations de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, lesquelles, selon le CONSEIL REGIONAL D'ALSACE, garantissent la liberté d'expression des artistes et l'autonomie des choix des collectivités territoriales lorsqu'elles acquièrent une œuvre d'art, il ne ressort pas des pièces du dossier que le décret attaqué, qui se borne à préciser

les conditions de passation des marchés relatifs à l'obligation de décoration des constructions publiques par les collectivités territoriales, méconnaisse le droit à la liberté d'expression des artistes ni, en tout état de cause, l'autonomie des choix artistiques des collectivités territoriales »

Sous-section 1 - Marchés inférieurs aux seuils européens

Paragraphe 1 - Marchés portant sur la commande d'une ou plusieurs réalisations artistiques à créer

Article R2172-8

Le marché de décoration des constructions publiques est passé dans les conditions fixées au présent paragraphe lorsque les deux conditions suivantes sont remplies :
1° Il porte sur la commande d'une ou plusieurs réalisations artistiques à créer ;
2° Son montant est inférieur aux seuils européens mentionnés dans un avis figurant en annexe du présent code.

Article R2172-9

L'acheteur constitue un comité artistique dans les conditions fixées à la sous-section 3, dès l'approbation de l'avant-projet sommaire défini à l'article R. 2431-10.

Article R2172-10

Le comité artistique élabore le programme de la commande artistique qui précise notamment la nature et l'emplacement de la réalisation envisagée puis le soumet à l'approbation de l'acheteur.

Article R2172-11

Lorsque la commande ne peut être confiée qu'à un prestataire déterminé en application des dispositions de l'article R. 2122-3, l'acheteur peut négocier sans publicité ni mise en concurrence préalable le marché de décoration des constructions publiques. Dans les autres cas, il doit procéder à une publicité adaptée du programme de la commande artistique permettant une information suffisante des artistes en fonction de la nature et du montant de la commande. L'avis de publicité précise le nombre d'artistes qui seront sélectionnés.

Article R2172-12

Le comité artistique invite les artistes sélectionnés à remettre leurs projets. Il peut les entendre. Il propose un ou plusieurs des projets à l'acheteur.

Article R2172-13

L'acheteur arrête son choix, après avis du comité artistique, par une décision motivée et en informe l'ensemble des candidats.

Article R2172-14

Les artistes ayant présenté au comité artistique un projet non retenu reçoivent une indemnité. Le total des indemnités ne peut dépasser 20 % du montant défini à l'article 2 du décret n° 2002-677 du 29 avril 2002 relatif à l'obligation de décoration des constructions publiques et précisant les conditions de passation des marchés ayant pour objet de satisfaire à cette obligation. L'acheteur peut décider, sur proposition du comité artistique, de supprimer ou de réduire le montant de l'indemnité en cas d'insuffisance manifeste du projet présenté par un candidat.

Paragraphe 2 - Marchés portant sur l'achat d'une ou plusieurs réalisations artistiques existantes

Article R2172-15

Le marché de décoration des constructions publiques est attribué à un ou plusieurs artistes vivants après avis du maître d'œuvre, de l'utilisateur de l'ouvrage et du directeur régional des affaires culturelles lorsqu'il porte sur l'achat d'une ou plusieurs réalisations artistiques existantes et que son montant est inférieur à 30 000 euros hors taxes.

Article R2172-16

Le marché de décoration des constructions publiques est passé dans les conditions fixées au paragraphe 1 de la présente sous-section lorsqu'il porte sur l'achat d'une ou plusieurs réalisations artistiques existantes et que son montant est supérieur ou égal à 30 000 euros hors taxes et inférieur aux seuils européens mentionnés dans un avis figurant en annexe du présent code.

Sous-section 2 - Marchés supérieurs aux seuils européens**Article R2172-17**

Lorsque le marché de décoration des constructions publiques porte sur l'achat ou la commande d'une ou plusieurs réalisations artistiques et que son montant est supérieur aux seuils européens mentionnés dans un avis figurant en annexe du présent code, il est passé selon les règles définies aux titres Ier à VI et VIII. Toutefois, l'acheteur est également tenu de faire intervenir un comité artistique conformément aux dispositions de la sous-section 3.

Sous-section 3 - Composition et fonctionnement du comité artistique**Article R2172-18**

Pour les opérations situées sur le territoire national, le comité artistique mentionné à l'article R. 2172-9 est composé des membres suivants :

- 1° Le maître d'ouvrage ou son représentant, qui en assure la présidence ;
- 2° Le maître d'œuvre ;
- 3° Le directeur régional des affaires culturelles ou son représentant ;
- 4° Un représentant des utilisateurs du bâtiment ;
- 5° Trois personnalités qualifiées dans le domaine des arts plastiques :

- a) Une personnalité qualifiée désignée par le maître d'ouvrage ;
- b) Deux personnalités qualifiées désignées par le directeur régional des affaires culturelles, dont une choisie sur une liste établie par les organisations professionnelles d'artistes.

Le directeur régional des affaires culturelles ou son représentant est rapporteur des projets devant le comité. Le préfet de région peut désigner un rapporteur adjoint au sein des services de l'Etat.

Le président du comité peut inviter un représentant de la commune du lieu d'implantation de la construction à assister avec voix consultative aux travaux du comité.

TA de Guyane, 21 octobre 2024, N° 2401321

« Le requérant fait valoir que la procédure de passation des marchés publics est entachée d'un vice de procédure tiré de la composition irrégulière du comité artistique chargé de valider les appels d'offre. Toutefois, il ne résulte pas de l'instruction que l'article R2172-18 du code de la commande publique aurait été méconnu et notamment que l'identité des membres du comité artistique aurait dû être mentionnée. Par ailleurs, le moyen tiré de la constitution tardive du comité n'est pas susceptible d'avoir lésé le requérant ».

Article R2172-19

Pour les opérations situées hors du territoire national, le comité artistique mentionné à l'article R. 2172-9 est composé des membres suivants :

- 1° Le maître d'ouvrage ou son représentant, qui en assure la présidence ;
- 2° L'ambassadeur ou son représentant ;
- 3° Le maître d'œuvre ;
- 4° Le directeur général de la création artistique ou son représentant ;
- 5° Deux personnalités qualifiées dans le domaine des arts plastiques, dont l'une est désignée par le maître de l'ouvrage et l'autre par l'ambassadeur.

Section 3 - Partenariats d'innovation**Article L2172-3**

Le partenariat d'innovation est un marché qui a pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants ainsi que l'acquisition ultérieure des produits, services ou travaux en résultant et qui répondent à **un besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché.**

Sont considérés comme innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise. Sont considérés comme innovants tous les travaux, les fournitures ou les services proposés par les jeunes entreprises définies à l'article 44 sexies-0 A du code général des impôts.

Article 44 sexies-0 A

« Une entreprise est qualifiée de jeune entreprise innovante réalisant des projets de recherche et de développement lorsque, à la clôture de l'exercice, elle remplit simultanément les conditions suivantes :

1° elle est une petite ou moyenne entreprise, c'est-à-dire employant moins de 250 personnes, et qui a soit réalisé un chiffre d'affaires inférieur à 50 millions d'euros au cours de l'exercice, ramené ou porté le cas échéant à douze mois, soit un total du bilan inférieur à 43 millions d'euros. L'effectif de l'entreprise est apprécié par référence au nombre moyen de salariés employés au cours de cet exercice ;

2° elle est créée depuis moins de huit ans ;

3° a. elle a réalisé des dépenses de recherche, définies aux a à g du II de l'article 244 quater B et au 1 du A du II de l'article 244 quater B bis, représentant au moins 15 % des charges, à l'exception des pertes de change et des charges nettes sur cessions de valeurs mobilières de placement, fiscalement déductibles au titre de cet exercice. Pour le calcul de ce ratio, il n'est pas tenu compte des charges engagées auprès d'autres jeunes entreprises innovantes réalisant des projets de recherche et de développement ;

b. Ou elle est dirigée ou détenue directement à hauteur de 10 % au moins, seuls ou conjointement, par des étudiants, des personnes titulaires depuis moins de cinq ans d'un diplôme conférant le grade de master ou d'un doctorat, ou des personnes affectées à des activités d'enseignement ou de recherche, et elle a pour activité principale la valorisation de travaux de recherche auxquels ces dirigeants ou ces associés ont participé, au cours de leur scolarité ou dans l'exercice de leurs fonctions, au sein d'un établissement d'enseignement supérieur habilité à délivrer un diplôme conférant au moins le grade de master. Les conditions dans lesquelles est organisée cette valorisation sont fixées dans une convention conclue entre l'entreprise et l'établissement d'enseignement supérieur, dont le contenu et les modalités sont précisés par décret en Conseil d'Etat. Ce décret définit notamment la nature des travaux de recherche qui font l'objet de la convention, les prestations dont peut bénéficier l'entreprise et les modalités de la rémunération de l'établissement d'enseignement supérieur ;

c. Ou elle a réalisé des dépenses de recherche, définies aux a à g du II de l'article 244 quater B et au 1 du A du II de l'article 244 quater B bis, représentant entre 5 et 15 % des charges, à l'exception des pertes de change et des charges nettes sur cessions de valeurs mobilières de placement, fiscalement déductibles au titre de cet exercice et elle satisfait à des indicateurs de performance économique définis selon des modalités précisées par décret. Pour le calcul du ratio de dépenses de recherche, il n'est pas tenu compte des charges engagées auprès d'autres jeunes entreprises de croissance ou jeunes entreprises innovantes réalisant des projets de recherche et de développement ;

4° son capital est détenu de manière continue à 50 % au moins :

- a. par des personnes physiques ;
 - b. ou par une société répondant aux mêmes conditions dont le capital est détenu pour 50 % au moins par des personnes physiques ;
 - c. ou par des sociétés de capital-risque, des fonds communs de placement à risques, des fonds professionnels spécialisés relevant de l'article L. 214-37 du code monétaire et financier dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2013-676 du 25 juillet 2013 modifiant le cadre juridique de la gestion d'actifs, des fonds professionnels de capital investissement, des sociétés de libre partenariat, des sociétés de développement régional, des sociétés financières d'innovation ou des sociétés unipersonnelles d'investissement à risque à la condition qu'il n'existe pas de lien de dépendance au sens du 12 de l'article 39 entre la société en cause et ces dernières sociétés ou ces fonds ;
 - d. ou par des fondations ou associations reconnues d'utilité publique à caractère scientifique, ou par une société qualifiée elle-même de jeune entreprise innovante réalisant des projets de recherche et développement ;
 - e. ou par des établissements publics de recherche et d'enseignement ou leurs filiales ;
- 5° elle n'est pas créée dans le cadre d'une concentration, d'une restructuration, d'une extension d'activités préexistantes ou d'une reprise de telles activités au sens du III de l'article 44 sexies ».

Besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché

Fiche DAJ, Le partenariat d'innovation

« Un partenariat d'innovation ne peut donc être conclu qu'à la condition qu'il n'existe aucune solution disponible sur le marché susceptible de répondre au besoin de l'acheteur. Ainsi, afin de justifier le recours au partenariat d'innovation, l'acheteur doit vérifier, par une étude approfondie et précise, que son besoin ne peut être couvert par des solutions déjà existantes sur le marché. Les acheteurs publics pourront, à cet égard, utilement recourir au sourçage, désormais prévu par le droit des marchés publics. Sont considérés comme des solutions innovantes non seulement les travaux, fournitures ou services nouveaux mais également ces mêmes prestations sensiblement améliorées. Le caractère innovant d'une solution peut également résider dans les méthodes utilisées [...] Dans l'hypothèse où il serait établi qu'une solution adaptée au besoin de l'acheteur existe sur le marché, le recours au partenariat d'innovation ne pourra être justifié »

CAA Nantes, 16 mars 2018, n° 16NT04075

« 5. Considérant, dans ces conditions, que la seule invocation, par la commune requérante, de la complexité qui résulterait de la multiplicité des travaux et prestations envisagés et de leurs difficultés techniques ne saurait suffire à justifier le recours au contrat de partenariat, en l'absence de circonstances particulières de nature à établir qu'il lui était impossible de définir, seule et à l'avance, les moyens propres à satisfaire ses besoins ; que ni le rapport final d'évaluation préalable, ni l'avis de la mission d'appui aux partenariats public privé ne sauraient constituer, devant le juge, la preuve de la complexité invoquée, alors même que la commune disposerait de services techniques réduits et que le regroupement sus-décrit de multiples travaux en un contrat global aurait été décidé dans un souci d'optimisation des coûts et de complémentarité dans la gestion des ouvrages ; que, par suite, la commune de Ouistreham n'est pas fondée à soutenir que les premiers juges auraient à tort estimé que n'était pas remplie en l'espèce la condition du recours au contrat de partenariat tenant à " la complexité du projet " prévue au 1° du II de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales précité »

CAA Bordeaux, 31 mai 2016, n°15BX01638, MA

« Qu'il s'agisse de recourir à un contrat de partenariat en vertu de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales, ou de recourir à la procédure de dialogue simplifié prévue à l'article L. 1414-5 du même code, la condition de la complexité est regardée comme remplie notamment lorsque celle-ci met objectivement la personne publique dans l'impossibilité de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet propre à permettre la réalisation de ce projet. Pour apprécier la capacité objective de la personne publique à définir seule et à l'avance les moyens techniques permettant de répondre à ses besoins et, par suite, pour déterminer si la complexité technique du projet justifie légalement le recours au contrat

de partenariat ou à la procédure de dialogue compétitif, il n'y a pas lieu de tenir compte des études postérieures au lancement de la procédure de passation du contrat que cette personne publique serait en mesure de confier à un tiers, soit dans le cadre du contrat de partenariat qu'elle envisage de conclure, soit au titre d'un contrat distinct. En revanche, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des études, même réalisées par des tiers, dont la personne publique dispose déjà à la date à laquelle elle décide de recourir au contrat de partenariat [...] qu'il ressort des pièces du dossier que le contrat de maîtrise d'œuvre passé avec les Ateliers Jean nouvel pour la réalisation d'un projet de théâtre à Perpignan a abouti à la présentation d'un projet architectural complexe, constitué d'un ensemble de bâtiments reliés entre eux par une pergola vitrée, suspendue et recouverte de végétaux, et comprenant en particulier une salle de spectacles en forme de galet, de couleur grenat et d'aspect brillant ; que les études techniques pour la réalisation de cet ensemble, et en particulier de la salle de spectacles et de son revêtement, dont la forme et l'aspect extérieur étaient novateurs et au cœur du projet, restaient à réaliser à ce stade de son développement ; qu'eu égard à la complexité technique de sa réalisation et à l'importance de l'esthétique du projet, imposant des contraintes spécifiques de maintenance, la commune de Perpignan n'était pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ; que ce n'est d'ailleurs qu'au terme du dialogue compétitif que la commune a engagé avec les deux groupements, dans le cadre du contrat de partenariat, qu'elle a pu déterminer la technique lui permettant de réaliser la structure et le revêtement de la salle de spectacle concrétisant le projet architectural de maîtrise d'œuvre ; que dès lors qu'elle se trouvait dans l'un des cas prévus à l'article L.1414-2 du Code général des collectivités territoriales, la commune de Perpignan pouvait recourir à un contrat de partenariat public privé pour la réalisation du projet de théâtre de l'Archipel ».

CAA Bordeaux, 15 septembre 2015, n° 15BX01208, Commune de Bordeaux

« Il ressort en outre des pièces du dossier que si la commune de Bordeaux disposait d'une " direction du développement durable ", les huit agents composant cette direction étaient à profil exclusivement administratif ; quant à la " direction des constructions publiques ", en plus d'être confrontée en 2010 à un plan de charge lourd comportant notamment le projet du " nouveau stade " et du " centre culturel et touristique du vin ", elle ne disposait pas, compte tenu de la complexité technique du projet de cité municipale pour les motifs indiqués ci-dessus et au regard des qualifications des agents la composant, des moyens lui permettant de faire face aux contraintes de la maîtrise d'ouvrage d'un tel projet. En définitive, la ville de Bordeaux était, lorsqu'elle a décidé de recourir au contrat de partenariat, dans l'impossibilité, eu égard à ses moyens propres, de définir avec précision le contenu des prestations permettant d'atteindre et de maintenir dans le long terme un bilan énergétique positif pour un bâtiment ayant les dimensions et la vocation de la cité municipale projetée. Ainsi, le recours au contrat de partenariat était légalement justifié »

Article R2172-20

L'acheteur peut décider de mettre en place un partenariat d'innovation avec un ou plusieurs opérateurs économiques qui exécutent les prestations de manière séparée dans le cadre de contrats individuels.

Avec un ou plusieurs opérateurs économiques

Fiche DAJ, Le partenariat d'innovation

« Parce que l'émulation entre partenaires peut être bénéfique, l'acheteur public peut, s'il le souhaite et à condition qu'il l'indique dans les documents de la consultation, passer un partenariat d'innovation avec plusieurs entreprises⁷. Le partenariat d'innovation est alors composé de plusieurs contrats individuels qui s'exécutent séparément ».

CAA Paris, 3 avril 2014, n°13PA02769, Association La justice dans la Cité et M. Bourayne

« 23. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que le recours au contrat de partenariat constitue une dérogation au droit commun de la commande publique, réservée aux seules situations répondant aux motifs d'intérêt général qui y sont définis ; que l'urgence, objectivement constatée, s'attachant à la réalisation d'un projet envisagé par l'État ou un établissement public est au nombre des motifs d'intérêt

général de nature à justifier qu'il soit procédé à la conclusion d'un contrat de ce type ; qu'une telle urgence peut notamment résulter de la nécessité de rattraper un retard, quelles qu'en soient les causes, affectant de façon préjudiciable à l'intérêt général la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public dans un secteur ou une zone géographique déterminés ; que constitue également un motif d'intérêt général justifiant le recours au contrat de partenariat la complexité du projet envisagé, lorsque celle-ci met objectivement la personne publique dans l'impossibilité de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique propre à permettre la réalisation de ce projet »

Sous-section 1 - Contenu du partenariat d'innovation

Article R2172-21

La décision mentionnée à l'article R. 2172-20 est indiquée dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation.

Article R2172-22

L'acheteur définit, dans les documents de la consultation, le besoin relatif aux produits, services ou travaux innovants. Il indique les éléments de cette définition qui fixent les exigences minimales que doivent respecter toutes les offres. Les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée de la solution requise et de décider de demander ou non à participer à la procédure.

Article R2172-23

Le partenariat d'innovation comprend une ou plusieurs phases successives qui suivent le déroulement du processus de recherche et de développement et une ou plusieurs phases d'acquisition des produits, services ou travaux qui en sont le résultat.

La structure, la durée et la valeur des différentes phases du partenariat d'innovation tiennent compte du degré d'innovation de la solution proposée, de la durée et du coût des activités de recherche et d'innovation requises pour le développement de la solution innovante.

La valeur estimée des produits, services ou travaux dont l'acquisition est envisagée n'est pas disproportionnée par rapport à l'investissement requis pour leur développement, quelle que soit la part des activités de recherche et de développement financée par l'acheteur.

Article R2172-24

Le partenariat d'innovation définit les objectifs de chaque phase que le partenaire doit atteindre ainsi que la rémunération associée à chaque phase.

Article R2172-25

La répartition des droits de propriété intellectuelle, notamment quant aux résultats des phases de recherche et développement, est prévue dans le partenariat d'innovation.

Sous-section 2 - Passation du partenariat d'innovation

Article R2172-26

Les partenariats d'innovation d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée sont passés selon la procédure avec négociation sous réserve des dispositions de la présente sous-section.

Article R2172-27

Un avis de préinformation ou un avis périodique indicatif ne peut être utilisé en lieu et place de l'avis de marché.

Avis de préinformation

Fiche DAJ, Le marché de partenariat

« Tout d'abord, la publication d'un avis de marché est obligatoire. Il ne peut ainsi y être suppléé par la publication d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif. Le pouvoir adjudicateur doit définir son besoin de manière à permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée de la solution requise et de décider, le cas échéant, de participer à la procédure. Les documents de la consultation doivent notamment indiquer les éléments de définition du besoin qui constitueront les exigences minimales que devront respecter toutes les offres »

Article R2172-28

Le **délai minimum** de réception des candidatures prévu à l'article R. 2161-12 ne peut être réduit.

La sélection des candidatures tient compte notamment de la capacité des candidats dans le domaine de la recherche et du développement ainsi que dans l'élaboration et la mise en œuvre de solutions innovantes.

Délai minimum

Fiche DAJ, Le marché de partenariat

« Le délai minimal de réception des candidatures, tel que prévu par l'article 72-I, ne peut par ailleurs être réduit. Celui-ci ne peut ainsi être inférieur à trente jours. Le temps nécessaire à la R&D ne permet pas, notamment, que les partenariats d'innovation puissent concrètement répondre à des situations d'urgence. Le délai minimum de réception des offres est toutefois librement fixé par le pouvoir adjudicateur, dans le respect de l'article 43 du décret »

Article R2172-29

Sans préjudice de l'application des dispositions des articles R. 2151-1 à R. 2151-5, le délai minimal de réception des offres initiales est librement fixé par l'acheteur.

Article R2172-30

L'acheteur ne peut attribuer le partenariat d'innovation sur la base des offres initiales **sans négociation**. Il négocie les offres initiales et toutes les offres ultérieures en vue d'en améliorer le contenu à l'exception des offres finales. Les critères d'attribution et les exigences minimales ne font pas l'objet de négociation.

La négociation peut se dérouler **en phases successives** à l'issue desquelles certains soumissionnaires sont éliminés par application des critères d'attribution définis dans les documents de la consultation. L'acheteur indique, dans l'un de ces documents, s'il fera usage de cette possibilité. Il informe, à l'issue de chaque phase, tous les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été éliminée des changements apportés aux documents de la consultation et leur accorde un délai suffisant pour leur permettre de modifier leur offre et, le cas échéant, de la présenter à nouveau.

Négociation

Fiche DAJ, Le marché de partenariat

« Les négociations peuvent porter sur tous les aspects des contrats, à l'exception des exigences minimales et des critères d'attribution. Elles peuvent ainsi porter sur le prix, sur les aspects techniques ou bien encore sur la répartition des droits de propriété intellectuelle »

En phases successives

Fiche DAJ, Le marché de partenariat

« Chaque phase, qui forme un tout autonome et cohérent, doit intégrer un certain nombre d'éléments. Elle comprend tout d'abord les objectifs que devra atteindre le titulaire du contrat à l'issue de la phase. Ces objectifs, sur lesquels s'engage l'opérateur économique, doivent être suffisamment précis. La durée fixée pour les réaliser doit prendre en compte leur complexité. Le contrat devra également indiquer la rémunération associée à chaque phase, ainsi que la répartition des droits de propriété intellectuelle. Enfin, l'acheteur doit également prévoir la valeur de chaque phase »

Sous-section 3 - Déroulement du partenariat d'innovation

Article R2172-31

A l'issue de chaque phase, sur la base des résultats obtenus, l'acheteur décide :

1° Soit de poursuivre l'exécution du partenariat d'innovation, éventuellement après avoir précisé ou modifié, avec l'accord du partenaire, les objectifs de la phase suivante et les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre. Les conditions initiales du partenariat d'innovation ne peuvent être substantiellement modifiées à cette occasion ;

2° Soit de mettre un terme au partenariat d'innovation ou, lorsqu'il existe plusieurs partenaires, de réduire leur nombre en mettant un terme à leurs contrats.

Le partenariat d'innovation mentionne cette prérogative de l'acheteur et définit les conditions de sa mise en œuvre, notamment ses conséquences financières et les modalités de sélection des partenaires avec lesquels il est décidé de poursuivre l'exécution du partenariat.

L'exécution de chaque phase est subordonnée à une décision de l'acheteur notifiée au partenaire dans les conditions fixées dans le partenariat d'innovation.

Article R2172-32

L'acheteur ne peut **acquérir** les produits, les services ou les travaux résultant des phases de recherche et de développement **que s'ils correspondent** aux niveaux de performance et n'excèdent pas les coûts maximum prévus par le partenariat d'innovation.

Acquérir

Fiche DAJ, Le marché de partenariat

« L'acquisition des solutions innovantes issues de la R&D n'est qu'une faculté pour l'acheteur public. Il peut ainsi prévoir dans le contrat, par exemple, que si une solution nouvelle, moins chère ou de meilleure qualité et susceptible de répondre à ses besoins apparaissait sur le marché pendant l'exécution du partenariat, il ne passerait pas à la phase d'acquisition, alors même que les niveaux de performance définis initialement seraient atteints »

Que s'ils correspondent

Fiche DAJ, Le marché de partenariat

« En tout état de cause, la phase d'acquisition ne peut être mise en œuvre que si le résultat correspond aux niveaux de performance et aux coûts maximum convenus entre l'acheteur public et le partenaire. Si plusieurs partenaires arrivaient à des solutions qui répondent toutes à ces niveaux convenus, le partenariat d'innovation peut prévoir que l'acheteur répartira entre eux ses commandes de manière égale. Il peut aussi prévoir que le partenaire avec lequel la phase d'acquisition sera mise en œuvre sera désigné sur la base des critères d'attribution qui ont été utilisés pour attribuer le partenariat. Si le poids des différents critères d'attribution a été fixé sous la forme d'une fourchette, le partenariat peut prévoir une mise au point avec les différents partenaires restants pour déterminer la pondération précise de ces critères »

Section 4 - Marchés réalisés dans le cadre de programmes expérimentaux

Article R2172-33

Pour la réalisation d'ouvrages issus de projets retenus par l'Etat dans le cadre d'un

programme public national de recherche, d'essai et d'expérimentation, l'acheteur peut passer des marchés de maîtrise d'œuvre ou de travaux, sur certains de ces ouvrages afin d'en vérifier la pertinence.

Article R2172-34

Ces marchés sont conclus au terme d'une procédure de mise en concurrence conforme aux dispositions du présent livre, limitée à des opérateurs économiques choisis parmi ceux dont les projets auront été sélectionnés par le jury du programme public national, après publication d'un avis de marché.

Un protocole d'expérimentation est passé entre l'acheteur et l'organisme public responsable du programme national.

TA de Versailles, 18 Juillet 2023, n° 2300478

« Il résulte clairement des articles R. 2172-33 et R. 2172-34 du code de la commande publique cités au point 7 que, s'agissant des marchés publics de maîtrise d'œuvre ayant pour objet la réalisation d'ouvrages issus de projets retenus par l'Etat dans le cadre d'un programme public national d'expérimentation, l'acheteur doit organiser une procédure de mise en concurrence conforme aux dispositions du livre 1er du même code, toutefois limitée à des opérateurs économiques présélectionnés par le jury du programme public national d'expérimentation. Ainsi, la commune de Ris-Orangis n'est fondée à soutenir, **ni que l'article R. 2172-34 du code de la commande publique constituerait une procédure de mise en concurrence autonome, ni que la référence dans le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) du marché litigieux à la mise en œuvre d'une procédure adaptée, en application de l'article R. 2172-1 du même code, constituerait une " erreur de plume ", dès lors qu'elle a mis en œuvre la procédure spécifique prévue par l'article R. 2172- du code de la commande publique**, alors, qu'ainsi qu'il est dit, ces dispositions renvoient aux procédures de mise en concurrence du code de la commande publique. La commune de Ris-Orangis n'est pas davantage fondée à soutenir que la procédure prévue par l'article R. 2122-6 du code de la commande publique s'applique, alors que cette procédure ne prévoit aucune mise en concurrence, contrairement aux termes mêmes de l'article R. 2127-34 du code de la commande publique, applicable en l'espèce ».

Section 5 : Marchés relatifs à l'achat de véhicules à moteur

Article L2172-4

Lorsqu'ils achètent un véhicule à moteur au sens du 1° de l'article L. 110-1 du code de la route, ~~les acheteurs tiennent compte des incidences énergétiques et environnementales de ce véhicule sur toute sa durée de vie, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.~~

Les acheteurs tiennent compte des incidences énergétiques et environnementales

CJCE, 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland Oy Ab, n° C-135/99

« Lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, conformément à l'article 36, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50, il peut prendre en considération des critères relatifs à la préservation de l'environnement pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit pouvoir une liberté inconditionnée de choix, sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination »

Article R2172-35

Lorsqu'un acheteur passe un marché pour l'achat d'un véhicule à moteur relevant des catégories M et N définies à l'article R. 311-1 du code de la route et que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, il tient compte des incidences énergétiques et environnementales de ce véhicule sur toute sa durée de vie.

Sont exemptés de cette obligation les achats :

- 1° De véhicules conçus et construits pour être utilisés principalement sur les chantiers de construction, dans les carrières ou les installations portuaires ou aéroportuaires ;
- 2° De véhicules conçus et construits pour être utilisés par les forces armées, la protection civile, les services de lutte contre l'incendie et les services responsables du maintien de l'ordre ;
- 3° De machines mobiles.

Article R2172-36

Lorsque l'achat du véhicule à moteur est réalisé pour l'exécution d'un service public de transport de personnes dont l'acheteur s'est vu confier la gestion et l'exploitation, l'obligation mentionnée au premier alinéa de l'article R. 2172-35 s'applique, indépendamment de la valeur estimée du marché, dès lors que les produits de la gestion et l'exploitation, sur toute leur durée, sont d'un montant égal ou supérieur au seuil de procédure formalisée applicable pour la passation des marchés de fournitures de cet acheteur.

Article R2172-37

Il peut être satisfait à l'obligation mentionnée à l'article R. 2172-35 par :

- 1° La fixation de spécifications techniques conformes aux articles R. 2111-7 à R. 2111-11 relatives aux performances énergétiques et environnementales du véhicule ;
- 2° L'inclusion des incidences énergétiques et environnementales du véhicule, sur toute sa durée de vie, dans les critères d'attribution prévus à l'article R. 2152-7. Les incidences à prendre en compte sont définies selon les modalités fixées à l'article R. 2172-38. Si l'acheteur choisit de traduire ces incidences en valeur monétaire, leur quantification doit se conformer à la méthodologie établie en application de l'article R. 2172-38.

Article R2172-38

Un arrêté conjoint des ministres chargés de l'écologie et de l'économie qui figure en annexe du présent code détermine les incidences énergétiques et environnementales liées à l'utilisation du véhicule à moteur qu'il convient de prendre en compte ainsi que la méthodologie à appliquer s'il est envisagé de traduire ces incidences en valeur monétaire.

Article L2172-5

Lorsqu'ils achètent des constructions temporaires, les acheteurs ne peuvent exclure les constructions temporaires ayant fait l'objet d'un reconditionnement pour réemploi, sous réserve que leurs niveaux de qualité et de sécurité soient égaux à ceux des constructions neuves de même type. Ils tiennent compte des incidences énergétiques et environnementales de la construction sur toute sa durée de vie.

Article L2172-6

Dans un souci de préservation des ressources naturelles, les achats de pneumatiques effectués par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs opérateurs portent sur des pneumatiques rechapés, sauf si une première consultation s'est révélée infructueuse. Les achats de pneumatiques portant sur les véhicules d'urgence ainsi que les véhicules militaires peuvent être dispensés des obligations prévues au présent article.

Titre VIII - ACHÈVEMENT DE LA PROCÉDURE

Chapitre Ier - Information des candidats et des soumissionnaires évincés

Article L2181-1

Dès qu'il a fait son choix, l'acheteur le communique aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

Article R2181-1

L'acheteur **notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter** sa candidature ou son offre.

Notifie sa décision de rejeter

CE, 19 janvier 2011, n°343435, Grand Port Maritime du Havre

« Considérant que, s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée, qui ne sont pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution, l'annulation d'un tel contrat ne peut, en principe, résulter que du constat des manquements mentionnés aux deux premiers alinéas de l'article L. 551-18, c'est-à-dire de l'absence des mesures de publicité requises pour sa passation ou de la méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique ; »

TA Lyon, ord. 26 mars 2010, n°1001293, Société Chenil Service

« Considérant que la société CHENIL SERVICE soutient que la commune de Vénissieux a méconnu l'obligation de différer la signature du marché résultant des dispositions précitées de l'article 80 du code des marchés publics ; que, toutefois, l'article 80 n'est pas applicable aux marchés passés, comme en l'espèce, selon une procédure adaptée ; que la ville de Vénissieux a donc pu légalement, sans méconnaître cette disposition ni aucune autre disposition applicable ou aucun principe général du droit, signer le marché litigieux le 11 février 2010 puis, par lettre du 12 février notifiée le 16 février à la société CHENIL SERVICE informer cette dernière de la signature de ce marché et du rejet de son offre ; Considérant toutefois que, par voie de conséquence, **faute pour la ville de Vénissieux d'avoir fait le choix d'informer les candidats non retenus du rejet de leur offre et d'avoir ensuite respecté un délai raisonnable entre la notification de cette décision et la signature du marché, la société CHENIL SERVICE est recevable à saisir le juge du référé contractuel d'un recours** présenté sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative ; »

Voir fiche DAJ

« Si l'acheteur est tenu d'informer immédiatement les entreprises concernées du rejet de leur candidature ou de leur offre, il n'est, en revanche, tenu de communiquer les motifs de ce rejet qu'au candidat qui en fait la demande par écrit, dans un délai de 15 jours à compter de la réception de cette demande.

Toutefois, si l'acheteur a notifié volontairement, de façon complète, aux candidats évincés les décisions de rejet et d'attribution et les motifs détaillés de ces décisions, en application de l'article R. 2181-1 du code de la commande publique, il n'est pas tenu de communiquer, à nouveau, ces motifs.

Les demandes d'information ne sont enserrées dans aucun délai. Elles peuvent être faites à tout moment : avant comme après la signature du marché ».

Section 1 - Marchés passés selon une procédure adaptée

Article R2181-2

Tout candidat ou soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été rejetée **peut obtenir les motifs de ce rejet dans un délai de quinze jours** à compter de la réception de sa demande à l'acheteur.

Lorsque l'offre de ce soumissionnaire n'était **ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable**, l'acheteur lui communique en outre les **caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché**.

Voir fiche DAJ

« Les motifs doivent être suffisamment détaillés de sorte que le candidat puisse utilement, le cas échéant, contester le rejet qui lui est opposé.

L'acheteur communique, en outre, aux candidats dont l'offre a été écartée pour un autre motif que son caractère inapproprié, irrégulier ou inacceptable, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre

retenue, ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre, en prenant garde de ne pas porter atteinte au secret industriel et commercial.

L'information des candidats relative aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue inclut la communication de la notation obtenue sur les sous-critères dès lors que ceux-ci sont susceptibles, en raison de l'importance de leur pondération, d'exercer une influence sur la présentation des offres. Sauf à ce que l'acheteur établisse qu'il en résulterait une atteinte au secret industriel et commercial, cette communication comprend également, si la demande en est faite, les délais d'exécution ou le prix global de l'offre de l'attributaire dès lors que ces éléments font l'objet des critères de sélection des offres. En revanche, cette information n'impose pas que les motifs qui ont justifié les notes obtenues soient communiqués ».

Peut demander à l'acheteur de lui communiquer les motifs de ce rejet dans un délai de 15 jours

CE, 27 septembre 2024, n° 490697, Société ETPO

« Il ne résulte ni des dispositions citées au point 3, ni de la finalité de la communication des motifs de rejet de l'offre rappelée au point 4, **que le délai écoulé entre la décision d'attribution du marché et l'information d'un candidat évincé du rejet de son offre serait susceptible, à lui seul, de constituer un manquement de l'acheteur à ses obligations de transparence et de mise en concurrence.** Par suite, en jugeant que la région Guadeloupe avait commis un manquement en ne communiquant au concurrent évincé sa décision concernant l'attributaire du lot n° 2 que quinze mois après la réunion de la commission d'appel d'offres, le juge des référés du tribunal administratif de la Guadeloupe a commis une erreur de droit. La région Guadeloupe est, dès lors et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens du pourvoi, fondée à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque. »

CE, 31 octobre 2017, n°410772, Société MB Terrassements Bâtiments

« Il résulte de ces dispositions que, pour les marchés passés selon une procédure adaptée, l'acheteur doit, **dès qu'il décide de rejeter une offre, notifier ce rejet au soumissionnaire concerné, sans être tenu de lui notifier la décision d'attribution** ».

L'offre ni appropriée, ni irrégulière, ni inacceptable

CE, 22 janvier 2018, n° 414860, Société Comptoir de négoce d'équipements

« Il résulte de ces dispositions que **pour les marchés passés selon une procédure adaptée, l'acheteur notifie au soumissionnaire le rejet de son offre et, s'il en fait la demande écrite, lui communique les motifs du rejet ; qu'il lui communique en outre, si son offre n'était ni appropriée ni irrégulière ni inacceptable, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché** ».

Les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire

CE, 24 février 2010, n°333569, Communauté de communes de l'Enclave des Papes

« Pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, **l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que, dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors également porter sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné ; que, lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il lui appartient, y compris lorsqu'il met en œuvre une procédure adaptée sur le fondement de l'article 28 du code des marchés publics, d'assurer l'information appropriée des candidats sur les critères de sélection de ces candidatures dès l'engagement de la procédure**

d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que cette information appropriée suppose que le pouvoir adjudicateur indique aussi les documents ou renseignements au vu desquels il entend opérer la sélection des candidatures ; que, par ailleurs, si le pouvoir adjudicateur entend fixer des niveaux minimaux de capacité, ces derniers doivent aussi être portés à la connaissance des candidats ; que cette information appropriée des candidats n'implique en revanche pas que le pouvoir adjudicateur indique les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures ».

CE, 22 janvier 2018, n° 414860, Société Comptoir de négoce d'équipements

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que par un courrier du 23 août 2017, **la commune de Vitry-le-François a informé la société Comptoir de négoce d'équipements du rejet de son offre et des motifs de ce rejet ; qu'à la suite d'une demande écrite de la société, la commune de Vitry-le-François a, par un courrier du 12 septembre 2017, indiqué les caractéristiques et avantages de l'offre de la société CVELUM qui avait été retenue ; que contrairement à ce qui est soutenu, les indications données sur ce point par la commune étaient suffisantes ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la commune de Vitry-le-François aurait méconnu les dispositions du I de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 précité en s'abstenant d'indiquer les caractéristiques et avantages de l'offre retenue doit être écarté** ».

Section 2 - Marchés passés selon une procédure formalisée

Article R2181-3

La notification prévue à l'article R. 2181-1 mentionne les motifs du rejet de la candidature ou de l'offre.

Lorsque la **notification de rejet** intervient après l'attribution du marché, l'acheteur communique en outre :

- 1° Le nom de l'attributaire ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de son offre ;
- 2° La date à compter de laquelle il est susceptible de signer le marché dans le respect des dispositions de l'article R. 2182-1.

Notification de rejet

CE, 1 avril 2022, n° 458793, Société Bourdarios

« L'information sur les motifs du rejet de son offre dont est destinataire l'entreprise en application des dispositions précitées a, notamment, pour objet de permettre à la société non retenue de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge du référé précontractuel saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative. **Par suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence. Cependant, un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations, mentionnées aux articles du code de la commande publique précités, a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction** ».

CE, 18 décembre 2012, n°363342, Société Serex

« Considérant qu'en statuant ainsi, alors qu'il ressortait du dossier qui lui était soumis que cette notification mentionnait, outre le délai de suspension de la signature du marché, le classement de l'offre de la société Serex en deuxième position, les notes qui lui avaient été attribuées et celles qu'avait reçues l'offre retenue, inférieure à la sienne pour le critère du prix mais supérieure pour le critère de la valeur technique, de sorte que les motifs de rejet de l'offre de la société Serex et de choix de l'attributaire se déduisaient nécessairement des termes de cette **notification**, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a dénaturé les pièces du dossier ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, la métropole Nice Côte d'Azur est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ».

CE, 24 juin 2011, n°347840, Commune de Rouen

« Ces dispositions n'interdisent pas au pouvoir adjudicateur, après avoir communiqué les motifs justifiant le rejet d'une candidature ou d'une offre, de **procéder ultérieurement à une nouvelle communication pour compléter ou préciser ces motifs, voire pour procéder à une substitution de motifs** ».

CE, 1^{er} janvier 2004, n°253509, Société Aquitaine de démolition

« Considérant que ces dispositions font obligation à la **personne responsable du marché de communiquer au candidat à un appel d'offres dont la candidature ou l'offre a été rejetée les motifs de ce rejet** ; que cette communication a notamment pour objet de permettre à l'intéressé de contester le rejet qui lui est opposé ; qu'il en résulte qu'une **méconnaissance de l'obligation de communication qui incombe à la personne responsable du marché constitue une atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence** dont il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de tirer les conséquences ».

Article R2181-4

A la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre qui n'a pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, l'acheteur communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande :

1° Lorsque les négociations ou le dialogue ne sont pas encore achevés, les informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations ou du dialogue ;

2° Lorsque le marché a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue.

TA Cergy-Pontoise, ord. 6 octobre 2021, n°2111541, Société les Petites Choses

« Il résulte de l'instruction que le courrier du 6 septembre 2021, adressé par le CNOUS à la société Les Petites Choses pour lui notifier le rejet de son offre, **précise le classement de celle-ci, deuxième sur huit, les notes qui lui ont été attribuées ainsi que le nom de la société attributaire et les notes obtenues par cette dernière, pour l'ensemble des critères et sous-critères prévus au règlement de consultation**. Il s'ensuit que la société Les Petites Choses disposait ainsi d'une **information suffisamment complète sur les motifs qui avait conduit le pouvoir adjudicateur à écarter son offre et à retenir celle de la société Cleanitud** pour contester utilement, avant que le juge des référés ne statue, les conditions dans lesquelles a été attribué le marché litigieux. Il résulte de ce qui précède que la société requérante, n'est pas fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur aurait méconnu ses obligations de transparence et de motivation et méconnu les articles précités du code de la commande publique ».

CE, 4 avril 2018, n°416577, Ministère des armées

« Considérant que par les deux courriers en date des 26 octobre et 13 novembre 2017, le pouvoir adjudicateur a informé la société Archimed que son offre, classée en seconde position pour le critère technique et pour le critère financier, n'avait pas été retenue, **lui a précisé les notes attribuées pour chacun des critères ainsi que la note globale, et lui a indiqué les caractéristiques et les avantages de l'offre de la société attributaire** ; que, par suite, la société Archimed n'est pas fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur aurait méconnu l'obligation de motiver le rejet des offres qui résulte de l'article 99 du décret précité ».

CE, 24 mai 2017, n°407047, Ville de Paris

« Considérant qu'il résulte des dispositions qui précèdent que, **s'agissant des marchés passés selon une procédure formalisée, sont seuls recevables à saisir le juge d'un référé contractuel, outre le préfet, les candidats privés de la possibilité de présenter utilement un recours précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué la décision d'attribution aux candidats non retenus** ».

Communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande

CE, 20 octobre 2006, n°278601 Syndicat des eaux de Charentes Maritimes

« Considérant qu'aux termes de l'article 76 du code des marchés publics dans sa rédaction alors en vigueur : **Dès qu'elle a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, la personne publique avise tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres. Un délai d'au moins dix jours doit être respecté entre la date à laquelle la décision est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché.** / La personne responsable du marché doit **informer également, dans les plus brefs délais, les candidats des motifs qui l'ont conduite à ne pas attribuer ou notifier le marché ou à recommencer la procédure. Sur demande écrite des candidats, la réponse est écrite.** / La personne responsable du marché **ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation : a) Serait contraire à la loi ; / b) Serait contraire à l'intérêt public ; / c) Porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises ; / d) Pourrait nuire à une concurrence loyale entre les entreprises.** ; »

Les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue**CE, 6 novembre 2020, n°437718, Société Manganelli Technology**

« Si la société Manganelli Technology soutient que la métropole européenne de Lille a manqué à ses obligations en matière d'information des candidats évincés en **omettant de l'informer des caractéristiques de l'offre retenue pour l'attribution du marché** subséquent n° 1, il résulte de l'instruction que la lettre du 12 décembre 2019 par laquelle la métropole l'a informée du rejet de son offre présentée au titre de l'accord-cadre était **suffisamment précise quant aux motifs de rejet de cette offre et aux caractéristiques de l'offre retenue** et n'avait pas, ainsi qu'il a été relevé au point 5, à faire état de son offre au titre du marché subséquent n° 1, qui n'a pas été analysée en vue d'un classement dans le cadre de la procédure de mise en concurrence contestée ».

CE, 20 octobre 2006, n°278601 Syndicat des eaux de Charentes Maritimes

« L'acheteur public ne peut, communiquer des informations dont la divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises ou pourrait nuire au libre jeu de la concurrence entre elles ».

Section 3 - Informations des candidats et soumissionnaires évincés dans le cadre d'un système de qualification passé par une entité adjudicatrice**Article R2181-5**

Les entités adjudicatrices qui établissent et gèrent un système de qualification informent les opérateurs économiques qui demandent à être qualifiés de la décision prise à leur sujet dans un délai de quatre mois à compter de la réception de leur demande de qualification. Ce délai peut être prolongé de deux mois au plus, à condition que les opérateurs économiques concernés soient informés de cette prolongation dans les deux mois qui suivent la réception de leur demande. Les motifs de cette prolongation ainsi que la date à laquelle une décision sera prise leur sont également indiqués.

Article R2181-6

Lorsque l'entité adjudicatrice décide de rejeter une demande de qualification, elle informe l'opérateur économique des motifs de sa décision, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la date de cette décision. Ces motifs doivent être fondés sur les critères de qualification mentionnés à l'article R. 2162-30.

Chapitre II - Signature et notification du marché**Section 1 - Signature du marché**

Article R2182-1

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, un délai minimal de onze jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux articles R. 2181-1 et R. 2181-3 et la date de signature du marché par l'acheteur.

Ce délai minimal est porté à seize jours lorsque cette notification n'a pas été transmise par voie électronique.

Fiche DAJ, Les recours contentieux liés à la passation des contrats de la commande publique

« Ce recours a pour but de prévenir la passation d'un contrat qui méconnaîtrait les règles de publicité et de mise en concurrence applicables. Il permet aux candidats constatant un manquement à ces règles d'obtenir du juge du référé qu'il prononce les mesures nécessaires pour y remédier, avant la signature du contrat ».

CE, 18 juillet 2024, n°492938, Association NAYMA

« En second lieu, il résulte des dispositions citées au point 2 que le pouvoir adjudicateur, lorsqu'est introduit un recours en référé précontractuel dirigé contre la procédure de passation d'un contrat, doit suspendre la signature de ce contrat à compter, soit de la communication du recours par le greffe du tribunal administratif, soit de sa notification par le représentant de l'Etat ou l'auteur du recours agissant conformément aux dispositions de l'article R. 551-1 du code de justice administrative. **S'agissant d'un recours envoyé au service compétent du pouvoir adjudicateur par des moyens de communication permettant d'assurer la transmission d'un document en temps réel, la circonstance que la notification ait été faite en dehors des horaires d'ouverture de ce service est dépourvue d'incidence, le délai de suspension courant à compter non de la prise de connaissance effective du recours par le pouvoir adjudicateur, mais de la réception de la notification qui lui a été faite.** En vertu des dispositions de l'article L. 551-14 du même code, la méconnaissance par le pouvoir adjudicateur de l'obligation de suspendre la signature du contrat ouvre la voie du recours en référé contractuel au demandeur qui avait fait usage du référé précontractuel. En outre, en vertu des dispositions de l'article L. 551-20 du même code, qui doivent être lues à la lumière de celles de l'article 2 sexes de la directive du Conseil du 21 décembre 1989 dont elles assurent la transposition, en cas de conclusion du contrat avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre, ou, comme en l'espèce, pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 du même code, le juge du référé contractuel est tenu soit de priver d'effets le contrat en l'annulant ou en le résiliant, soit de prononcer une sanction de substitution consistant en une pénalité financière ou une réduction de la durée du contrat. Enfin, le rejet des conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ne fait pas obstacle à ce que soit prononcée, même d'office, une sanction sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-20 du même code, si le contrat litigieux a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 du code de justice administrative ».

CAA de Paris, 17 octobre 2023, n° 21PA03925, Société Multiservices - Tahiti Vidanges

« En dernier lieu, l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de respecter un délai de suspension entre la notification du rejet de l'offre d'un candidat et la signature du marché vise seulement à permettre aux candidats évincés de saisir utilement le juge du référé précontractuel. **Par suite, le vice tenant au non-respect du délai de suspension invoqué par la société requérante n'affecte pas, en tout état de cause, la validité du contrat, et ne saurait, en conséquence, justifier son annulation** ».

CE, 27 juillet 2021, n°450456, Société Franck Tagawa

« Aux termes de l'article R. 2182-1 du code de la commande publique : " Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, un délai minimal de onze jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux articles R. 2181-1 et R. 2181-3 et la date de signature du marché par l'acheteur. / Ce délai minimal est porté à seize jours lorsque cette notification n'a pas été transmise par voie électronique ". Aux termes de l'article R. 2671-1 de ce même code " (...) les dispositions suivantes sont applicables en Nouvelle-Calédonie aux marchés publics conclus par l'Etat ou ses établissements

publics, sous réserve des compétences dévolues à cette collectivité (...) / (...) R. 2181-4 à R. 2182-4 (...) ».

Il ne résulte ni de ces dispositions, applicables en Nouvelle-Calédonie aux seuls contrats conclus par l'Etat ou ses établissements publics, ni de celles de la délibération du 20 mars 2019 du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, ni d'aucun principe **que s'imposerait à une collectivité territoriale de la Nouvelle-Calédonie qui attribue un marché l'obligation de respecter un délai entre l'information des candidats évincés du rejet de leur offre et la date de conclusion du contrat.** Dès lors le moyen tiré de ce que le juge des référés aurait commis une erreur de droit en jugeant que **le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'étaient pas soumis à l'obligation de respecter un délai minimal** doit être écarté ».

CE, 19 janvier 2011, n° 343435, Grand Port Maritime du Havre

« Considérant, d'une part, qu'il résulte de ces dispositions que sont seuls recevables à saisir le juge d'un référé contractuel, outre le préfet, les candidats qui n'ont pas engagé un référé précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué la décision d'attribution aux candidats non retenus ou n'a pas observé, avant de signer le contrat, un délai de onze jours après cette communication et, s'agissant des contrats non soumis à publicité préalable et des contrats non soumis à l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas rendu publique son intention de conclure le contrat ou n'a pas observé, avant de le signer, ce même délai, ainsi que ceux qui ont engagé un référé précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté l'obligation de suspendre la signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du code de justice administrative ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé ».

CE, 24 juin 2011, n°346665, Office public de l'Habitat interdépartemental de l'Essone, du Val d'Oise et des Yvelines et Sté Sény

« Considérant que les dispositions de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, qui prévoient que **le recours contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours, n'ont pas pour effet de rendre irrecevable un recours contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement présenté un recours précontractuel alors qu'il était dans l'ignorance du rejet de son offre et de la signature du marché par suite d'un manquement du pouvoir adjudicateur au respect des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics qui prévoient l'obligation de notifier aux candidats le rejet de leurs offres et fixe un délai minimum de seize jours, réduit à onze jours dans le cas d'une transmission électronique, entre la date d'envoi de cette notification et la conclusion du marché** ; que les dispositions de l'article L. 551-14 du code de justice administrative ne sauraient non plus avoir pour effet de rendre irrecevable le recours contractuel du concurrent évincé ayant antérieurement présenté un recours précontractuel qui, bien qu'informé du rejet de son offre par le pouvoir adjudicateur, ne l'a pas été, contrairement à ce qu'exige le dernier alinéa du 1° du I de l'article 80 du code des marchés publics, du délai de suspension que ce dernier s'imposait entre la date d'envoi de la notification du rejet de l'offre et la conclusion du marché ».

Article R2182-2

Le respect du délai mentionné à l'article R. 2182-1 n'est pas exigé :

- 1° Lorsque le marché est attribué au seul opérateur ayant participé à la consultation ;
- 2° Pour l'attribution des marchés subséquents, fondés sur un accord-cadre, ou des marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique.

Article R2182-3

Le marché peut être signé électroniquement, selon les modalités fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie qui figure en annexe du présent code.

Section 2 - Notification du marché

Article R2182-4

L'acheteur notifie le marché au titulaire.
Le marché prend effet à la date de réception de la notification.

CE, 22 mai 2015, n°383596, SITURV c/ AXA Corporate Solutions Assurances

« Considérant qu'aux termes de l'article 79 du code des marchés publics, applicable au marché en litige : " Les marchés publics doivent être notifiés avant tout commencement d'exécution " ; qu'ainsi que l'a relevé la cour les parties au contrat ont prévu, par les stipulations des " conditions particulières " de celui-ci, une date de prise d'effet antérieure tant à sa signature qu'à sa notification, en méconnaissance des dispositions précitées de l'article 79 du code des marchés publics ; qu'en jugeant que cette illégalité n'entachait pas d'illicéité le contrat et que l'irrégularité commise n'était pas d'une gravité suffisante, notamment en ce qu'elle n'avait pas vicié le consentement des parties, pour justifier que l'application de ce contrat fût écarté, la cour n'a pas inexactement qualifié les faits de l'espèce ; »

CAA de Marseille, 12 novembre 2012, n° 10MA01702, Société Sécuritas France

« Considérant qu'aux termes de l'article 79 du code des marchés publics dans sa rédaction applicable au litige : " Les marchés publics doivent être notifiés avant tout commencement d'exécution. La notification consiste en un envoi du marché signé au titulaire par tout moyen permettant de donner une date certaine. La date de notification est la réception du marché par le titulaire. Le marché prend effet à cette date " ; que la notification tardive de la copie d'un marché signé ne fait pas obstacle au paiement par la personne publique des prestations accomplies par le co-contractant ».

Article R2182-5

Les marchés des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics prennent effet à la date de réception de la notification du marché au titulaire sous réserve du respect des dispositions du code général des collectivités territoriales relatives au contrôle de légalité.

Chapitre III - Avis d'attribution**Article L2183-1**

L'acheteur rend public le choix de l'offre retenue, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par décret en Conseil d'Etat.

CE, 19 juillet 2023, n°465308, Société Seateam aviation

« Le principe de sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que la validité d'un contrat administratif puisse être contestée indéfiniment par les tiers au contrat. Dans le cas où, faute que tout ou partie des mesures de publicité appropriées aient été accomplies, le délai de recours contentieux de deux mois n'a pas commencé à courir, le recours en contestation de la validité du contrat ne peut être présenté au-delà d'un délai raisonnable à compter de la date à laquelle il est établi que le requérant a eu connaissance, par une publicité incomplète ou par tout autre moyen, de la conclusion du contrat, c'est-à-dire de son objet et des parties contractantes. En règle générale et sauf circonstance particulière dont se prévaudrait le requérant, un délai excédant un an ne peut être regardé comme raisonnable ».

Section 1 - Modalités de publication**Sous-section 1 - Dispositions générales****Article R2183-1**

Pour les marchés répondant à un besoin d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code, l'acheteur envoie pour publication, dans un délai maximal de trente jours à compter de la signature du marché, un avis

d'attribution dans les conditions suivantes :

1° Pour l'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements l'avis est publié dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne ;

2° Pour les autres acheteurs, l'avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne ;

3° Pour les marchés de services sociaux et autres services spécifiques, l'avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne.

Tableau DAJ, Obligations de publication d'un avis d'attribution applicables aux marchés publics de l'état et de ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial en tant que pouvoirs adjudicateurs

Tableau DAJ, Obligations de publication d'un avis d'attribution applicables aux marchés publics des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements en tant que pouvoirs adjudicateurs

Tableau DAJ, Obligations de publication d'un avis d'attribution applicables aux marchés publics des autres pouvoirs adjudicateurs que l'État, ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs groupements

CAA de LYON, 07 octobre 2021, n°21LY00022, Société Majolane de Construction

« Il résulte du principe de sécurité juridique que le destinataire d'une décision administrative individuelle qui a reçu notification de cette décision ou en a eu connaissance dans des conditions telles que le délai de recours contentieux ne lui est pas opposable doit, s'il entend obtenir l'annulation ou la réformation de cette décision, saisir le juge dans un délai raisonnable, qui ne saurait, en règle générale et sauf circonstances particulières, excéder un an. **Toutefois, cette règle ne trouve pas à s'appliquer aux litiges relatifs au règlement financier d'un marché.** La prise en compte de l'objectif de sécurité juridique, qui implique notamment que ne puissent être remises en cause indéfiniment des situations consolidées par l'effet du temps, est alors assurée, à défaut de stipulation contractuelle invoquée par les parties, par les règles de prescription prévues par la loi du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics ».

CE, 3 juin 2020, n°428845, Bureau européen d'assistance hospitalière

« Par suite, en estimant, pour écarter la fin de non-recevoir tirée de ce que les conclusions du BEAH contestant la validité du contrat litigieux, déposées le 12 mars 2015 au greffe du tribunal administratif de Nîmes, étaient tardives, **que les " avis d'attribution " du marché, publiés le 2 décembre 2014 au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces de marchés publics, conformément aux dispositions de l'article 85 du code des marchés publics alors applicable, figurant aujourd'hui à l'article R. 2183-1 du code de la commande publique, ne constituaient pas une mesure de publicité appropriée susceptible de faire courir le délai de recours contentieux, au motif que ces publications ne faisaient état que de l'attribution du marché, et non de sa conclusion,** et ne mentionnaient que les coordonnées de la cellule des marchés du centre hospitalier, mention qui pourtant relevait des modalités de la consultation du contrat, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit ».

CE, 12 juin 2013, n°365954, Delta Process

« Considérant, en second lieu, qu'il résulte également de l'instruction que, contrairement à ce que prétend la société requérante, le marché attaqué a fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence publié au BOAMP et au Journal officiel de l'Union européenne ; que les obligations de publicité préalable requises pour la passation du marché n'ont ainsi pas été méconnues ; que par ailleurs, **l'absence de publication de l'avis d'attribution du marché, à laquelle il a été, au demeurant, régulièrement procédé en l'espèce, ne peut en tout état de cause être utilement invoquée pour obtenir du juge du référé contractuel l'annulation du marché ;** qu'aucun des autres manquements invoqués par la société requérante n'étant, en tout état de cause, susceptible, sur le fondement des

dispositions précitées de l'article L. 551-18, d'entraîner l'annulation du marché, la demande d'annulation du marché passé par l'Institut national de la recherche agronomique avec la société Websourd ne peut qu'être rejetée, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur sa recevabilité ».

Article R2183-2

L'avis d'attribution est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.

Sous-section 2 - Dispositions propres à certains marchés

Article R2183-3

Pour les marchés subséquents, fondés sur un accord-cadre, l'acheteur est dispensé d'envoyer un avis d'attribution.

Article R2183-4

Pour les marchés spécifiques fondés sur un système d'acquisition dynamique et les marchés de services sociaux et autres services spécifiques, l'acheteur peut regrouper les avis d'attribution sur une base trimestrielle. Dans ce cas, il envoie ces avis groupés pour publication au plus tard trente jours après la fin de chaque trimestre.

Section 2 - Dispositions particulières au contenu des avis d'attribution

Article R2183-5

Dans les conditions fixées par l'article L. 2132-1, certaines informations sur la passation du marché peuvent ne pas être publiées au cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique en particulier, public ou privé, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

Article R2183-6

Lorsque l'appel à la concurrence a été effectué sous la forme d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif et que l'acheteur a décidé de ne pas attribuer de nouveaux marchés au cours de la période couverte par cet avis, l'avis d'attribution le mentionne expressément.

Article R2183-7

Pour les marchés de services de recherche et développement passés par une entité adjudicatrice, les informations concernant la nature et la quantité des services peuvent être limitées :

- 1° A la mention « services de recherche et développement » lorsque le marché a été passé sans publicité ni mise en concurrence préalable conformément au 1° de l'article R. 2122-11 ;
- 2° A des informations au moins aussi détaillées que celles qui figuraient dans l'avis qui a été utilisé comme appel à la concurrence.

Chapitre IV - Conservation des informations

Article L2184-1

Les acheteurs conservent les documents relatifs à la passation des marchés, dans des conditions prévues par voie réglementaire.

Section 1 - Rapport de présentation de la procédure menée par les pouvoirs adjudicateurs

Article R2184-1

Le pouvoir adjudicateur établit un rapport de présentation de la procédure de passation des marchés et des systèmes d'acquisition dynamiques répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code. L'établissement de ce rapport n'est pas exigé pour les marchés subséquents fondés sur un accord-cadre lorsque ceux-ci sont conclus sans remise en concurrence.

Article R2184-2

Le rapport de présentation comporte au moins les éléments suivants :

- 1° Le nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur, l'objet et la valeur du marché ou du système d'acquisition dynamique ;
- 2° Le nom des candidats exclus et les motifs du rejet de leur candidature ;
- 3° Le nom des candidats sélectionnés et les motifs de ce choix ;
- 4° Le nom des soumissionnaires dont l'offre a été rejetée et les motifs de ce rejet y compris, le cas échéant, les raisons qui ont amené l'acheteur à la juger anormalement basse ;
- 5° Le nom du titulaire et les motifs du choix de son offre, ainsi que, si ces informations sont connues, la part du marché que le titulaire a l'intention de sous-traiter à des tiers et le nom des sous-traitants.

Notice explicative de la DAJ, Rapport de présentation d'une consultation

Article R2184-3

Le rapport de présentation comporte en outre, lorsqu'il y a lieu, les éléments suivants :

- 1° Les motifs du recours à un marché passé sans publicité ni mise en concurrence préalable, à la procédure avec négociation ou au dialogue compétitif ;
- 2° Les motifs pour lesquels le pouvoir adjudicateur n'a pas alloué le marché, s'il ne les a pas indiqués dans les documents de la consultation ;
- 3° Les raisons pour lesquelles un chiffre d'affaires annuel minimal supérieur au plafond fixé aux articles R. 2142-6 à R. 2142-12 a été exigé, lorsque celles-ci n'ont pas été indiquées dans les documents de la consultation ;
- 4° Les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a sollicité l'utilisation de moyens de communication autres que les moyens électroniques pour la transmission des offres ;
- 5° La description des mesures appropriées prises par le pouvoir adjudicateur pour s'assurer que la concurrence n'a pas été faussée par des études et échanges préalables avec des opérateurs économiques ou par la participation d'un opérateur économique à la préparation du marché en application des articles R. 2111-1 et R. 2111-2 ;
- 6° Les conflits d'intérêts décelés et les mesures prises en conséquence ;
- 7° Les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a renoncé à passer un marché ou à mettre en place un système d'acquisition dynamique.

Article R2184-4

Dans la mesure où l'avis d'attribution contient les informations exigées aux articles R. 2184-1 à R. 2184-3, le pouvoir adjudicateur peut renvoyer, dans le rapport de présentation, à cet avis.

Article R2184-5

Lorsque le pouvoir adjudicateur est soumis à un contrôle de ses marchés, il transmet aux autorités chargées de ce contrôle le rapport de présentation en même temps que les documents contractuels.

Article R2184-6

Le rapport de présentation ou ses principaux éléments sont communiqués à la Commission européenne à sa demande.

Section 2 - Informations conservées par les entités adjudicatrices**Article R2184-7**

L'entité adjudicatrice conserve la justification des décisions relatives à la qualification, à la sélection des opérateurs économiques et à l'attribution des marchés et des systèmes d'acquisition dynamiques répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code.

Article R2184-8

L'entité adjudicatrice conserve également les informations suivantes :

- 1° Les motifs de la passation d'un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables ;
- 2° Les motifs pour lesquels elle n'a pas alloué le marché ;
- 3° Les raisons pour lesquelles elle a exigé un chiffre d'affaires annuel minimal supérieur au plafond fixé à l'article R. 2142-7, lorsque celles-ci n'ont pas été indiquées dans les documents de la consultation ;
- 4° La description des mesures appropriées qu'elle a prises pour s'assurer que la concurrence n'a pas été faussée par des études et échanges préalables avec des opérateurs économiques ou par la participation d'un opérateur économique à la préparation du marché en application des articles R. 2111-1 et R. 2111-2 ;
- 5° Les raisons pour lesquelles elle a sollicité l'utilisation de moyens de communication autres que les moyens électroniques pour la transmission des offres.

Article R2184-9

Dans la mesure où l'avis d'attribution contient les informations exigées aux articles R. 2184-7 et R. 2184-8, l'entité adjudicatrice peut se référer à cet avis.

Article R2184-10

Lorsque l'entité adjudicatrice est soumise à un contrôle de ses marchés, elle transmet aux autorités chargées de ce contrôle les informations, documents ou leurs principaux éléments mentionnés dans la présente section en même temps que les documents contractuels.

Article R2184-11

Les informations, documents ou les principaux éléments mentionnés dans la présente section sont communiqués à la Commission européenne à sa demande.

Section 3 - Durée de conservation**Article R2184-12**

L'acheteur conserve les candidatures et les offres ainsi que les documents relatifs à la procédure de passation pendant une période minimale de cinq ans à compter de la date de signature du marché.

Article R2184-13

L'acheteur conserve les pièces constitutives du marché pendant une durée minimale de cinq ans pour les marchés de fournitures ou de services et de dix ans pour les marchés de travaux, de maîtrise d'œuvre ou de contrôle technique à compter de la fin de l'exécution du marché.

Chapitre V - Abandon de la procédure**Article R2185-1**

L'acheteur peut, à tout moment, déclarer une procédure sans suite.

TA de Grenoble, 7 mai 2024, n° 2102411, Société Priams

« En premier lieu, une personne publique qui a engagé une procédure de passation d'un contrat ne saurait être tenue de conclure le contrat. Elle peut décider, sous le contrôle du juge, de renoncer à le conclure pour un motif d'intérêt général.

3. D'une part, le prétendu défaut de motivation du courrier du 24 novembre 2020 est dépourvu d'effet utile sur le bien-fondé des prétentions indemnitaires de la requête, qui au demeurant, ne fonde l'obligation de motivation alléguée sur aucun texte ni principe.

4. D'autre part, **il résulte des termes mêmes du courrier du 24 novembre 2020 cité au point 1 que l'abandon du projet en litige a été décidé eu égard à l'inadéquation de la procédure globale avec les attentes de l'équipe nouvellement élue, notamment en ce qui concerne le principe même de cession des terrains communaux cités au point 1 et les modalités de développement économique, social et patrimonial du périmètre concerné. En outre et ainsi que l'oppose en défense la Commune, la société Priams ne peut utilement à la fois alléguer que la procédure a été à tort soustraite au code de la commande publique, tout en reprochant à la commune de Beaumont son abstention à mener à son terme une procédure viciée. Dans les circonstances de l'espèce, caractérisées notamment par l'état peu avancé du projet et l'ampleur des travaux à réaliser sur le long terme si le projet avait été mené à son terme, la société Priams n'établit pas que le motif fondant l'abandon de la procédure à un stade précoce serait étranger à l'intérêt général, le " changement d'équipe politique " ne constituant pas le seul motif allégué par la collectivité, ainsi qu'il vient d'être dit.**

5. En deuxième lieu, si la société Priams soutient que le projet aurait été illégalement soustrait au champ d'application du code de la commande publique, cette faute n'est alléguée qu'au soutien de la critique du motif d'intérêt général fondant l'abandon de la procédure qui concerne toutefois tant les contrats publics que privés, ainsi qu'il a été dit au point 2 ».

CAA Toulouse, 19 décembre 2023, n°22TL00596, Société B.

« Il résulte des termes clairs et non équivoques contenus dans les courriels échangés les 26 avril et 26 juin 2018 entre la cellule des achats académiques et le concubin de Mme B..., que non seulement ce dernier a rédigé le cahier des clauses administratives particulières et le cahier des clauses techniques particulières du marché en litige mais que, surtout, il a rédigé le rapport d'analyse des offres classant l'offre de la société appelante en première position alors qu'il existait un faible écart de notation avec la deuxième offre et que son offre était la plus onéreuse. Ces éléments précis et concordants, dont la matérialité n'est pas sérieusement contredite, ont alors alerté le rectorat de l'académie de Montpellier qui a, dès lors, déclaré sans suite pour motif d'intérêt général la procédure de passation de ce marché, par une décision du 19 juillet 2018 en raison des irrégularités affectant la procédure de consultation et adressé, le 29 juin précédent un signalement au procureur de la République lequel a donné lieu à la convocation de la gérante de la société appelante et de son compagnon devant le tribunal judiciaire de Montpellier le 11 mars 2021 dans le cadre d'une procédure de comparaison sur reconnaissance préalable de culpabilité pour des faits de prise illégale d'intérêts et de recel fonds provenant d'une prise illégale d'intérêts. Indépendamment des suites pénales réservées à cette procédure judiciaire, les manœuvres ainsi employées par la société appelante, matérialisées par la collusion frauduleuse entre sa gérante et le compagnon de cette dernière et dont elle ne conteste pas la réalité, sont constitutives d'un dol et d'une fraude de nature à caractériser un vice d'une particulière gravité tenant aux conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur a donné son consentement. Par suite, indépendamment de l'existence d'un contrat conclu postérieurement à la durée du marché en litige, c'est à bon droit que le tribunal a écarté le contrat et réglé le litige sur le terrain extra-contractuel ».

CAA Marseille, 19 juin 2023, n° 21MA02899, SARL Sté coopérative de peinture et d'aménagement

« Un candidat à l'attribution d'un contrat public ne peut prétendre à une indemnisation de son manque

à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général. Constitue, notamment, un tel motif d'intérêt général, l'existence d'une irrégularité dans la procédure de passation, de nature à compromettre la validité du contrat finalement conclu.

4. Comme l'ont relevé les premiers juges, la participation au jury de Mme A..., déléguée générale salariée de l'association EnvirobatBDM, dont la présidente, Mme C..., exerçait par ailleurs les fonctions de chef de projet " bâtiment et développement durable " au sein de la société Adret Ingénieurs Associés, membre du groupement dont le mandataire était la société Eiffage, était susceptible d'entacher d'irrégularité la procédure de passation du marché. Invoquant ce motif d'intérêt général, la région pouvait, en application des dispositions précitées de l'article 98 du décret du 25 mars 2016, décider de déclarer la procédure sans suite en relançant une nouvelle procédure d'attribution.

5. Il n'est pas établi que la région aurait eu connaissance de la situation de conflit d'intérêts dès le stade de l'examen des candidatures, alors même qu'à ce stade, Mme C..., si elle siégeait au conseil d'administration de l'association EnvirobatBDM, n'en était pas encore devenue la présidente. Par ailleurs, en faisant signer par Mme A... une déclaration d'intérêts, la région a pris des mesures suffisantes pour garantir l'impartialité de la procédure. La société SCPA n'établit donc pas, en tout état de cause, que la région aurait commis une faute en ne garantissant pas l'impartialité de la procédure au moment de cet examen, une telle faute ne pouvant résulter de l'existence même du conflit d'intérêts ».

CAA Douai, 28 mai 2015, n°13DA01259, SELARL Nord Biologie

« Considérant, en premier lieu, que le département du Nord a lancé le 16 mai 2009 une procédure d'appel d'offres ouvert afin de conclure un marché à bons de commandes pour la réalisation d'analyses biologiques médicales ; que la SELARL Centre de biologie clinique, dans les droits de laquelle se trouve désormais la SELARL Nord Biologie, a présenté une offre pour les lots 1 et 4 relatifs aux zones géographiques de Lille métropole, Roubaix et Tourcoing ; que, par un courrier du 10 juillet 2009, le président du conseil général du Nord l'a avertie que ses offres avaient été retenues, avant, par un courrier du 10 août 2009, de l'informer que la procédure était déclarée sans suite ; qu'il résulte de l'instruction que **le motif retenu pour fonder cette décision tenait en un vice entachant d'irrégularité la procédure suivie ; que, dès lors, en ne donnant pas suite pour un motif d'intérêt général à la procédure engagée, le département du Nord n'a pas commis de faute** ».

CAA Paris, 4 mai 2010, n°08PA04899, Région Ile de France

« Il ne résulte pas de l'instruction, nonobstant l'argument invoqué pour justifier le renoncement de la collectivité à signer le marché dont s'agit, dont ladite société était attributaire, que ce renoncement ait été justifié par un motif d'intérêt général ; que par suite, la REGION ILE DE FRANCE, qui ne peut, eu égard aux pièces produites en appel par la société Opérationnelle communication, **contester avoir lancé, pour des motifs étrangers à l'intérêt général, une nouvelle consultation le 21 mai 2003 ayant le même objet que le marché litigieux, a commis une faute de nature à engager sa responsabilité vis à vis de la société Opérationnelle communication** ».

CE, 8 avril 1998, n°146002, Préfet de la Sarthe

« Considérant que la commission d'appel d'offres pour la construction d'un centre culturel à La Ferté-Bernard s'est réunie le 25 février 1992 en vue de procéder à l'ouverture des plis contenant les offres présentées en réponse à la consultation du 15 février 1992 ; qu'il ressort du procès-verbal de cette réunion, que la commission d'appel d'offres a, "sous réserve d'analyse", décidé de retenir "les lots n°s 2-5-6-7-8-11-13-14-17-18", mais sans préciser l'identité des entreprises effectivement retenues, ni le montant de leurs offres, et proposé de déclarer l'appel d'offres infructueux pour neuf lots ; que, dans trois rapports établis les 25, 26 mars et 7 avril 1992 ; le maître d'œuvre a fait une analyse précise des offres ; qu'il est constant, toutefois, que la commission d'appel d'offres, régulièrement composée, ne s'est pas réunie à nouveau pour examiner ces analyses ; qu'en l'absence de procès-verbal retraçant les choix faits par la commission d'appel d'offres, **le maire ne pouvait donner suite à la procédure** ; que, dès lors, les marchés signés le 31 juillet 1992 par la commune de La Ferté-Bernard en vue de la construction d'un centre culturel ont été passés au terme d'une procédure irrégulière ».

Lorsqu'il déclare une procédure sans suite, l'acheteur communique dans les plus brefs délais les motifs de sa décision de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure aux opérateurs économiques y ayant participé.

CAA Marseille, 25 oct. 2021, n° 19MA02455, Sté W4W

« Le contrat initialement passé par la région PACA sous la forme d'un marché à bon de commandes sans minimum ni maximum, et qui laisse une liberté d'action à son titulaire quant aux moyens à mettre en œuvre, était ainsi à même de répondre au besoin qui a motivé le lancement d'une nouvelle procédure d'appel d'offres à laquelle la région PACA a finalement renoncé. Si le marché déclaré sans suite se serait achevé entre 2019 et 2020, alors que le terme du marché existant était au plus tard échu en octobre 2017, **ces marchés auraient pourvu un même besoin sur leur période d'exécution commune**. Dès lors, la région n'a pas entaché ses décisions d'une erreur de fait en considérant que le marché en cours présentait une identité d'objet avec celui qu'elle devait conclure avec la société W4W. Par suite, le moyen formulé à ce titre n'est pas fondé et doit, par suite, être écarté. En second lieu, aux termes de l'article 59 du code des marchés publics applicable aux marchés conclus selon la procédure de l'appel d'offres ouvert, et alors en vigueur : " ... IV. - A tout moment, la procédure peut être déclarée sans suite pour des motifs d'intérêt général. Les candidats en sont informés. ". Il résulte du **principe de loyauté dans l'exécution des conventions qu'aucun nouveau marché ne soit passé par un pouvoir adjudicateur, quand un précédent marché encore en cours**, ayant le même objet, permet de répondre à ses besoins actuels. Dès lors, le pouvoir adjudicateur était fondé à déclarer sans suite la seconde procédure d'appel d'offre pour ce motif d'intérêt général ».

CAA Marseille, 13 sept. 2021, n° 20MA03415, SARL Mariani Frères

« Si, ainsi que l'a relevé le tribunal au point 3 du jugement attaqué, le maire de la commune de Vivario a indiqué, dans son courrier du 20 novembre 2017, classer la procédure sans suite en raison de l'existence de vices affectant sa sécurité juridique et qui seraient de nature à conduire à l'annulation du contrat en cause si elle était poursuivie, la commune n'a, en revanche, pas indiqué dans ce courrier, même si elle n'était pas tenue d'en donner la liste détaillée, **la dénomination générique des vices relevés**. Dès lors, la SARL Mariani Frères est fondée à considérer que la décision attaquée ne répondait pas aux exigences de motivation posées par l'article 98 précité du décret du 25 mars 2016. Par suite, c'est à tort que le tribunal de Bastia a considéré que la décision querellée répondait à ces exigences ».

Rép. Min., JO Sénat du 24 sept. 2020, p. 4342.

« Un refus opposé à une demande d'attribution de subventions, laquelle constitue une procédure distincte de la passation du marché, est susceptible, le cas échéant, de fonder un abandon de procédure de passation d'un marché portant sur la réalisation d'un équipement public, sous réserve toutefois que le contrat n'ait pas été signé et que la commune établisse son incapacité à financer l'opération sans les subventions sollicitées ou que les difficultés financières qui résulteraient de la réalisation de cette opération sans ces subventions peuvent être regardées comme un motif d'intérêt général justifiant que la procédure soit déclarée sans suite ».

CAA Nantes, 2 février 2016, n° 14NT01374, Société Savoir bien satisfaire

« L'**abandon de la procédure ayant abouti à l'attribution du marché susmentionné à la société SBS est dû à un défaut d'évaluation précise de ses propres besoins par le pouvoir adjudicateur et ne peut être regardé comme justifié par un motif d'intérêt général** ; que la communauté de communes du pays de Fontenay-le-Comte a ainsi commis une faute à l'égard de la société SBS, déclarée initialement attributaire du marché ».

Rép. min. n° 3068, JOAN 30 oct. 2012.

« Seul un motif d'intérêt général permet au pouvoir adjudicateur de justifier sa décision de ne pas donner suite à un appel d'offres mais cette décision doit être motivée. La motivation ne doit pas se limiter à une simple phrase générique invoquant l'intérêt général, mais doit également préciser les circonstances qui ont amené le pouvoir adjudicateur à prendre une telle décision. Les motifs susceptibles d'être invoqués peuvent être très divers. Ils peuvent être aussi bien d'ordre économique,

juridique ou technique que résulter d'un choix de gestion de la personne publique. Celle-ci peut ainsi décider d'interrompre la procédure pour une raison budgétaire lorsque, à titre d'exemple, le coût estimé des travaux dépasse le budget pouvant être alloué par la collectivité et conduit le pouvoir adjudicateur à mettre un terme à son projet. Une telle cause suppose néanmoins de démontrer l'existence et l'origine des surcoûts invoqués. Le motif d'intérêt général susceptible de fonder la décision peut également être d'ordre financier et naître du fait que les prestations, objet du marché, peuvent être réalisées pour un montant nettement moins élevé que celui initialement prévu, sur la base de solutions nouvelles. Le choix d'interrompre la procédure pour motif d'intérêt général peut aussi être justifié par l'insuffisance de concurrence, qu'elle ait été provoquée ou non par une entente entre les entreprises et alors même qu'une ou plusieurs offres sont acceptables. Le souci d'éviter les risques tenant aux incertitudes ayant affecté la consultation des entreprises ou de mettre fin à une procédure entachée d'irrégularité constitue un autre motif d'intérêt général. Au titre des irrégularités peuvent ainsi être relevés une contradiction entre le règlement de la consultation et le cahier des charges administratives particulières ou le fait que le document technique contienne des dispositions discriminatoires. La décision peut aussi être motivée par la présence d'erreurs dans les exigences techniques des prestations, rendant impossible le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. La déclaration sans suite peut enfin trouver son fondement dans la disparition du besoin de la personne publique. Cependant, l'abandon de la procédure ne doit pas être généré par une mauvaise appréhension de ses besoins par le pouvoir adjudicateur ».

Titre IX - EXÉCUTION DU MARCHÉ

Chapitre Ier - EXÉCUTION FINANCIÈRE

Article L2191-1

Sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire, les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux marchés passés par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.

Toutefois, les dispositions de la section 3 du présent chapitre s'appliquent également aux établissements publics de l'Etat ayant un caractère industriel et commercial.

Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables à la Caisse des dépôts et consignations.

Article R2191-1

Les acheteurs mentionnés à l'article R. 2100-1 ne sont pas soumis aux dispositions du présent chapitre, à l'exception de celles des articles R. 2191-20 et R. 2191-21.

Toutefois, Pôle Emploi et, pour leurs achats destinés à la conduite de leurs activités de recherche, les établissements publics de l'Etat à caractère administratif ayant dans leurs statuts une mission de recherche sont soumis aux dispositions des sections 1 à 3 du présent chapitre.

Article R2191-2

Les acheteurs non soumis aux dispositions du présent chapitre peuvent volontairement en faire application.

Section 1 - Avances

Article L2191-2

Les marchés passés par les acheteurs mentionnés à l'article L. 2191-1 donnent lieu à des versements à titre d'avances, dans les conditions prévues par voie réglementaire.

Fiches DAJ

Sous-section 1 - Dispositions générales

Paragraphe 1 - Principe de versement d'une avance

Article L2191-3

Les clauses du marché relatives au taux et aux conditions de versement de l'avance ne peuvent être modifiées en cours d'exécution.

CE, 7 mars 1990, n°67901, société Campenon-Bernard

« Aucune disposition ne fait obstacle à ce qu'un marché comporte une clause de révision des avances forfaitaires dues par l'administration au titulaire du marché »

Article R2191-3

L'acheteur accorde une avance au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché est supérieur à 50 000 euros hors taxes et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois.

CE, 4 mars 2020, n°423443, Société Savima

« Lorsque le marché est résilié avant que l'avance puisse être remboursée par précompte sur les prestations dues, **le maître d'ouvrage peut obtenir le remboursement de l'avance versée au titulaire du marché ou à son sous-traitant sous réserve des dépenses qu'ils ont exposées et qui correspondent à des prestations prévues au marché et effectivement réalisées....** »,2) En cas de résiliation pour faute du marché, le remboursement de l'avance par le sous-traitant ne fait pas obstacle à ce que celui-ci engage une action contre le titulaire du marché et lui demande, le cas échéant, réparation du préjudice que cette résiliation lui a causé à raison des dépenses engagées en vue de l'exécution de prestations prévues initialement au marché ».

Article R2191-4

L'acheteur peut prévoir le versement d'une avance dans les cas où elle n'est pas obligatoire.

CE, 30 décembre 1998, n°151108, Caisse Franco-Néerlandaise de Cautionnement

« Ce cautionnement ou cette caution personnelle et solidaire couvre, à concurrence de leur montant, l'ensemble des dettes contractuelles nées du marché, et, notamment, le remboursement de l'avance forfaitaire accordée au titulaire du marché; que, toutefois, cette garantie ne s'étend pas aux avances facultatives ».

Article R2191-5

Le titulaire du marché peut refuser le versement de l'avance.

TA de Melun, 9 mai 2017, n° 1410541

« Considérant qu'aux termes de l'article 8.3 du cahier des clauses administratives particulières : « Une avance est accordée au titulaire du marché conformément à l'article 87 du code des marchés publics. / Le montant de l'avance est de 5 % du montant initial, toutes taxes comprises, du marché. / Le titulaire peut néanmoins refuser le versement de l'avance forfaitaire. » ; »

Paragraphe 2 - Modalités de calcul du montant de l'avance

Article R2191-6

Lorsqu'une partie du marché est sous-traitée, le montant initial du marché est diminué du montant des prestations confiées au sous-traitant et donnant lieu au paiement direct.

CAA de Toulouse, 29 mars 2022, n°20TL03317, SAS URBATP Carrières et Marbres

« Il résulte de ces dispositions combinées qu'en l'absence de modification des stipulations du contrat de sous-traitance relatives au volume des prestations du marché dont le sous-traitant assure l'exécution ou à leur montant, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal ne peuvent, par un acte spécial modificatif, réduire le droit au paiement direct du sous-traitant. En revanche, le droit à ce paiement reste

subordonné à la réalisation effective des prestations sous-traitées ».

Article R2191-7

Lorsque la durée du marché est inférieure ou égale à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % du montant initial toutes taxes comprises du marché.

Lorsque la durée du marché est supérieure à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % d'une somme égale à douze fois le montant initial toutes taxes comprises du marché divisé par sa durée exprimée en mois.

Lorsque le titulaire du marché public ou son sous-traitant admis au paiement direct est une petite ou moyenne entreprise mentionnée à l'article R. 2151-13, le taux minimal de l'avance est porté à :

1° 30 % pour les marchés publics passés par l'Etat ;

2° 10 % pour les marchés publics passés par les établissements publics administratifs de l'Etat, autres que les établissements publics de santé, dont les charges de fonctionnement constatées dans le compte financier au titre de l'avant-dernier exercice clos sont supérieures à 60 millions d'euros ;

3° 10 % pour les marchés publics passés par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, dont les dépenses réelles de fonctionnement constatées dans le compte de gestion du budget principal au titre de l'avant-dernier exercice clos sont supérieures à 60 millions d'euros.

Les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements peuvent conditionner le versement de l'avance à la constitution d'une garantie à première demande. Cette garantie peut porter sur tout ou partie de l'avance. Les deux parties peuvent s'accorder pour substituer à cette garantie une caution personnelle et solidaire. La constitution de cette garantie ne peut toutefois être exigée des personnes publiques titulaires d'un marché.

Article R2191-8

L'acheteur peut porter le montant de l'avance au-delà de 30 % du montant calculé conformément aux dispositions de l'article R. 2191-7. Il peut alors en conditionner le versement à la constitution d'une garantie à première demande. Cette garantie peut porter sur tout ou partie de l'avance. Les deux parties peuvent s'accorder pour substituer à cette garantie une caution personnelle et solidaire. La constitution de cette garantie ne peut toutefois être exigée des personnes publiques titulaires d'un marché.

CC, Ch. Crim., 9 Septembre 2020, n° 19-85.374

« Le fait de modifier illicitement le montant de l'avance après attribution du marché constitue donc, pour les entreprises qui en bénéficient, un avantage injustifié »

CE, 21 mars 2001, n°195508, M. X.

« Le versement d'une avance correspondant au montant total du marché est en contradiction avec le code des marchés publics ».

Article R2191-9

Le montant de l'avance ne peut être affecté par la mise en œuvre d'une clause de variation de prix.

Article R2191-10

Les clauses du marché précisent les conditions de versement de l'avance ainsi que son taux.

CAA, 8 octobre 2010, n°09PA04101, Ministre du Budget

« Les entrepreneurs de travaux immobiliers qui acquittent la taxe sur la valeur ajoutée et perçoivent, au cours de l'exécution d'un marché, des avances forfaitaires, doivent, dans la mesure où elles constituent le paiement anticipé d'une partie du montant des travaux, soumettre ces avances à la taxe sur la valeur ajoutée au moment de leur encaissement ».

Paragraphe 3 - Modalités de remboursement de l'avance

Article R2191-11

Le remboursement de l'avance s'impute sur les sommes dues au titulaire, selon un rythme et des modalités fixées par les clauses du marché par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes, de règlement partiel définitif ou de solde.

Dans le silence du marché, le remboursement de l'avance est échelonné en tenant compte du montant de l'avance accordée et des sommes restant dues au titulaire. Ce remboursement s'impute par précompte sur les sommes dues au titulaire et débute :

1° Pour les avances inférieures ou égales à 30 % du montant toutes taxes comprises du marché, quand le montant des prestations exécutées atteint 65 % du montant toutes taxes comprises du marché ;

2° Pour les avances supérieures à 30 % du montant toutes taxes comprises du marché, à la première demande de paiement.

Remboursement en cas de faute pour résiliation du marché

CAA de Bordeaux, 10 octobre 2023, 21BX04437, Sté SHM Events

« En quatrième et dernier lieu, la société SHM Events ne peut utilement soutenir qu'elle n'a commis aucune faute dans l'exécution de ses obligations contractuelles pour demander l'annulation des titres exécutoires litigieux dès lors que ceux-ci ont pour seul objet le remboursement des avances versées par la commune, que l'annulation du spectacle a privée de toute contrepartie, et ne se fonde pas sur une quelconque faute commise par la société dans l'exécution du contrat ».

CE 1^{er} juin 2023, n°462211, CH de Capesterre Belle-Eau

« Lorsque le marché est résilié avant que l'avance puisse être remboursée par précompte sur les prestations dues, le maître d'ouvrage peut obtenir le remboursement de l'avance versée au titulaire du marché ou à son sous-traitant sous réserve des dépenses qu'ils ont exposées et qui correspondent à des prestations prévues au marché et effectivement réalisées. **S'agissant des prestations réalisées par le sous-traitant, il appartient au maître d'ouvrage de consulter le titulaire du marché pour s'assurer que ces conditions remplies. En cas de résiliation pour faute du marché, le remboursement de l'avance par le sous-traitant ne fait pas obstacle à ce que celui-ci engage une action contre le titulaire du marché et lui demande, le cas échéant, réparation du préjudice que cette résiliation lui a causé à raison des dépenses engagées en vue de l'exécution de prestations prévues initialement au marché ».**

CE, 4 mars 2020, n° 423443, Sté Savima

« Lorsque le marché est résilié avant que l'avance puisse être remboursée par précompte sur les prestations dues, le maître d'ouvrage peut obtenir le remboursement de l'avance versée au titulaire du marché ou à son sous-traitant sous réserve des dépenses qu'ils ont exposées et qui correspondent à des prestations prévues au marché et effectivement réalisées ».

CAA de Lyon, 13 juillet 1993, 91LY00405, Banque Populaire Bretagne-Atlantique

« L'établissement de crédit ne peut se prévaloir des règles régissant la compensation pour s'opposer à l'imputation sur la somme qui lui est due par l'effet de la cession de la créance correspondant à cet acompte, d'avances forfaitaires consenties antérieurement par le maître d'ouvrage débiteur cédé au titulaire du marché, alors même que le remboursement de ces avances n'est pas exigible au moment où cette cession de créance est notifiée au maître d'ouvrage ».

Article R2191-12

Lorsque le montant de l'avance est inférieur à 80 % du montant toutes taxes comprises du marché, son remboursement doit être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80 % du montant toutes taxes comprises du marché.

Dans les autres cas, dans le silence du marché, l'avance est intégralement remboursée

~~lorsque le montant toutes taxes comprises des prestations exécutées atteint le montant de l'avance accordée.~~

TA Caen 3^{ème} chambre n°2102319 27 octobre 2023

« Les avances accordées et versées au titulaire d'un marché ont pour objet de lui fournir une trésorerie suffisante destinée à assurer le préfinancement de l'exécution des prestations qui lui ont été confiées. Le principe et les modalités de leur remboursement sont prévus par les dispositions de l'article 111 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, dont la substance a été reprise aux articles R. 2191-11 et R. 2191-12 du code de la commande publique, qui permettent au maître d'ouvrage d'imputer le remboursement des avances par précompte sur les sommes dues au titulaire du marché à titre d'acomptes, de règlement partiel définitif ou de solde. **Il résulte de la combinaison de ces dispositions que lorsque le marché est résilié avant que l'avance puisse être remboursée par précompte sur les prestations dues, le maître d'ouvrage peut obtenir le remboursement de l'avance versée au titulaire du marché ou à son sous-traitant sous réserve des dépenses qu'ils ont exposées et qui correspondent à des prestations prévues au marché et effectivement réalisées ».**

Sous-section 2 - Dispositions particulières

Paragraphe 1 - Marchés à tranches

Article R2191-13

Dans le cas d'un marché à tranche optionnelle, une avance est versée au titulaire pour chaque tranche affermie dans les conditions prévues à la sous-section 1.

Article R2191-14

~~Pour chaque tranche affermie, lorsque le montant de l'avance est inférieur à 80 % du montant toutes taxes comprises de la tranche, son remboursement doit être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80 % du montant toutes taxes comprises de la tranche affermie.~~

~~Dans les autres cas, dans le silence du marché, l'avance est intégralement remboursée lorsque le montant toutes taxes comprises des prestations exécutées atteint le montant de l'avance accordée.~~

Paragraphe 2 - Marchés reconductibles

Article R2191-15

Dans le cas d'un marché reconductible, une avance est versée au titulaire pour chaque reconduction dans les conditions prévues à la sous-section 1.

Paragraphe 3 - Accords-cadres à bons de commande

Article R2191-16

Lorsque l'accord-cadre exécuté par l'émission de bons de commande ne prévoit pas de montant minimum, l'avance est accordée pour chaque bon de commande remplissant les conditions prévues à la sous-section 1.

Article R2191-17

Lorsque l'accord-cadre exécuté par l'émission de bons de commande prévoit un montant minimum supérieur à 50 000 euros hors taxes, l'avance est accordée en une seule fois sur la base de ce montant minimum.

Article R2191-18

Lorsque l'accord-cadre exécuté par l'émission de bons de commande prévoit un montant

minimum supérieur à 50 000 euros hors taxes et est conclu par un groupement de commande, l'avance peut être accordée dans les conditions fixées à l'article R. 2191-16 dès lors que chaque membre du groupement procède au paiement des prestations qu'il a commandées.

Article R2191-19

~~Lorsque le montant de l'avance est inférieur à 80 % du montant calculé conformément aux dispositions des articles R. 2191-16 à R. 2191-18, le remboursement de l'avance doit être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80 % du montant toutes taxes comprises des prestations qui lui sont confiées au titre :~~

~~1° Du bon de commande dans le cas d'un accord-cadre à bons de commande ne comportant pas de minimum fixé en valeur ;~~

~~2° Du montant minimum dans le cas d'un accord-cadre à bons de commandes comportant un montant minimum fixé en valeur.~~

~~Dans les autres cas, dans le silence du marché, l'avance est intégralement remboursée lorsque le montant toutes taxes comprises des prestations exécutées atteint le montant de l'avance accordée.~~

Section 2 - Acomptes

Article L2191-4

Les marchés passés par les acheteurs mentionnés à l'article L. 2191-1 donnent lieu à des versements à titre d'acomptes dans les conditions prévues par voie réglementaire, dès lors que les prestations ont commencé à être exécutées.

Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte.

CE, 13 juin 2003, n°238099, Commune de Dampleux

« Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit à des acomptes ».

CE, 17 novembre 1982, n°09266, Commune de Font-Romeu

« Ces entreprises qui [...] ont commencé à exécuter les travaux avant l'approbation du marché ont été privées des avances et acomptes prévus par ce marché, lesquels ne pouvaient, alors même qu'elles auraient produit préalablement leurs situations de travaux, leur être versés qu'après l'approbation dudit marché ».

Article R2191-20

Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution ouvrent droit à des acomptes.

Les acomptes n'ont pas le caractère de paiements définitifs.

CAA Nancy, 23 avril 2012, n°11NC01278, Société SAS Amocle.

« La circonstance que le CHU ait fait droit à la demande de la société AMOCLE de versements d'acomptes mensuels ne fait donc pas obstacle à ce que le CHU demande, lors du décompte des travaux faisant suite à la résiliation du marché, le remboursement d'un trop perçu à raison de prestations non exécutées ».

CAA de Marseille, 22 juin 2015, n°14MA04604, Société Bancillon BTP

« Dans le cas où il tarde à payer le montant d'un acompte dû, le maître d'ouvrage est redevable à l'entrepreneur d'intérêts moratoires, qui courent à compter de l'expiration d'un délai de 45 jours à compter de la réception de la demande d'acompte, et dont le taux correspond au taux de l'intérêt légal en vigueur à la date de réception de la demande majoré de deux points ; que, [lorsque] ces intérêts n'ont pas été ajoutés aux sommes dues par le maître de l'ouvrage au moment de l'établissement du décompte général, [ils] restent donc dus ; »

CE, 14 octobre 2005, n°275066, Département de la Seine-Maritime

« Lorsque le maître de l'ouvrage ne procède pas au versement d'acomptes auxquels a droit le titulaire du marché, ce dernier peut demander au juge des référés le versement d'une provision représentative de tout ou partie de leur montant ; que, toutefois, la notification par la personne responsable du marché, après l'achèvement des travaux, d'une décision prononçant des pénalités pour retard dans leur exécution, fait obstacle, alors même que le décompte général n'aurait pas encore été notifié à l'entreprise, à ce que ses demandes de paiement d'acomptes présentées antérieurement soient regardées, à concurrence du montant de ces pénalités, comme susceptibles de faire naître une obligation non sérieusement contestable à la charge du maître d'ouvrage »

CE, 3 décembre 2003, n°253748, Société Bernard Travaux Polynésie

« Si l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché de travaux publics est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde, arrêté lors de l'établissement du décompte définitif, détermine les droits et obligations définitifs des parties, cette règle ne fait toutefois pas obstacle, eu égard notamment au caractère provisoire d'une mesure prononcée en référé, à ce qu'il soit ordonné au maître d'ouvrage de verser au titulaire d'un tel marché une provision au titre d'une obligation non sérieusement contestable lui incombant dans le cadre de l'exécution du marché, alors même que le décompte général et définitif n'aurait pas encore été établi. Il en est ainsi notamment lorsque le maître de l'ouvrage ne procède pas au versement d'acomptes auxquels a droit le titulaire du marché ».

Article R2191-21

Le montant des acomptes correspond à la valeur des prestations auxquelles ils se rapportent. Le cas échéant, il est diminué de la fraction correspondante de la retenue de garantie mentionnée à l'article R. 2191-32.

CE, 15 avril 1988, n°52618, Société entreprise Hypotra

« L'office, en ne procédant pas au règlement des acomptes dus au titre des situations de travaux établies en novembre et décembre 1975 a méconnu ses obligations contractuelles, cette faute du maître de l'ouvrage n'autorisait pas l'entreprise qui ne se trouvait pas, eu égard au faible montant des acomptes non réglés, dans l'impossibilité de poursuivre les travaux, à interrompre ceux-ci ».

Article R2191-22

La périodicité du versement des acomptes est fixée au maximum à trois mois. Lorsque le titulaire du marché est une petite ou moyenne entreprise ou un artisan au sens de l'article R. 2151-13, une société coopérative de production, un groupement de producteurs agricoles, une société coopérative d'artisans, une société coopérative d'artistes ou une entreprise adaptée, ce délai est ramené à un mois pour les marchés de travaux, et, sur demande du titulaire du marché, pour les marchés de fournitures et de services.

Section 3 - Régime des paiements**Article L2191-5**

Tout paiement différé est interdit dans les marchés passés par l'Etat, ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements.

Tout paiement différé est interdit**CE, 30 juin 1999, n°169336-169545, Département de l'Orne**

« La rémunération du groupement cocontractant s'effectuera par le versement d'annuités pendant les 16 années de la durée du contrat ; que les travaux seront réalisés sur une durée de 10 mois à compter de la date de la notification du marché et leur paiement étalé sur 16 ans ; que ces paiements constituent

des "paiements différés" [...] qu'ils ne peuvent être autorisés que par un arrêté interministériel »

CE, 8 février 1999, n°150931, Préfet des Bouches du Rhone

« La rémunération du groupement cocontractant s'effectuera par le versement d'annuités pendant les seize années de la durée du contrat ; que les travaux seront réalisés sur une durée de 3 mois à 4 ans à compter de la date de la notification du marché et leur paiement étalé sur 5 à 16 ans ; que ces paiements constituent des "paiements différés ».

Article L2191-6

En cas de marché global ayant pour objet la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut contribuer au paiement de la construction.

Sous-section 1 - Dispositions générales**Article R2191-23**

Les prestations effectuées par le titulaire d'un marché qui donnent lieu à versement d'avances ou d'acomptes, à règlement partiel définitif, ou à paiement pour solde, sont constatées par un écrit établi par l'acheteur ou vérifié et accepté par lui.

Article R2191-24

Dans le cas des marchés passés en lots séparés, le titulaire de plusieurs lots présente des factures distinctes pour chaque lot ou une facture globale identifiant distinctement les différents lots.

Article R2191-25

Dans le cas où le marché prévoit l'échelonnement de son exécution et des versements auxquels il donne lieu, aucune créance ne peut devenir exigible, aucun intérêt moratoire ne peut commencer à courir avant les dates prévues.

Sous-section 2 - Règlement partiel définitif**Article R2191-26**

Un règlement partiel définitif est un règlement non susceptible d'être remis en cause par les parties après son paiement, notamment lors de l'établissement du solde. A l'exception des marchés de travaux, l'acheteur peut prévoir des règlements partiels définitifs.

CE, 10 octobre 2012, n°348476, Société Eiffage Travaux Publics Méditerranée

« Chaque commande d'un marché de travaux à bons de commande donne lieu à des prestations propres pouvant faire l'objet d'une réception et d'un règlement dès leur réalisation ; que, par suite, sauf à ce que le contrat renvoie le règlement définitif de l'ensemble des commandes au terme du marché, chaque commande de travaux peut donner lieu à un règlement définitif ».

CAA Marseille, 14 février 2011, n° 08MA02493, Société Eiffage Travaux Publics Méditerranée

« Le paiement des travaux commandés, par le département, présente un caractère définitif. [...] Ni le fait que de telles prestations sont indispensables à l'exécution dans les règles de l'art des travaux prévus au marché, ni la faute que le département aurait commise en tardant à notifier un bordereau des prix supplémentaire ne dispensait la société requérante d'en réclamer le règlement, lors de l'émission des factures successives relatives aux travaux prévus expressément au marché ».

Sous-section 3 - Mise en œuvre de la clause de variation de prix

Article R2191-27

Lorsque le marché comporte une clause de variation de prix, la valeur finale des références utilisées pour l'application de cette clause est appréciée au plus tard à la date de réalisation des prestations telle que prévue par le marché, ou à la date de leur réalisation réelle si celle-ci est antérieure.

Article R2191-28

Le paiement calculé sur la base des valeurs finales de référence utilisées pour l'application de la clause de variation de prix intervient au plus tard trois mois après la date à laquelle sont publiées ces valeurs.

Lorsque la valeur finale des références n'est pas connue à la date où doit intervenir un acompte ou un paiement partiel définitif, l'acheteur procède à un règlement provisoire sur la base des dernières références connues.

Article R2191-29

Lorsque les avances sont remboursées par précompte sur les sommes dues à titre d'acompte ou de solde, le précompte est effectué après application de la clause de variation de prix sur le montant initial de l'acompte ou du solde.

CE, Ass., 15 septembre 2022, n°405540, relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision

« Ainsi qu'il a été dit aux points 4 à 8, ces modifications peuvent concerner, sur le fondement des dispositions du code de la commande publique, sous réserve qu'elles ne changent pas la nature globale du contrat, tant les caractéristiques et conditions d'exécution des prestations que le prix ou les tarifs, leur montant ou les modalités de leur détermination, ou encore la durée initialement convenus. Les contrats peuvent aussi être modifiés afin d'y introduire une clause de variation des prix ou de réexamen si le contrat n'en contient pas, ou de faire évoluer une clause existante qui se serait révélée insuffisante ».

Sous-section 4 - Règles applicables en cas de résiliation du marché

Article R2191-30

En cas de résiliation totale ou partielle du marché, les parties peuvent s'accorder, sans attendre la liquidation définitive du solde, sur un montant de dettes et de créances, hors indemnisation éventuelle, acceptées par elles, à titre provisionnel.

Si le solde est créditeur au profit du titulaire, l'acheteur lui verse 80 % de ce montant. S'il est créancier au profit de l'acheteur, le titulaire lui reverse 80 % de ce montant. Un délai peut être accordé au titulaire pour s'acquitter de sa dette. Dans cette hypothèse, le titulaire doit fournir la garantie prévue à l'article R. 2191-44.

Article R2191-31

En cas de résiliation du marché ouvrant droit à indemnisation, si les parties ne parviennent pas, dans un délai de six mois à compter de la date de la résiliation, à un accord sur le montant de l'indemnité, le titulaire perçoit, à sa demande, le montant que l'acheteur a proposé.

CE, 18 mai 2021, n°442530, Société Alapont France

« Les fautes commises par le cocontractant de la personne publique dans l'exécution du contrat sont susceptibles, alors même qu'elles ne seraient pas d'une gravité suffisante pour justifier la résiliation du contrat aux torts du titulaire, de limiter en partie son droit à l'indemnisation du préjudice qu'il subit du fait de cette résiliation irrégulière. [...] Par suite, commet une erreur de droit la cour qui condamne la personne publique à réparer l'intégralité du préjudice subi par son cocontractant du fait de la résiliation

irrégulière du contrat, sans tenir compte des fautes commises par ce dernier dans l'exécution du contrat dont elle avait constaté l'existence tout en considérant qu'elles n'étaient pas d'une gravité suffisante pour justifier la résiliation du contrat aux torts du titulaire ».

CAA, Marseille, 16 avril 2012, n°09MA03162, Commune de Javols

« L'exercice du pouvoir de résiliation unilatérale pour un motif d'intérêt général que l'autorité administrative tient des règles générales applicables aux contrats administratifs ouvre droit au cocontractant à la réparation intégrale du préjudice subi couvrant les dépenses qu'il a exposés et le manque à gagner dont il a été privé ; [...] que le manque à gagner doit être déterminé en fonction non de la marge brute constaté dans son activité mais du bénéfice net que lui aurait procuré le marché s'il avait été poursuivi ».

CE, 11 décembre 1991, n°81588, SARM Société niçoise pour l'extension de l'aéroport (SONEXA)

La résiliation d'un marché, rendu définitivement impossible en cas de force majeure, donne droit à une société, aux termes d'une clause contractuelle, « à la réparation des pertes de matériel directement provoquées par le cas de force majeure et subies tant par elle-même que par les entreprises et les sous-traitants qu'elle représente ; qu'elle ne saurait, en revanche, prétendre à l'indemnisation du manque à gagner, qui est imputable à la résiliation du contrat, ni, faute de justifications permettant d'apprécier le bien-fondé de sa demande, au paiement de sommes que l'une des sociétés représentées a dû régler à l'union pour le recouvrement de la sécurité sociale et des allocations familiales ; qu'elle ne saurait non plus prétendre à l'indemnisation des pertes, qui ne sont pas directement imputables au sinistre ».

CE, 23 mai 1962, n°41178, Ministre des Finances et des Affaires économiques c/ Société financière d'exploitation industrielle.

« En l'absence de toute faute de sa part, l'entrepreneur a droit à la réparation intégrale du préjudice résultant pour lui de la résiliation anticipée du contrat ».

CE, 15 avril 1959, n°35200, Ville de Puteaux

« Dans les circonstances de sus exposées de l'affaire, la commune doit être regardée comme ayant ordonné la cessation absolue des travaux ; [...] que cette résiliation engage la responsabilité de la commune ; que l'insuffisance des crédits disponibles ne constitue pas un cas de force majeure exonérant de cette responsabilité ; [...] que l'intéressé à droit, en outre, à une indemnité pour la perte de bénéfice qu'il a éprouvée du fait de l'inexécution du contrat ; qu'un tel dommage, eu égard à sa nature, doit être apprécié à l'époque où il a été subi, c'est-à-dire, en l'espèce au moment de la résiliation ».

Section 4 - Garanties

Article L2191-7

Les marchés peuvent prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie, une garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par décret en Conseil d'Etat.

Sous-section 1 - Retenue de garantie

Article R2191-32

La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves formulées à la réception des prestations du marché et, le cas échéant, celles formulées pendant le délai de garantie lorsque les malfaçons n'étaient pas apparentes ou que leurs conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception.

Article R2191-33

Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial du marché augmenté, le cas échéant, du montant des modifications en cours d'exécution. Lorsque le titulaire du marché public est une petite ou moyenne entreprise mentionnée à l'article R. 2151-13, ce taux ne peut être supérieur à 3 % pour les marchés publics passés par :

1° L'Etat ;

2° Les établissements publics administratifs de l'Etat, autres que les établissements publics de santé, dont les charges de fonctionnement constatées dans le compte financier au titre de l'avant-dernier exercice clos sont supérieures à 60 millions d'euros ;

3° Les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, dont les dépenses réelles de fonctionnement constatées dans le compte de gestion du budget principal au titre de l'avant-dernier exercice clos sont supérieures à 60 millions d'euros.

Article R2191-34

La retenue de garantie est prélevée par fractions sur les acomptes, les règlements partiels définitifs et le solde.

Dans l'hypothèse où le montant des sommes dues au titulaire ne permettrait pas de procéder au prélèvement de la retenue de garantie, celui-ci est tenu de constituer une garantie à première demande selon les modalités prévues à la sous-section 2 de la présente section. Le deuxième alinéa n'est pas applicable aux personnes publiques titulaires d'un marché.

Article R2191-35

Lorsque le marché prévoit une retenue de garantie, celle-ci est remboursée dans un délai de trente jours à compter de la date d'expiration du délai de garantie.

Toutefois, si des réserves ont été notifiées au créancier pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, la retenue de garantie est remboursée dans un délai de trente jours après la date de leur levée.

CAA de Bordeaux, 3e chambre, du 16 mai 1994, n°92BX00621, Société Polymark France

« En l'absence de réception des travaux la retenue de garantie doit être restituée à la date à laquelle le cocontractant du maître de l'ouvrage doit être regardé comme ayant pour l'essentiel satisfait à ses obligations contractuelles ».

Sous-section 2 - Garantie à première demande et caution personnelle et solidaire

Article R2191-36

Le titulaire du marché a la possibilité, pendant toute la durée du marché, de substituer à la retenue de garantie une garantie à première demande ou, si l'acheteur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire.

L'objet de cette garantie de substitution est identique à celui de la retenue de garantie qu'elle remplace.

CE, 10 mai 1996, n°159980, Fédération nationale des travaux publics

« Les obligations que la garantie à première demande impose au garant peuvent légalement être différentes de celles qui incombent au titulaire du marché du fait de la retenue de garantie ».

Article R2191-37

La garantie de substitution est établie selon un modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.

Article R2191-38

La garantie de substitution est constituée pour le montant total du marché y compris les modifications en cours d'exécution.

Le montant de la garantie de substitution ne peut être supérieur à celui de la retenue de garantie qu'elle remplace.

Article R2191-39

Lorsque le titulaire du marché est un groupement solidaire, la garantie de substitution est fournie par le mandataire pour le montant total du marché.

Lorsque le titulaire du marché est un groupement conjoint, chaque membre du groupement fournit une garantie de substitution correspondant aux prestations qui lui sont confiées. Si le mandataire du groupement conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement, la garantie de substitution peut être fournie par le mandataire pour le montant total du marché.

Article R2191-40

Dans l'hypothèse où la garantie de substitution ne serait pas constituée ou complétée au plus tard à la date à laquelle le titulaire remet la demande de paiement correspondant au premier acompte, la fraction de la retenue de garantie correspondant à l'acompte est prélevée par l'acheteur.

Lorsque la garantie de substitution a été constituée après la date fixée au premier alinéa, les montants déjà prélevés au titre de la retenue de garantie sont reversés au titulaire.

Article R2191-41

L'organisme apportant sa garantie est choisi parmi les tiers agréés par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Lorsque cet organisme est étranger, il est choisi parmi les tiers agréés dans son pays d'origine.

L'acheteur peut récuser l'organisme qui doit apporter sa garantie.

Article R2191-42

Les établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande sont libérés un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie.

Toutefois, si des réserves ont été notifiées pendant le délai de garantie au titulaire du marché et aux établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, les établissements sont libérés de leurs engagements un mois au plus tard après la date de leur levée.

Sous-section 3 - Autres garanties

Article R2191-43

Le marché peut prévoir d'autres garanties que celle prévues à la sous-section 1 pour l'exécution d'un engagement particulier.

Article R2191-44

En cas de résiliation d'un marché qui n'a pas prévu de retenue de garantie, lorsqu'un délai est accordé au titulaire dans les conditions prévues à l'article R. 2191-30 pour reverser à l'acheteur 80 % du montant de l'éventuel solde créditeur apparu au profit de celui-ci, le titulaire fournit une garantie à première demande ou, si l'acheteur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire.

Section 5 - Cession ou nantissement des créances

Article L2191-8

Le titulaire d'un marché peut céder la créance qu'il détient sur l'acheteur à un établissement de crédit ou à un autre cessionnaire.

Le titulaire d'un marché peut nantir la créance qu'il détient sur l'acheteur auprès d'un établissement de crédit ou d'un autre créancier.

Article R2191-45

Le montant maximum de la créance que le titulaire peut céder ou donner en nantissement correspond au montant du marché diminué du montant des prestations sous-traitées et donnant lieu à paiement direct.

Sous-section 1 - Exemple unique et certificat de cessibilité**Paragraphe 1 - Modalités de remise de l'exemple unique et du certificat de cessibilité****Article R2191-46**

Lorsque le titulaire du marché souhaite céder ou nantir sa créance, il en informe l'acheteur qui lui communique :

1° Soit une copie de l'original du marché revêtue d'une mention signée par l'acheteur indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemple en vue de permettre au titulaire de céder ou de nantir la créance résultant du marché ;

2° Soit un certificat de cessibilité conforme à un modèle et dématérialisé selon des modalités définies par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.

CAA de LYON, 25 janvier 2022, 19LY04627, société Campenon Bernard Centre-Est, société Vinci construction maritime et fluvial et société Lyonnaise d'éclairage

« Conformément aux prescriptions de l'article 107 du code des marchés publics, elle devait, pour la rendre opposable à la métropole de Lyon, notifier ou signifier la cession de créance au comptable public assignataire de la collectivité. Les sociétés appelantes ne sauraient utilement se prévaloir de ce que le protocole conclu le 3 août 2015 prévoyait que la société VCF TP Lyon devait le notifier au maître d'ouvrage. En l'absence de notification ou signification au comptable public assignataire, la société VCF TP Lyon ne pouvait obtenir paiement du solde dont la métropole de Lyon restait redevable initialement envers la société Cordioli au regard du montant retenu dans l'accord du 24 mars 2016 ».

Article R2191-47

Pour tout marché prévoyant plusieurs comptables assignataires, l'acheteur fournit autant d'exemplaires uniques ou de certificats de cessibilité que de comptables, en précisant dans une mention apposée sur chacun de ces documents le comptable auquel il doit être remis. Chaque document ne mentionne que la part de la créance totale que le comptable auquel il est transmis est appelé à mettre en paiement.

Paragraphe 2 - Contenu et modification de l'exemple unique ou du certificat de cessibilité**Article R2191-48**

Le titulaire du marché peut demander que le contenu de l'exemple unique ou du certificat de cessibilité soit limité aux indications nécessaires à la cession ou au nantissement de la créance.

CE, 15 février 2008, n°277295, FORTIS BANQUE FRANCE

« Le paiement d'une créance correspondant à des travaux entrant dans le champ de l'article 321 est néanmoins soumis, en cas de cession de la créance, à l'établissement de la réalité de la prestation, par la production de l'exemple unique du marché ».

Article R2191-49

Lorsque le secret exigé en matière de défense fait obstacle à la remise de la copie du marché au bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de créance, l'acheteur délivre au titulaire un exemple unique ou un certificat de cessibilité ne contenant que les indications compatibles avec ce secret.

Article R2191-50

S'il est procédé à une modification dans la désignation du comptable ou dans les conditions de règlement du marché, l'acheteur annote l'exemple unique ou le certificat de cessibilité d'une mention constatant la modification.

Paragraphe 3 - Dispositions propres aux accords-cadres à bons de commande et aux marchés à tranches optionnelles**Article R2191-51**

Dans le cas d'un accord-cadre à bons de commande ou d'un marché à tranches optionnelles, il est délivré, sur demande du titulaire, soit un exemple unique ou un certificat de cessibilité du marché, soit un exemple unique ou un certificat de cessibilité de chaque bon de commande ou de chaque tranche.

Paragraphe 4 - Dispositions propres aux groupements d'opérateurs économiques**Article R2191-52**

Dans le cas d'un marché attribué à un groupement conjoint d'opérateurs économiques, il est délivré à chaque opérateur économique un exemple unique ou un certificat de cessibilité limité au montant des prestations qui lui sont confiées.

Article R2191-53

Dans le cas d'un marché attribué à un groupement solidaire d'opérateurs économiques, il est délivré un exemple unique ou un certificat de cessibilité au nom du groupement, dès lors que les prestations réalisées par les entreprises ne sont pas individualisées. Si les prestations sont individualisées, les dispositions de l'article R. 2191-52 s'appliquent.

Sous-section 2 - Notification au comptable assignataire et encaissement de la créance**Paragraphe 1 - Notification au comptable assignataire****Article R2191-54**

Le bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de créance au titre d'un marché notifie ou signifie cette cession ou ce nantissement au comptable public assignataire.

Article R2191-55

En cas de cession ou de nantissement effectué conformément aux dispositions des articles L. 313-23 à L. 313-34 du code monétaire et financier, la notification prévue à l'article L. 313-28 de ce code est adressée au comptable public assignataire désigné dans le marché dans les formes prévues à l'article R. 313-17 dudit code.

Paragraphe 2 - Encaissement de la créance**Article R2191-56**

A compter de la notification ou signification au comptable prévue au paragraphe 1, le bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créance encaisse seul le montant de la créance ou de la part de la créance qui lui a été cédée ou donnée en nantissement.

CAA de Paris, 31 janvier 2006, n°02PA00563, Caisse Régionale de crédit agricole mutuel de Paris et d'île-de-France

« le débiteur cédé ne se libère valablement auprès de l'organisme de crédit bénéficiaire d'une cession de créance qu'à compter de la notification de ladite cession de créance au comptable public ».

assignataire du marché et que, tant que cette notification n'a pas eu lieu, le comptable public ne se libère valablement auprès du titulaire du marché qui demeure titulaire de la créance ; qu'en conséquence, l'établissement de crédit, titulaire d'une créance cédée, doit, pour préserver ses droits, la notifier au comptable dans les meilleurs délais ; qu'en négligeant pendant cinq mois de notifier au comptable la cession de créance dont elle bénéficiait, la Caisse Régionale de Crédit Agricole Mutuel de Paris et d'Île-De-France a commis une imprudence ».

Article R2191-57

Quand la cession ou le nantissement de la créance a été constitué au profit de plusieurs bénéficiaires, chacun d'eux encaisse seul la part de la créance qui lui a été affectée.

Article R2191-58

L'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité est remis par l'organisme bénéficiaire de la cession ou du nantissement au comptable assignataire en tant que pièce justificative pour le paiement.

Sous-section 3 - Information des bénéficiaires

Article R2191-59

Les bénéficiaires de nantissements ou de cessions de créances ne peuvent intervenir en aucune manière dans l'exécution du marché.
Ils ne peuvent exiger de l'acheteur ou du comptable assignataire que les renseignements mentionnés à la présente sous-section.

Paragraphe 1 - Renseignements communiqués par l'acheteur

Article R2191-60

L'acheteur communique, au cours de l'exécution du marché, aux bénéficiaires du nantissement ou de la cession de créances, lorsqu'ils en font la demande :
1° Soit un état sommaire des prestations effectuées, accompagné d'une évaluation qui n'engage pas l'acheteur ;
2° Soit le décompte des droits constatés au profit du titulaire du marché.
Il leur communique également, à leur demande, un état des avances et des acomptes mis en paiement.

CAA de Bordeaux, du 27 décembre 1995, n°94BX01134, Banque Dupuy de Parseval

« La délivrance, dans les conditions prévues par cet article, de décomptes des droits constatés entachés d'inexactitude est de nature, le cas échéant, à engager la responsabilité pécuniaire de l'administration envers la banque cessionnaire de la créance ».

Article R2191-61

Lorsqu'ils en font la demande par lettre recommandée avec avis de réception postal, en justifiant de leur qualité, l'acheteur avise les bénéficiaires de nantissements ou de cessions de créances, en même temps que le titulaire du marché, de toutes les modifications apportées au contrat qui ont un effet sur le nantissement ou la cession.

Paragraphe 2 - Renseignements communiqués par le comptable

Article R2191-62

Le comptable communique aux bénéficiaires du nantissement ou de la cession de créances, lorsqu'ils en font la demande, un état détaillé des oppositions au paiement de la créance détenue par le titulaire du marché qu'il a reçues.

Sous-section 4 - Privilège résultant de l'article L. 3253-22 du code du travail

Article R2191-63

Les seuls fournisseurs susceptibles de bénéficier du privilège résultant de l'article L. 3253-22 du code du travail sont ceux qui ont été agréés par l'acheteur.
Ce privilège ne porte que sur les fournitures livrées postérieurement à la date à laquelle la demande d'agrément est parvenue à l'autorité compétente.

Chapitre II - Modalités de facturation et de paiement

Section 1 - Facturation électronique

Sous-section 1 - Transmission et réception des factures sous forme électronique

Article L2192-1

Les titulaires de marchés conclus avec les personnes morales de droit public, ainsi que leurs sous-traitants admis au paiement direct, transmettent leurs factures sous forme électronique.

CAA Versailles, 10 octobre 2024, n°24VE01606, (SAS) Entreprise Pitel

« L'utilisation du portail public de facturation est exclusive de tout autre mode de transmission. Lorsqu'une facture lui est transmise en dehors de ce portail, la personne publique destinataire ne peut la rejeter qu'après avoir informé l'émetteur par tout moyen de l'obligation mentionnée à l'article L. 2192-1 et l'avoir invité à s'y conformer en utilisant ce portail. ». Par ailleurs, en vertu de l'article 193 de la loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, les dispositions de l'article L. 2192-1 du code de la commande publique sont applicables aux contrats en cours d'exécution à la date de leur entrée en vigueur, ce qui est le cas du marché litigieux ».

Article L2192-2

Les personnes morales de droit public acceptent les factures transmises sous forme électronique par les titulaires de marchés mentionnés à l'article L. 2192-1 et leurs sous-traitants admis au paiement direct.

CAA Versailles 22 octobre 2024, n° 24VE01759, (SAS) IDS-Isolation Décoration Sécurité

« Il ressort par ailleurs des prescriptions techniques de la notice d'utilisation de la plateforme Chorus Pro que, dans le cadre de la facturation électronique des marchés publics de travaux, les maîtres d'œuvre doivent intervenir dans le circuit Chorus Pro pour valider les factures des fournisseurs de travaux, ne serait-ce que pour récupérer leurs projets de décompte mensuels avant de transmettre les états correspondant au maître d'ouvrage, selon un processus qui permet aux parties au marché d'être informées en temps réel de l'avancée des procédures les concernant" "La commune de Garge-Lès-Gonesse n'est, à cet égard, pas fondée à reprocher à la société IDS-Isolation Décoration Sécurité d'avoir sélectionné le cadre de facturation A22, seule voie qui lui était ouverte. La commune de Garges-lès-Gonesse n'est donc pas fondée à soutenir que le projet de décompte final de la SAS IDS-Isolation Décoration Sécurité n'a pas fait courir les délais d'établissement du décompte général tacite et définitif faute d'avoir été notifié au maître d'œuvre. La commune de Garges-lès-Gonesse ne peut davantage utilement soutenir que le projet de décompte final de la société IDS-Isolation Décoration Sécurité n'est pas conforme aux règles de forme des factures prévues par les stipulations précitées de l'article D. 2192-2 du code de la commande publique, dès lors que si ce document est assimilé à une facture sur Chorus Pro, il n'est cependant pas établi pour servir de support à une vente entre un fournisseur et un client ».

Article L2192-3

Sans préjudice de l'article L. 2192-2, les acheteurs acceptent les factures conformes à la norme de facturation électronique définie par voie réglementaire et transmises sous forme électronique par les titulaires de marchés et leurs sous-traitants admis au paiement direct.

Article L2192-4

Les modalités d'application de la présente sous-section, notamment les mentions obligatoires que doivent contenir les factures électroniques, sont définies par voie réglementaire.

Paragraphe 1- Norme de facturation électronique

Article D2192-1

La norme de facturation électronique mentionnée à l'article L. 2192-3 est celle fixée par la décision (UE) 2017/1870 de la Commission européenne du 16 octobre 2017 concernant la publication de la référence de la norme européenne sur la facturation électronique et de la liste des syntaxes en vertu de la directive 2014/55/ UE du Parlement européen et du Conseil.

Paragraphe 2 - Mentions obligatoires des factures sous forme électronique

Article D 2192-2

Sans préjudice des mentions obligatoires fixées par les dispositions législatives ou réglementaires, les factures mentionnées aux articles L. 2192-1 à L. 2192-3 comportent les mentions suivantes :

- 1° La date d'émission de la facture ;
 - 2° La désignation de l'émetteur et du destinataire de la facture ;
 - 3° Le numéro unique basé sur une séquence chronologique et continue établie par l'émetteur de la facture, la numérotation pouvant être établie dans ces conditions sur une ou plusieurs séries ;
 - 4° En cas de contrat exécuté au moyen de bons de commande, le numéro du bon de commande ou, dans les autres cas, les références du contrat ou le numéro de l'engagement attribué par le système d'information financière et comptable du destinataire de la facture ;
 - 5° La désignation du payeur, avec l'indication, pour les personnes publiques, du code d'identification du service chargé du paiement ;
 - 6° La date de livraison des fournitures ou d'exécution des services ou des travaux ;
 - 7° La quantité et la dénomination précise des produits livrés, des prestations et travaux réalisés ;
 - 8° Le prix unitaire hors taxes des produits livrés, des prestations et travaux réalisés ou, lorsqu'il y a lieu, leur prix forfaitaire
 - 9° Le montant total de la facture, le montant total hors taxes et le montant de la taxe à payer, ainsi que la répartition de ces montants par taux de taxe sur la valeur ajoutée, ou, le cas échéant, le bénéfice d'une exonération
 - 10° L'identification, le cas échéant, du représentant fiscal de l'émetteur de la facture ;
 - 11° Le cas échéant, les modalités de règlement ;
 - 12° Le cas échéant, les renseignements relatifs aux déductions ou versements complémentaires.
- Les factures comportent en outre les numéros d'identité de l'émetteur et du destinataire de la facture, attribués à chaque établissement concerné ou, à défaut, à chaque personne en application de l'article R. 123-221 du code de commerce.
- Pour les émetteurs ne disposant pas du numéro d'identité mentionné à l'alinéa précédent, un arrêté du ministre chargé du budget, annexé au présent code, fixe l'identifiant qui doit être porté sur les factures.

Sous-section 2 - Portail public de facturation

Article L2192-5

Une solution mutualisée, mise à disposition par l'Etat et dénommée " portail public de facturation ", permet le dépôt, la réception et la transmission des factures sous forme électronique. Pour la mise en œuvre des obligations fixées à la sous-section 1 de la présente section, utilisent le portail public de facturation :

- 1° L'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics ;
- 2° Les titulaires de marchés conclus avec un acheteur mentionné au 1° ainsi que leurs sous-traitants admis au paiement direct.

Article L2192-6

Ne sont pas soumises à la présente sous-section les factures émises en exécution des marchés passés par :

- 1° L'Etat et ses établissements publics en cas d'impératif de défense ou de sécurité nationale ;
- 2° La Caisse des dépôts et consignations
- 3° L'établissement public mentionné à l'article L. 2142-1 du code des transports ;
- 4° La SNCF, SNCF Réseau et SNCF Voyageurs.

Article L2192-7

Les modalités d'application de la présente sous-section sont précisées par voie réglementaire.

Article R2192-3

Un arrêté du ministre chargé du budget, annexé au présent code, définit les modalités techniques selon lesquelles le dépôt, la transmission et la réception des factures sont effectués sur le portail public de facturation en application de l'article L. 2192-5. Ces modalités garantissent la réception immédiate et intégrale des factures et assure la fiabilité de l'identification de l'émetteur, l'intégrité des données, la sécurité, la confidentialité et la traçabilité des échanges.

L'utilisation du portail public de facturation est exclusive de tout autre mode de transmission. Lorsqu'une facture lui est transmise en dehors de ce portail, la personne publique destinataire ne peut la rejeter qu'après avoir informé l'émetteur par tout moyen de l'obligation mentionnée à l'article L. 2192-1 et l'avoir invité à s'y conformer en utilisant ce portail ».

Sous-section 3

Contrôles et transmission des factures et des données relatives à la facturation et au paiement

Article R. 2192-4

Les dispositions des articles 242 nonies A à 242 nonies L et de l'article 242 nonies P de l'annexe II au code général des impôts s'appliquent aux factures échangées en application de la présente section.

Entrée en vigueur : conformément à l'article 26 de la loi n° 2022-1157 du 16 août 2022 de finances rectificative pour 2022, le décret entre en vigueur de manière différée et progressive :

- d'une part, l'obligation d'émission et de transmission des factures électroniques entre assujettis, de transmission des données de ces factures et de transmission des données de transaction et de paiement à l'administration fiscale s'applique aux factures émises ou à défaut aux opérations réalisées à compter du :

1er juillet 2024 pour les grandes entreprises ;

1er janvier 2025 pour les entreprises de taille intermédiaire ;

1er janvier 2026 pour les petites et moyennes entreprises et les microentreprises.

Section 2 - Délais de paiement

Sous-section 1 - Fixation du délai de paiement

Article L2192-10

Les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entités adjudicatrices, paient les sommes dues en principal en exécution d'un marché dans un délai prévu par le marché ou, à défaut, dans un délai fixé par voie réglementaire et qui peut être différent selon les catégories de pouvoirs adjudicateurs.

Lorsqu'un délai de paiement est prévu par le marché, celui-ci ne peut excéder le délai prévu par voie

réglementaire.

Article R2192-10

Le délai de paiement prévu à l'article L. 2192-10 est fixé à trente jours pour les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice.

Article L2192-11

Les entités adjudicatrices mentionnées aux 2° et 3° de l'article L. 1212-1 paient les sommes dues en principal en exécution d'un marché dans les conditions prévues à l'article L. 441-10, au 5° du II de l'article L. 441-11 et à l'article L. 441-13 du code de commerce.

Article R2192-11

Par dérogation à l'article R. 2192-10, le délai de paiement est fixé à :

1° Cinquante jours pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées ;

2° Soixante jours pour les entreprises publiques au sens du II de l'article 1er de l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, à l'exception de celles ayant la nature d'établissements publics locaux.

Fiche technique DAJ – Les délais de paiement dans les contrats de la commande publique, p. 3

« Les délais de paiement par catégorie de pouvoirs adjudicateurs

L'existence d'une relation de quasi-régie entre un pouvoir adjudicateur et un organisme, par exemple un groupement d'intérêt public, fait obstacle à la qualification d'entreprise publique de ce dernier. En effet, il ne peut être regardé comme un opérateur économique agissant de sa propre initiative et sur un marché concurrentiel. L'organisme est donc soumis au délai de 30 jours ».

CE, 4 mars 2009, n° 300481, Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS)

« Si plusieurs collectivités publiques décident d'accomplir en commun certaines tâches et de créer à cette fin, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables, un organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, elles peuvent librement faire appel à celui-ci, sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs dans le cadre de la passation d'un marché public, dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité et qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, un tel organisme ne pouvant en effet être regardé, alors, comme un opérateur sur un marché concurrentiel. Cet organisme peut notamment prendre la forme d'un groupement d'intérêt public créé en application des dispositions de l'article L. 6134-1 du code de la santé publique en vue d'assurer certaines prestations répondant aux besoins de ses membres ».

Sous-section 2 - Intérêts moratoires, indemnités forfaitaire et complémentaire pour frais de recouvrement

Paragraphe 1 - Dispositions générales

Article L2192-12

Le retard de paiement est constitué lorsque les sommes dues au créancier, qui a rempli ses obligations légales et contractuelles, ne sont pas versées par le pouvoir adjudicateur à l'échéance prévue au marché ou à l'expiration du délai de paiement.

Article R2192-12

Sous réserve des dispositions prévues aux articles R. 2192-13, R. 2192-17 et R. 2192-18, le délai de paiement court à compter de la date de réception de la demande de paiement par le pouvoir adjudicateur ou, si le marché le prévoit, par le maître d'œuvre ou toute autre personne habilitée à cet effet.

Intérêts moratoires

CE, 11 mars 2009, n°296067, Société Dominique Housieaux

« Qu'en raison de la défaillance du maître d'œuvre la réception des travaux n'a pas pu être prononcée et les décomptes généraux et définitifs n'ont pas pu être établis... que la réception, par le maître d'ouvrage, du projet de décompte final soumis par la SOCIETE DOMINIQUE HOUSIEAUX a fait courir un délai de quarante-cinq jours expirant le 29 décembre 1997 ; qu'à cette date, la commune de Lens aurait théoriquement dû notifier à l'entreprise le décompte général ... que la personne publique était ensuite tenue de mandater le solde du marché avant l'expiration d'un délai de deux mois, soit au plus tard le 1er mars 1998 ; qu'il résulte de ce qui précède que les intérêts moratoires étaient dus à compter de cette date ».

CE, 25 juin 2004, n°234687, SARL Philippe Filippini et compagnie

« L'indemnité perçue par le créancier du fait du retard apporté au paiement de la somme due au titre de l'exécution du marché n'est pas la contrepartie d'une prestation mais constitue la réparation d'un préjudice qui est dissociable de la prestation fournie par l'entreprise bénéficiaire du versement ; qu'ainsi la cour a pu, sans entacher son arrêt d'une erreur de droit, juger que les intérêts moratoires dus à la SARL PHILIPPE FILIPPINI n'avaient pas à être majorés du montant de la taxe sur la valeur ajoutée ».

CE, 23 juillet 1974, n° 85465, Ministère de l'Education Nationale

« Cons. que l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché de travaux publics est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde arrête lors de l'établissement du décompte définitif détermine les droits et obligations définitifs des parties ; que les dispositions ci-dessus rappelées du décret du 11 mai 1953 visent le paiement du solde au même titre que celui des avances ou des acomptes et que, par suite, l'article 25 de ce décret s'applique à l'ensemble des créances de l'entrepreneur qui trouvent leur origine dans les stipulations du contrat ou dans une faute commise par l'administration dans l'exécution de ses engagements ».

Article L2192-13

Dès le lendemain de l'expiration du délai de paiement ou de l'échéance prévue par le marché, le retard de paiement fait courir, **de plein droit et sans autre formalité**, des intérêts moratoires dont le taux est fixé par voie réglementaire.

Il ouvre droit, dans les conditions prévues à la présente sous-section, à des intérêts moratoires, à une indemnité forfaitaire et, le cas échéant, à une indemnisation complémentaire versés au créancier par le pouvoir adjudicateur.

Le retard de paiement donne lieu, de plein droit et sans autre formalité, au versement d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement, dont le montant est fixé par voie réglementaire.

Lorsque les frais de recouvrement exposés sont supérieurs au montant de l'indemnité forfaitaire prévue à l'alinéa précédent, le créancier peut demander une indemnisation complémentaire, sur justification.

Article R2192-13

Lorsque la date de réception de la demande de paiement est incertaine ou antérieure à la date d'exécution des prestations, le délai de paiement court à compter de la date d'exécution des prestations.

De plein droit et sans autre formalité

CAA Douai, 17 août 2023, n°20DA01270, Commune de Liévin

« Pour justifier sa demande de paiement des intérêts moratoires, le groupement d'entreprises Delens-Dherte a produit un tableau faisant apparaître, pour chacune des situations de travaux envoyées au maître d'œuvre, la date de réception des situations de travaux par le maître d'œuvre, la date limite de paiement, le nombre de jours de retard et le montant des situations et du taux d'intérêt applicable. La commune de Liévin ne conteste pas suffisamment les informations contenues dans ce tableau en se

bornant à faire valoir que le groupement d'entreprises Delens-Dherthe n'a pas justifié de l'envoi en lettre recommandée des situations de travaux dont le paiement est demandé, alors qu'il revient à la commune, en réponse aux allégations précises du groupement, d'établir qu'elle a réglé les situations de travaux dans le délai de 45 jours prévu au cahier des clauses administratives particulières. Par suite, **faute pour la commune d'avoir justifié le paiement dans le délai prévu, le groupement d'entreprises Delens-Dherthe est fondé à demander le paiement de ces intérêts moratoires** et la commune de Liévin n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que les premiers juges ont inclus la somme de 79 409,89 euros, correspondant à ces intérêts, dans le décompte général ».

CRC HAUTS-DE-FRANCE, 17 sept. 2021, Rapport d'observations définitives, p.40

« Les collectivités locales doivent respecter un délai global de paiement de 30 jours entre la date de réception de la facture par l'ordonnateur et son paiement par le comptable public. Selon ce dernier, le délai moyen s'est dégradé sur la période et s'établit à plus de 30 jours en 2019. À l'exception des trois derniers mois de l'année, ils s'échelonnent en effet entre 32,3 jours et 43,3 jours sur ce dernier exercice. La collectivité justifie l'augmentation de son délai moyen de mandatement par son manque de trésorerie.

Dans ces conditions, **tout retard de paiement fait courir, de plein droit et sans autre formalité, des intérêts moratoires qui doivent être ordonnancés dans les 45 jours suivant la mise en paiement du principal.** Or, l'établissement ne les verse pas et déclare « négocié », au cas par cas, avec les fournisseurs pour éviter de s'en acquitter.

La chambre lui rappelle que l'émission de l'ordre de payer les intérêts moratoires en cas de dépassement du délai de paiement réglementaire n'est pas une faculté mais une obligation, en application de l'article L.2192-13 du code de la commande publique ».

CAA Lyon, 25 févr. 2021, n° 20LY01215

« La double circonstance que la société a transmis au maître d'œuvre un premier projet de décompte final par courrier du 20 juin 2011, qui n'a été ni accepté ni rectifié, et que le maître d'œuvre n'a pas adressé le décompte final dans le délai prévu à l'article 13.42 du cahier des clauses administratives générales, est sans effet sur le point de départ des intérêts moratoires déterminé selon les règles vues au point précédent. Il s'ensuit que **le point de départ du délai global de paiement du solde du marché est en l'espèce la date de réception de la réclamation préalable de la société Guintoli, soit le 11 décembre 2012, et les intérêts moratoires ont commencé à courir au lendemain de l'expiration du délai de trente jours imparti au maître d'ouvrage pour procéder au paiement, soit à partir du 11 janvier 2013** ».

CE, 13 avril 2018, n° 402691, Société Eiffage Construction Alsace

« Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'article 1er du décret du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics alors applicable, que, " pour les marchés de travaux, le point de départ du délai global de paiement du solde est la date de réception du décompte général et définitif par le maître d'ouvrage " ; que pour l'application de ces dispositions, reprises à l'article 2 du décret du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique, lorsqu'un décompte général fait l'objet d'une réclamation par le cocontractant, le délai de paiement du solde doit être regardé comme ne commençant à courir qu'à compter de la réception de cette réclamation par le maître d'ouvrage ».

CE, 29 mai 1991, n° 92551, Etablissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint Quentin en Yvelines

« Les intérêts moratoires prévus aux alinéas 1 à 3 ci-dessus sont calculés sur le montant des droits à acomptes ou à paiement pour solde à un taux supérieur de 1 % au taux d'escompte de la Banque de France." ; qu'il résulte de ces dispositions que les intérêts moratoires auxquels ne s'applique pas la règle de la réclamation préalable au maître de l'ouvrage prévue par l'article 51 du même cahier des clauses administratives générales, sont dus à la société B.A.C.C.I. sur les sommes auxquelles elle a droit au titre des marchés litigieux nonobstant le fait qu'elle n'en a pas fait la demande préalable à l'établissement public ».

Article L2192-14

Toute renonciation au paiement des intérêts moratoires est réputée non écrite.

CAA Douai, 19 mars 2024, n° 23DA00221, Sociétés Guintoli

« Si, par la voie de cet accord, les parties ont décidé de modifier le montant du décompte général du marché notifié par la CCI le 20 décembre 2017, elles ne sauraient pour autant être regardées comme ayant eu l'intention de modifier ou de prolonger le marché initial dès lors qu'il résulte de l'instruction, notamment des termes mêmes de l'accord, que son seul objet était de mettre fin à toute contestation concernant le règlement du marché, les parties s'engageant à renoncer définitivement à toute procédure concernant ce litige. **Par suite, comme l'a retenu à bon droit le tribunal, cet accord transactionnel constitue un contrat autonome, distinct du contrat de marché public, qui se trouve ainsi régi par les dispositions du code civil et non par les dispositions du code de la commande publique et les stipulations contractuelles du marché conclu entre les parties. Il en résulte que les intérêts résultant du retard de paiement de la CCI Seine Estuaire ne peuvent donner lieu, le cas échéant, qu'au versement des intérêts moratoires au taux légal prévus par le code civil dans les conditions rappelées au point 4.** Dans ces conditions, les appelantes ne sont pas fondées à soutenir qu'en jugeant que, du fait de l'inexécution de cet accord, le retard de paiement du solde du marché au regard de la date limite fixée au 31 août 2019 par la transaction était seulement susceptible de donner lieu à l'application d'intérêts au taux légal, le tribunal a méconnu l'interdiction d'ordre public, posée par le code de la commande publique, de renoncer au paiement des intérêts moratoires ».

CE, 18 mai 2021, n°443153, Communauté d'agglomération de Lens-Liévin

« Aux termes de l'article 67 de la loi du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, applicable à la date de la transaction litigieuse : " Dans le cadre des marchés publics, y compris les travaux sur mémoires et achats sur factures, est réputée non écrite toute renonciation au paiement des intérêts moratoires exigibles en raison du défaut, dans les délais prévus, soit du mandatement des sommes dues, soit de l'autorisation d'émettre une lettre de change-relevé, soit du paiement de celle-ci à son échéance. / La présente disposition est applicable à toute clause de renonciation conclue à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi. " **Ces dispositions interdisent de façon absolue toute renonciation aux intérêts moratoires dus en raison de retards dans le règlement des marchés publics**, que cette renonciation intervienne lors de la passation du marché ou postérieurement. Il s'ensuit que la cour administrative d'appel de Douai n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que **l'interdiction de la renonciation au paiement des intérêts moratoires était susceptible de s'appliquer à un protocole transactionnel relatif à un litige né d'un contrat**, alors même que ce contrat avait été conclu avant l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 1994 ».

CE, 23 décembre 2020, n° 443158, Société Territoires 62

« La société Territoires 62 soutient que ces dispositions méconnaissent la liberté contractuelle, garantie par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en tant qu'elles s'appliquent aux transactions. Elle estime que ces dispositions, qui interdisent aux titulaires d'un marché public de renoncer au paiement des intérêts moratoires, y compris dans le cadre d'une transaction visant à mettre un terme à un différend né de ce marché, alors même qu'il aurait été conclu avant l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 1994, portent atteinte à leur liberté contractuelle. Toutefois, **cette atteinte, y compris lorsqu'elle s'applique à la conclusion d'une transaction, est justifiée par l'intérêt général qui s'attache à réduire les retards de paiement des collectivités publiques aux entreprises et n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.** Il s'ensuit que **la question soulevée, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux.** Par suite, il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ».

CE, 17 octobre 2003, n°249822, Ministre de l'Intérieur contre Syndicat intercommunal d'assainissement le Beausset

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la transaction autorisée par la délibération du 3

février 1997 du comité syndical du syndicat intercommunal d'assainissement le Beausset, la Cadière, le Castellet avait pour seul objet la renonciation des sociétés OTV-Méditerranée et SOGEA à une partie des intérêts moratoires qui leur étaient dus par le syndicat en vertu des dispositions de l'article 178 du code des marchés publics ; qu'ainsi qu'il a été dit, les dispositions d'ordre public de l'article 67 de la loi du 8 août 1994 font obstacle à une telle renonciation ».

Article R2192-14

La date de réception de la demande de paiement et la date d'exécution des prestations sont constatées par les services du pouvoir adjudicateur ou, le cas échéant, par le maître d'œuvre ou la personne habilitée à cet effet.

A défaut, la date de la demande de paiement augmentée de deux jours fait foi. En cas de litige, il appartient au créancier d'apporter la preuve de cette date.

La date de réception de la demande de paiement ne peut faire l'objet d'un accord contractuel entre le pouvoir adjudicateur et son créancier.

CAA Marseille, 15 avril 2024, n° 23MA00456, SARL Image Media Sud (IMS)

« La société appelante se borne à produire un tableau établi par un expert-comptable mentionnant la seule date d'émission de l'ensemble de ces factures dont elle soutient qu'elles ont été réglées avec retard par le département. **Faute d'établir la date de sa demande de mise en paiement, la société Image Media Sud n'établit pas la réalité des retards de paiement qu'elle impute au département.** Par suite, sa demande tendant à ce que ce dernier soit condamné à lui verser la somme de 62 710,05 euros ne peut qu'être rejetée ».

CAA Versailles, 17 septembre 2024, n° 21VE02263, Société Jancarthier

« La société Jancarthier soutient que nombre de factures pour la période du 1er avril 2016 au 31 décembre 2018 ont été réglées au-delà du délai de trente jours après leur date de réception par Centrale Supélec, en méconnaissance des stipulations du cahier des clauses administratives particulières précitées et demande le paiement des intérêts moratoires au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, à compter de la date de réception de ces factures, majoré de huit points ainsi que de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement. La charge de la preuve de la date de réception de ces factures incombe cependant à la société requérante comme le rappelle l'article R. 2192-14 du code de la commande publique précité. Si la société requérante produit le listing des intérêts moratoires relatifs aux années en litige ainsi que les factures qu'elle aurait adressées à Centrale Supélec comportant leur date d'envoi, **elle ne produit aucun élément établissant la date de réception de ces factures ou la date de leur paiement effectif**, alors que Centrale Supélec conteste fermement avoir dépassé les délais de paiement, de sorte qu'elle ne saurait prétendre au paiement d'une somme totale de 69 551,82 euros au titre des intérêts moratoires et des frais de recouvrement pour retard de paiement des factures qu'elle produit pour la période du 1er avril 2016 au 31 décembre 2018 ».

CAA de Douai, 21 février 2019, n°16DA01653, SARL Normafi

« En vertu des dispositions de l'article 98 du code des marchés publics dans sa rédaction applicable au présent marché, le dépassement du délai de paiement ouvre de plein droit et sans autre formalité, pour le titulaire du marché ou le sous-traitant, le bénéfice d'intérêts moratoires, à compter du jour suivant l'expiration du délai. En vertu des dispositions de l'article 5 du décret du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics dans sa rédaction alors applicable, le défaut de paiement dans les délais prévus par l'article 98 du code des marchés publics fait courir de plein droit, et sans autre formalité, des intérêts moratoires au bénéfice du titulaire ou du sous-traitant payé directement ».

CAA Lyon, 28 février 2013, n°12LY00477, Sté Henri Germain

« Considérant que le marché en cause a été passé selon une procédure formalisée ; qu'il ne résulte pas de l'instruction, et qu'il n'est d'ailleurs pas allégué, que le taux des intérêts moratoires ait été indiqué

dans les documents du marché ; qu'il y lieu de faire application du taux d'intérêt de la principale facilité de refinancement appliquée par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement principal la plus récente, effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points ».

Article R2192-15

Lorsque la demande de paiement est transmise par voie électronique en application des articles L. 2192-1 à L. 2192-3, la date de réception de la demande de paiement par le pouvoir adjudicateur correspond :

1° Lorsque les factures sont transmises par échange de données informatisé, à la date à laquelle le système d'information budgétaire et comptable de l'Etat horodate l'arrivée de la facture et, pour les autres pouvoirs adjudicateurs, à la date de notification du message électronique l'informant de la mise à disposition de la facture sur le portail public de facturation mentionné à l'article L. 2192-5 ;

2° Lorsque les factures sont transmises par le mode portail ou service, à la date de notification au pouvoir adjudicateur du message électronique l'informant de la mise à disposition de la facture sur ce portail.

Paragraphe 2 - Dispositions propres à certains marchés

Article R2192-16

Pour le paiement du solde des marchés de travaux ou de maîtrise d'œuvre, le délai de paiement court à compter de la date de réception par le maître de l'ouvrage du décompte général et définitif établi dans les conditions fixées par le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux et aux marchés de maîtrise d'œuvre.

Article R2192-17

Lorsque le marché prévoit une procédure de vérification de la conformité des prestations, il peut prévoir que le délai de paiement court à compter de la date à laquelle cette conformité est constatée, si cette date est postérieure à la date de réception de la demande de paiement.

La durée de la procédure de vérification ne peut excéder trente jours. Toutefois, une durée plus longue peut être prévue par le marché, à condition que cela ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier, notamment au regard de l'usage ou des bonnes pratiques. A défaut de décision expresse dans ce délai, les prestations sont réputées conformes.

Fiche technique DAJ 2023 – Les délais de paiement applicables aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices, p. 10.

« Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) relatifs aux marchés publics de techniques de l'information et de la communication (TIC) et aux marchés publics de prestations intellectuelles (PI) prévoient **des délais de vérification d'une durée supérieure à 30 jours. Ces délais plus longs, négociés avec les professionnels concernés, sont conformes à l'usage et aux bonnes pratiques de ces secteurs** ».

Paragraphe 3 - Dispositions propres à l'intervention d'un tiers habilité à recevoir les demandes de paiement

Article R2192-18

Si le pouvoir adjudicateur recourt à un maître d'œuvre ou à tout autre prestataire dont l'intervention conditionne le paiement des sommes dues, l'intervention du maître d'œuvre ou du prestataire ne modifie pas le délai de paiement qui s'impose au pouvoir adjudicateur.

Article R2192-19

Le marché conclu par l'Etat, ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales ou leurs établissements publics, avec le maître d'œuvre ou tout autre prestataire indique le délai dans lequel celui-ci doit effectuer ses interventions. Lorsque celles-ci interviennent après la date à laquelle le délai de paiement a commencé à courir, ce délai d'intervention ne peut excéder quinze jours.

Article R2192-20

Le maître d'œuvre ou le prestataire habilité à recevoir les demandes de paiement est tenu de faire figurer dans l'état qu'il transmet au pouvoir adjudicateur en vue du paiement la date de réception ou de remise de la demande de paiement du créancier.

Article R2192-21

Le marché comporte des stipulations sur les pénalités encourues du fait de l'inobservation du délai mentionné à l'article R. 2192-19 ou de l'obligation prévue à l'article R. 2192-20 ainsi que sur leurs modalités de calcul. Il prévoit également la faculté pour le pouvoir adjudicateur d'effectuer ou de faire effectuer, après mise en demeure, les prestations aux frais du défaillant.

Paragraphe 4 - Dispositions propres aux sous-traitants bénéficiant du paiement direct

Article R2192-22

Le délai de paiement du sous-traitant bénéficiant du paiement direct en application de l'article L. 2193-10 est identique à celui applicable au titulaire.

Fiche technique DAJ 2019 – La sous-traitance, p. 15

« Le délai de paiement qui engage le pouvoir adjudicateur à l'égard du titulaire dans le cadre d'un marché public engage également celui-ci à l'égard des sous-traitants du titulaire. Lorsque le sous-traitant ne bénéficie pas du droit au paiement direct ou que l'acheteur n'a pas la qualité de pouvoir adjudicateur, les règles relatives aux délais de paiement prévues par le code de commerce s'appliquent ».

CAA Toulouse, 29 mars 2022, n° 20TL03317, SAS URBATP Carrières et Marbres

« Il résulte de ces dispositions combinées qu'en l'absence de modification des stipulations du contrat de sous-traitance relatives au volume des prestations du marché dont le sous-traitant assure l'exécution ou à leur montant, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal ne peuvent, par un acte spécial modificatif, réduire le droit au paiement direct du sous-traitant. En revanche, le droit à ce paiement reste subordonné à la réalisation effective des prestations sous-traitées ».

CAA Douai, 21 février 2019, n°16DA01653, SARL Normafi

« En vertu des dispositions de l'article 98 du code des marchés publics dans sa rédaction applicable au présent marché, le dépassement du délai de paiement ouvre de plein droit et sans autre formalité, pour le titulaire du marché ou le sous-traitant, le bénéfice d'intérêts moratoires, à compter du jour suivant l'expiration du délai. En vertu des dispositions de l'article 5 du décret du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics dans sa rédaction alors applicable, le défaut de paiement dans les délais prévus par l'article 98 du code des marchés publics fait courir de plein droit, et sans autre formalité, des intérêts moratoires au bénéfice du titulaire ou du sous-traitant payé directement ».

CE, 19 avril 2017, n° 396174, Département de l'Hérault

« Considérant qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que, pour obtenir le paiement direct par le maître d'ouvrage de tout ou partie des prestations qu'il a exécutées dans le cadre de son contrat de sous-traitance, le sous-traitant régulièrement agréé doit adresser sa demande de paiement direct à l'entrepreneur principal, titulaire du marché ; qu'il appartient ensuite au titulaire du marché de donner

son accord à la demande de paiement direct ou de signifier son refus dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette demande ; que le titulaire du marché est réputé avoir accepté cette demande s'il garde le silence pendant plus de quinze jours à compter de sa réception ; qu'à l'issue de cette procédure, le maître d'ouvrage procède au paiement direct du sous-traitant régulièrement agréé si le titulaire du marché a donné son accord ou s'il est réputé avoir accepté la demande de paiement direct ; que cette procédure a pour objet de permettre au titulaire du marché d'exercer un contrôle sur les pièces transmises par le sous-traitant et de s'opposer, le cas échéant, au paiement direct ; que sa méconnaissance par le sous-traitant fait ainsi obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir, auprès du maître d'ouvrage, d'un droit à ce paiement ».

Article R2192-23

Le délai de paiement du sous-traitant court à compter de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'accord, total ou partiel, du titulaire d'un marché sur le paiement demandé. A défaut de notification d'un accord ou d'un refus par le titulaire dans le délai mentionné à l'article R. 2193-12, le délai de paiement court à compter soit de l'expiration de ce délai, soit de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'avis postal mentionné à l'article R. 2193-14.

Refus par le titulaire dans le délai

CE, 17 octobre 2023, n°465913, Commune de Viry-Chatillon

« (...) Si l'entrepreneur principal dispose d'un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle il a été saisi par le sous-traitant d'une demande tendant à son paiement direct par le maître d'ouvrage, pour faire connaître son acceptation ou son refus motivé, il doit, faute d'avoir formulé un tel refus dans ce délai, être regardé comme ayant accepté définitivement la demande de paiement. Dès lors, le refus qu'il exprimerait après l'expiration du délai de quinze jours ne saurait constituer un refus motivé, au sens de ces dispositions ».

Fiche technique DAJ 2019 – La sous-traitance, p. 15

« Le délai de paiement du sous-traitant court à compter de la plus tardive des formalités suivantes :
– la réception par le pouvoir adjudicateur de l'accord exprès du titulaire concernant la demande de paiement du sous-traitant ou de son accord tacite, si dans le délai de 15 jours qui lui est imparti, il n'a pas formellement opposé son refus au paiement direct ;
– la réception par l'acheteur de la copie de la facture adressée au titulaire et de l'accusé de réception attestant que le titulaire a bien reçu la demande de paiement du sous-traitant.

Enfin, en cas de retard de paiement par le pouvoir adjudicateur, le sous-traitant perçoit des intérêts moratoires et une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement dans les conditions prévues par les articles 39 et 40 de la loi n° 2013-100102.

Dans certaines hypothèses, le délai global de paiement peut être suspendu.

S'il constate que la demande de paiement ne comporte pas l'ensemble des pièces justificatives requises, le pouvoir adjudicateur peut suspendre le délai de paiement du sous-traitant. Cette suspension ne peut avoir lieu qu'une seule fois pour chaque demande de paiement. Afin que cette suspension soit régulière, le pouvoir adjudicateur doit notifier au titulaire et au sous-traitant, par tout moyen attestant d'une date certaine de réception, la suspension du délai de paiement, les motifs d'une telle décision ainsi que les pièces justificatives exigées aux fins de la régularisation de la demande. Le délai sera suspendu jusqu'à la date de réception par le pouvoir adjudicateur des pièces et justificatifs manquants. Dès la réception de l'ensemble des éléments exigés, un nouveau délai de paiement commencera à courir (art. R.3133-23 du code de la commande publique).

En revanche, si le pouvoir adjudicateur refuse le paiement direct de manière infondée, les délais de paiement qui lui sont applicables continuent de courir ».

Paragraphe 5 - Dispositions propres aux avances, aux garanties et aux indemnités de résiliation

Article R2192-24

En cas de versement d'une avance en application de l'article R. 2191-3, le délai de paiement

de celle-ci court à compter :

1° Soit de la date de notification du marché ;

2° Soit lorsque le marché le prévoit, de la date de notification de l'acte qui emporte commencement d'exécution des prestations correspondant à l'avance.

Dans les autres cas, le délai de paiement court à compter de la date à laquelle les conditions prévues par le marché pour le versement de l'avance sont remplies ou, dans le silence du marché, à compter de sa date de notification.

Article R2192-25

Lorsque la constitution d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire est exigée, le délai de paiement de l'avance ne peut courir avant la réception de cette garantie ou de cette caution.

Article R2192-26

En cas de versement d'une indemnité de résiliation, le délai de paiement de cette indemnité court à compter de la date à laquelle le montant de l'indemnité est arrêté, une fois la décision de résiliation notifiée.

Sous-section 3 - Interruption du délai de paiement

Article R2192-27

Lorsque la demande de paiement ne comporte pas l'ensemble des pièces et des mentions prévues par la loi ou par le marché ou que celles-ci sont erronées ou incohérentes, le délai de paiement peut être interrompu une seule fois par le pouvoir adjudicateur.

Pour les pouvoirs adjudicateurs dotés d'un comptable public, cette interruption ne peut intervenir qu'avant l'ordonnement de la dépense.

Fiche technique DAJ 2023 – Les délais de paiement applicables aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices, p. 11

« Si le pouvoir adjudicateur constate que la demande de paiement du créancier ne comporte pas l'ensemble des pièces et des mentions prévues par la loi ou par le contrat ou que celles-ci sont erronées ou incohérentes, il peut suspendre le délai de paiement, dans la limite d'une fois (article R. 2192-27 du code de la commande publique). Le pouvoir adjudicateur doit préciser au créancier, à l'occasion de cette suspension unique, toutes les raisons qui s'opposent au paiement. À compter de la réception de la totalité des éléments demandés, un nouveau délai de paiement est ouvert. Il est de 30 jours ou égal au solde restant à courir à la date de réception de la notification de la suspension si ce solde est supérieur à 30 jours ».

Article R2192-28

L'interruption du délai de paiement mentionnée à l'article R. 2192-27 fait l'objet d'une notification au créancier par tout moyen permettant d'attester une date certaine de réception. Cette notification précise les raisons imputables au créancier qui s'opposent au paiement, ainsi que les pièces à fournir ou à compléter.

Article R2192-29

A compter de la réception de la totalité des pièces et mentions prévues à l'article R. 2192-27, un nouveau délai de paiement est ouvert. Ce délai est de trente jours ou égal au solde restant à courir à la date de réception de la notification de l'interruption si ce solde est supérieur à trente jours.

Article R2192-30

Lorsque l'ordonnateur et le comptable public ne relèvent pas de la même personne morale et ont convenu d'un délai de règlement conventionnel dans les conditions prévues à l'article

12 du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique, ce nouveau délai ne peut être inférieur à quinze jours augmentés du délai prévu pour l'intervention du comptable public dans le cadre de ce délai de règlement conventionnel.

Article R2192-31

Le taux des intérêts moratoires mentionnés à l'article L. 2192-13 est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de huit points de pourcentage.

CAA Lyon, 28 février 2013, n° 12LY00477, Sté Henri Germain

« Considérant que le marché en cause a été passé selon une procédure formalisée ; qu'il ne résulte pas de l'instruction, et qu'il n'est d'ailleurs pas allégué, que le taux des intérêts moratoires ait été indiqué dans les documents du marché ; qu'il y lieu de faire application du taux d'intérêt de la principale facilité de refinancement appliquée par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement principal la plus récente, effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points ».

Article R2192-32

Les intérêts moratoires courent à compter du lendemain de l'expiration du délai de paiement ou de l'échéance prévue par le marché jusqu'à la date de mise en paiement du principal incluse.

CAA de Marseille, 10 juin 2020, n°20MA00033, Société Sogea Côte d'Azur et Société Vinci Construction Maritime et Fluvial

« Selon l'article 8 du même décret : " Le taux des intérêts moratoires est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de huit points de pourcentage. / Les intérêts moratoires courent à compter du jour suivant l'échéance prévue au contrat ou à l'expiration du délai de paiement jusqu'à la date de mise en paiement du principal incluse ". Le taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes était fixé à 0 % au cours du premier semestre de l'année 2019 ».

CAA de Douai, 20 mai 2010, n° 09DA00583, Sté SMEG

« Le dépassement du délai de paiement ouvre de plein droit et sans autre formalité, pour le titulaire du marché ou le sous-traitant, le bénéfice d'intérêts moratoires, à compter du jour suivant l'expiration du délai ».

CE, 11 mars 2009, n° 296067, Société Dominique Housieaux

« La circonstance que le solde du marché ne puisse être établi par les parties elles-mêmes est sans incidence sur le point de départ de ces intérêts qui doit être fixé à la date à laquelle ce solde aurait dû être établi ; qu'il n'en va autrement, sans préjudice des stipulations du marché, que lorsque le retard dans l'établissement du solde est imputable au titulaire du marché, le point de départ de ces intérêts étant alors fixé à la date à laquelle le juge est saisi en vue du règlement du litige »

Article R2192-33

Les intérêts moratoires appliqués aux acomptes ou au solde sont calculés sur le montant total de l'acompte ou du solde toutes taxes comprises, diminué de la retenue de garantie, et après application des clauses d'actualisation, de révision et de pénalisation.

Article R2192-34

En cas de désaccord sur le montant d'un acompte ou du solde, le paiement est effectué dans les délais fixés aux articles R. 2192-10 et R. 2192-11 sur la base provisoire des sommes admises par le pouvoir adjudicateur. Lorsque les sommes ainsi payées sont inférieures à celles qui sont finalement dues au créancier, celui-ci a droit à des intérêts moratoires calculés sur la différence.

Article D2192-35

Le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement est fixé à 40 euros.

CAA Bordeaux, 8 mars 2018, n° 16BX02206, Sté Cosylva

« En application de ces dispositions, la société Cosylva est fondée à demander la condamnation de la commune de la Plaine des Palmistes à lui verser une somme de 40 euros au titre de ses frais de recouvrement. En revanche, elle ne démontre pas, en se bornant à produire des notes d'honoraires d'avocats, avoir exposé, au sens de ces dispositions, des frais de recouvrement d'un montant plus élevé. Ses conclusions tendant à l'octroi d'une indemnité complémentaire au titre de ses frais de recouvrement ne peuvent ainsi être accueillies en tout état de cause ».

Article R2192-36

Les intérêts moratoires et l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement sont payés dans un délai de quarante-cinq jours suivant la mise en paiement du principal.

Sous-section 4 - Amende administrative en cas de retard de paiement

Article L2192-15

Les entreprises publiques définies au II de l'article 1er de l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entités adjudicatrices mentionnées aux 2° et 3° de l'article L. 1212-1 sont passibles d'une amende administrative dont le montant ne peut dépasser deux millions d'euros en cas de dépassement du délai maximal de paiement fixé par voie réglementaire mentionné à l'article L. 2192-10, recherché et constaté dans les conditions fixées aux articles L. 450-1 à L. 450-4, L. 450-7 et L. 450-8 du code de commerce.

L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 470-2 du même code.

Le montant de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

Fiche technique DAJ 2023 – Les délais de paiement applicables aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices, p. 13

« Pour les entreprises publiques au sens du II de l'article 1er de l'ordonnance n°2004-503 du 7 juin 2004 portant la transposition de la directive 80/723/CEE25 qualifiées de pouvoir adjudicateur, **le retard de paiement constaté par les agents de la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) donne lieu, en sus des intérêts moratoires, au paiement d'une amende administrative dont le montant ne peut dépasser deux millions d'euros** conformément aux dispositions de l'article L. 2192-15 du code de la commande publique ».

Section 3 - Paiement par carte d'achat des marchés des personnes morales de droit public dotées d'un comptable public

Article R2192-37

Les personnes morales de droit public dotées d'un comptable public peuvent recourir à la carte d'achat comme modalité d'exécution des marchés dans les conditions prévues par le décret n° 2004-1144 du 26 octobre 2004 relatif à l'exécution des marchés par carte d'achat. Ne peuvent faire l'objet d'une exécution par carte d'achat :

1° Les marchés de travaux, sauf décision de l'acheteur motivée par des besoins d'entretien et de réparation courants n'ayant pas fait l'objet d'un programme ;

2° Les marchés faisant l'objet d'une avance forfaitaire ou facultative.

Chapitre III - Sous-traitance

Article L2193-1

Le présent chapitre s'applique aux marchés de travaux, aux marchés de services et aux marchés de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation.

CE, 17 octobre 2023, n° 465913, Commune de Viry-Châtillon

« Les décisions d'accepter une entreprise en qualité de sous-traitante et d'agréer ses conditions de paiement ne sont susceptibles d'ouvrir à celle-ci un droit au paiement direct de ses prestations que pour autant que ces prestations relèvent effectivement du **champ d'application de la loi du 31 décembre 1975** relative à la sous-traitance, lequel **ne concerne que les prestations relatives à l'exécution d'une part du marché, à l'exclusion de simples fournitures** au titulaire du marché conclu avec le maître de l'ouvrage. **Des biens présentant des spécificités destinées à satisfaire des exigences particulières d'un marché déterminé ne peuvent être regardés, pour l'application de ces dispositions, comme de simples fournitures.**

(...) Par suite, c'est sans erreur de droit que la cour a jugé que le contrat liant la société Maugin avec le titulaire du marché **présentait le caractère d'un contrat de sous-traitance** et que cette société avait ainsi droit à être payée directement par le maître d'ouvrage pour la part du marché dont elle avait assuré l'exécution ».

CAA de DOUAI, 26 janvier 2021, n°19DA00948, Commune d'Awoingt

« Si la société attributaire a présenté lors de son offre un sous-traitant, la société Verdier Montages, il ressort de l'instruction, et notamment d'un courrier de l'architecte du projet en date du 28 mars 2019, produit en appel, que **la société Stabilam n'est intervenue sur le chantier qu'au seul titre de fournisseur** des ossatures et des charpentes en bois. En outre, la circonstance que les ossatures ont été fabriquées aux mesures de longueur, d'épaisseur et de largeur demandées **ne suffit pas à démontrer que l'ouvrage nécessitait le recours à un produit spécifique fabriqué par la société Stabilam ou que les pièces de bois qu'elle a fournies présentaient des spécifications techniques particulières**. Dès lors, la société Stabilam n'avait pas la qualité de sous-traitant ».

CAA Nancy, 6 juin 2014, n°13NC01087, Société Spurgin Leonhart

« Considérant que si la société requérante soutient que les sociétés Spurgin Prédalles et Spurgin Leonhart avaient la qualité de **sous-traitantes et non de simples fournisseurs** de la société Scanzi dès lors que les pré-dalles et les pré-murs ne sont pas des éléments standards adaptés sur chantier, mais ont été fabriqués sur mesure, pour répondre aux spécificités du marché et que lesdits matériaux ne peuvent être utilisés sur d'autres chantiers, il n'est pas contesté que ces sociétés n'avaient signé aucun sous-traité avec la société Scanzi, comme celle-ci l'a d'ailleurs indiqué dès le 21 juillet 2011 au maître d'ouvrage en réponse à sa demande de régularisation ; que **si les plans des pré-murs et des pré-dalles, établis par les sociétés Spurgin Leonhart et Spurgin Prédalles et validés par la société Scanzi, ont été vérifiés par le contrôleur technique avant la livraison des panneaux en mai et juin 2011, il ne résulte pas de l'instruction que les sociétés Spurgin Leonhart et Spurgin Prédalles auraient procédé à leur mise en oeuvre sur le chantier ou participé comme elles le soutiennent à des réunions de chantier au même titre que d'autres sociétés sous-traitantes ; que, dans ces conditions, [...] requérantes considérées à juste titre comme de simples fournisseurs ».**

CAA Nantes, 07 octobre 2011, n°10NT02052, Societe Atlan Vdi

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société [...] a fourni un ensemble de ventilation conforme au cahier des clauses techniques particulières applicable au marché en cause, dont les paragraphes [...] comportaient des clauses particulièrement précises quant aux caractéristiques techniques [...] ; qu'en particulier, les gaines rectangulaires et les accessoires fournis par la société [...] **ont été fabriqués sur mesure pour répondre aux spécificités imposées par le cahier des clauses techniques particulières ; que, dans ces conditions, la société [...] ne peut être regardée comme s'étant bornée à fournir des équipements de production courante ; qu'ayant participé à**

l'exécution d'une partie du marché en cause, cette société avait dès lors la qualité de sous-traitant ».

CE, 26 septembre 2007, n°255993, Département du Gard – Société d'aménagement et d'équipement du département du Gard

« La société Unibéton, dont le contrat conclu avec la société Roure en vue de l'approvisionnement du chantier en béton prêt à l'emploi **n'a pas les caractéristiques d'un contrat d'entreprise**, n'a pas droit au paiement direct de ses prestations de fournitures par le maître d'ouvrage délégué nonobstant la circonstance qu'elle ait été agréée par ce dernier en qualité de sous-traitante et que celui-ci avait accepté ses conditions de paiement ».

Article L2193-2

Au sens du présent chapitre, la sous-traitance est l'opération par laquelle un opérateur économique confie par un sous-traité, et **sous sa responsabilité**, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur.

Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants.

Sous-traitance

CAA Versailles, 09 novembre 2023, 20VE01923, Commune de Bagnolet

« Il résulte de l'instruction que les prestations sous-traitées par la société Espace Copia consistent uniquement en la location financière des copieurs, sans service ou travaux accessoires. Dans ces conditions, les prestations sous-traitées ne présentent pas les caractéristiques d'un contrat d'entreprise mais d'un simple contrat de fournitures et ne pouvaient faire l'objet d'une sous-traitance en application des dispositions précitées de la loi du 31 décembre 1975. Par suite, la société Grenke Location n'est pas fondée à solliciter la condamnation de la commune de Bagnolet sur le fondement du droit au paiement direct du sous-traitant prévu par ladite loi ».

Sous sa responsabilité

CAA Versailles, 25 mars 2024, n°20VE02202, Commune de Gif-sur-Yvette

« En second lieu, **aux termes de l'article 113 du code des marchés publics, alors en vigueur : " En cas de sous-traitance du marché, le titulaire demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant de celui-ci "**.

La circonstance que les travaux à l'origine du désordre ont été réalisés par un sous-traitant de la société Urbaine de Travaux et de la société TPIF n'a pas pour effet de dégager ces entreprises de leur responsabilité, ces dernières restant seules tenues à l'égard du maître d'ouvrage de l'exécution du contrat tant pour les travaux qu'elles ont personnellement réalisés que pour ceux qui ont été confiés à un sous-traitant. Par suite, la société Urbaine de Travaux ne peut s'exonérer de sa responsabilité décennale envers la commune de Gif-sur-Yvette en invoquant la faute commise par la société SHMI, sa sous-traitante. C'est donc à bon droit que le tribunal administratif de Versailles a, par le jugement attaqué, retenu l'imputabilité des désordres affectant le vitrage à la société Urbaine de Travaux. ».

CE, 6 mars 1987, n° 37731, OPHLM de Chatillon-sous-Bagneux

« Considérant que les dispositions de la loi du 31 décembre 1975 relatives au paiement direct des sous-traitants de certains marchés passés par l'Etat, les collectivités locales et les établissements et entreprises publics n'ont eu ni pour objet, ni pour effet de créer à la charge des sous-traitants des obligations contractuelles vis-à-vis du maître de l'ouvrage ; que **le titulaire du marché reste seul tenu, à l'égard de celui-ci, de l'exécution du contrat tant pour les travaux qu'il réalise lui-même que pour ceux qui ont été confiés à un sous-traitant ; que, par suite, les conclusions de l'Office Public d'Habitations à Loyer Modéré de Châtillon-sous-Bagneux ne sauraient être accueillies ; »**

Article L2193-3

Le titulaire d'un marché peut, sous sa responsabilité, sous-traiter l'exécution d'une partie des prestations de son marché, dans les conditions fixées par le présent chapitre.

Toutefois, l'acheteur peut exiger que certaines **tâches essentielles** du marché soient effectuées directement par le titulaire.

Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions du présent chapitre.

Tâches essentielles

CJUE, 5 avril 2017, C-298/15, Borta

« S'agissant d'un marché public qui ne relève pas du champ d'application de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, telle que modifiée par le règlement (UE) n° 1336/2013 de la Commission, du 13 décembre 2013, mais qui présente un intérêt transfrontalier certain, les articles 49 et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition d'une réglementation nationale, telle que l'article 24, paragraphe 5, du Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (loi lituanienne relative aux marchés publics), qui prévoit que, **en cas de recours à des sous-traitants pour l'exécution d'un marché de travaux, l'adjudicataire est tenu de réaliser lui-même les travaux principaux, définis comme tels par l'entité adjudicatrice** ».

Section 1 - Acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement

Sous-section 1 - Modalités d'acceptation et d'agrément

Paragraphe 1 - Déclaration de sous-traitance au moment de l'offre

Article L2193-4

L'opérateur économique peut recourir à la sous-traitance lors de la passation du marché et tout au long de son exécution à condition de l'avoir déclarée à l'acheteur et d'avoir obtenu **l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement**.

Acceptation du sous-traitant et des conditions de ses conditions de paiement

CAA Lyon, 23 mai 2024, n°23LY01182, Société Cars Rochette

« En cinquième lieu, si la société Cars A... soutient qu'en la privant de l'exécution de ces deux lots en sous-traitance, l'illégalité de ce refus d'acceptation lui a causé un manque à gagner, **il résulte de l'instruction que ces deux lots ont été attribués dans le cadre d'un accord-cadre sans montant minimal, exécuté par émission de bons de commande, qui ne comportait ainsi aucune obligation pour le département de lui passer des commandes. Par suite, le préjudice dont elle se prévaut est dépourvu de caractère certain et ne saurait donner lieu à indemnisation.** ».

CAA Toulouse, 05 décembre 2023, n°22TL00572, M. A

« Le sous-traitant n'est pas en droit de prétendre au paiement direct par le maître de l'ouvrage, sur le fondement de la loi du 31 décembre 1975, des travaux exécutés antérieurement à la date à compter de laquelle le contrat de sous-traitance a été agréé par le maître de l'ouvrage ».

CE, 2 juin 1989, n° 65631, Ville Boissy-Saint-Léger

« Considérant qu'en vertu des dispositions combinées des articles 3 et 6 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, le paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, pour la part du marché dont il assure l'exécution, **est subordonné à la double condition que, sur la demande de l'entrepreneur principal, le sous-traitant ait été "accepté" par le maître de l'ouvrage et que les conditions de paiement du contrat de sous-traitance aient été "agréées" par le maître de l'ouvrage** ».

Cour de cassation, 13 avril 1988, n° 86-18961

« Attendu qu'ayant assigné la société Brisard Nogues en paiement du solde de sa facture, la société SEPI fait grief à l'arrêt d'avoir mis à sa charge une partie des frais exposés par la société Brisard Nogues qui avait fait appel à un personnel de renfort pour l'achèvement des travaux de montage, alors selon le moyen, " que d'une part, aux termes de l'article 3, alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1975 " lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté, ni ses conditions de paiements agréées par le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra pas invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant " ; **que la cour d'appel a admis que la société Brisard Nogues, entrepreneur principal, qui n'avait pas fait agréer son sous-traitant SEPI, pouvait invoquer à l'encontre de ce dernier le contrat de sous-traitance en lui imposant une obligation de résultat** ; qu'elle a ainsi violé le texte précité ; alors que, d'autre part, même si le sous-traitant non agréé était tenu d'une obligation de résultat envers son entrepreneur principal, la cour d'appel ne pouvait mettre à la charge de la société SEPI le coût d'intervention des équipes de renfort puisque l'obligation de résultat du sous-traitant consiste seulement à effectuer un ouvrage exempt de malfaçons, ce qui était le cas de l'espèce, et que l'indemnité mise à la charge de la société SEPI trouvait son fondement dans la prétendue méconnaissance par cette dernière de délais découlant de clauses particulières de son contrat de sous-traitance ; que la cour a ainsi méconnu les dispositions de l'article 3, alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1975 ».

Cour de Cassation, 14 mars 2006, n° 03-17.298

« Qu'en statuant ainsi, alors que **la simple connaissance par le maître de l'ouvrage de l'existence d'un sous-traitant ne suffit pas à caractériser son acceptation ni l'agrément des conditions de paiement du sous-traité**, et sans relever aucun acte manifestant sans équivoque l'accord du maître de l'ouvrage pour la délégation de paiement proposée par l'entrepreneur principal, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Cour de Cassation, 24 mai 2011, n° 10-17.252

« ALORS QUE seul le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées est recevable à exercer l'action directe à l'encontre du maître de l'ouvrage ; qu'en retenant **qu'en écrivant à l'entrepreneur principal qu'il se proposait de payer le sous-traitant sans relever le défaut d'acceptation de celui-ci et d'agrément de ses conditions de paiement et au sous-traitant qu'il bloquait le règlement des sommes dues à l'entrepreneur principal et qu'il l'informerait du traitement de sa demande, le maître de l'ouvrage a implicitement mais nécessairement agréé le sous-traitant et accepté ses conditions de paiement**, la Cour d'appel a statué par des motifs qui ne suffisent pas à caractériser la volonté non équivoque du maître de l'ouvrage d'accepter le sous-traitant et d'agréer les conditions de paiement et privé sa décision de base légale au regard des articles 3 et 12 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ».

Article L2193-5

Lorsque la **déclaration de sous-traitance** intervient au moment du dépôt de l'offre, le soumissionnaire identifie dans son offre les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel ainsi que la nature et le montant des prestations sous-traitées.

Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient en cours d'exécution du marché, le titulaire remet à l'acheteur un **acte spécial** de sous-traitance.

Déclaration de sous-traitance

CAA Bordeaux, 9 février 1993, n° 91BX00249, Sté Revêtement Technique Sud-Ouest

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société Sotia, titulaire d'un marché conclu avec la commune de Cubzac-les-Ponts pour l'installation de vestiaires-douches, a sous-traité l'exécution du lot peinture à la société R.T.S.O. sans demander au maître de l'ouvrage d'accepter ce sous-traitant et d'agréer les conditions de son paiement ; que, si la société R.T.S.O. soutient que le silence gardé pendant vingt et un jours par la commune sur la demande "d'agrément a posteriori" qu'elle lui a adressée le 3 décembre 1987 vaudrait acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement, **les dispositions de l'article 2 du code des marchés publics qu'elle invoque subordonnent la naissance d'une acceptation et d'un agrément tacites à la condition qu'en**

cours d'exécution des travaux, l'entreprise titulaire du marché ait adressé au maître de l'ouvrage une demande sous forme de déclaration spéciale contenant les renseignements nécessaires à cette acceptation et à cet agrément ; qu'ainsi, la démarche effectuée le 3 décembre 1987 par la société requérante ne saurait suppléer à la carence de la société à responsabilité limitée Sotia, qui, à aucun moment, n'a présenté son sous-traitant à l'acceptation de la commune de Cubzac-les-Ponts ; que, dès lors, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que les premiers juges ont refusé de lui reconnaître le droit à paiement direct ».

Acte spécial

CE, 17 décembre 1999, n°1999-051425, Sté Aménagement Lot-et-Garonne

« Considérant que par marché du 10 janvier 1989, la Société D'AMENAGEMENT DE LOT-ET-GARONNE, agissant pour le compte de la VILLE D'AGEN en qualité de maître d'ouvrage délégué, a confié à la société Bonfanti le soin de réaliser les travaux de construction d'une "usine-relais" ; **que la société Sarec a été acceptée comme sous-traitant pour les travaux de couverture, d'étanchéité et de bardage, et ses conditions de paiement agréées par un acte spécial en date du 27 février 1989** ; que par l'arrêt attaqué, la cour administrative d'appel de Bordeaux a condamné la VILLE D'AGEN et la Société D'AMENAGEMENT DE LOT-ET-GARONNE à payer à la société Sarec la somme de 856 750,57 F représentant la différence entre le montant du contrat de sous-traitance et les acomptes payés à la société Sarec ;

Considérant que, pour écarter l'application des dispositions de l'article 13-54 du cahier des clauses administratives générales, la cour administrative d'appel de Bordeaux a souverainement apprécié, sans les dénaturer, les stipulations de l'acte d'engagement précité du 27 février 1989 comme ne renvoyant pas aux clauses du marché principal qui se référait lui-même audit cahier ; que d'ailleurs les dispositions de l'article 13-54 du cahier des clauses administratives générales ne pouvaient avoir légalement pour effet de déroger aux dispositions précitées de la loi du 31 décembre 1975 et du code des marchés publics ; que la cour, qui a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, n'a pas commis d'erreur de droit en ne faisant pas application des stipulations du contrat de sous-traitance, **dès lors que seul l'acte spécial pouvait définir et agréer les conditions de paiement direct de la société Sarec par le maître d'ouvrage délégué** ; que les stipulations du marché principal conclu le 10 janvier 1989 entre la Société D'AMENAGEMENT DE LOT-ET-GARONNE et la société Bonfanti ne pouvaient pas non plus prévoir des règles opposables à la société Sarec sur lesdites conditions, sans qu'elles aient fait l'objet d'un accord de sa part ; que, dans ces conditions, la Société D'AMENAGEMENT DE LOT-ET-GARONNE et la VILLE D'AGEN ne sont pas fondées à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ».

CAA Marseille, 15 oct. 2012, n°09MA01770, Commune la Seyne-Sur-Mer

« Considérant que **si un acte spécial de sous-traitance a la nature d'un contrat conclu entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal titulaire du marché, le sous-traitant, tiers à ce contrat, possède cependant un intérêt lésé lui donnant qualité pour en demander l'annulation** ; que la juridiction administrative est compétente pour connaître d'un tel acte administratif ; qu'eu égard à son objet, un tel recours relève du contentieux de pleine juridiction ».

Article R2193-1

Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre, le soumissionnaire fournit à l'acheteur une déclaration mentionnant l'ensemble des informations suivantes :

- 1° La nature des prestations sous-traitées ;
- 2° Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;
- 3° Le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant ;
- 4° Les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ;
- 5° Le cas échéant, les capacités du sous-traitant sur lesquelles le candidat s'appuie.

Le soumissionnaire remet également à l'acheteur une déclaration du sous-traitant indiquant qu'il n'est pas placé dans un cas d'exclusion mentionné par les dispositions législatives des

sections 1 et 2 du chapitre Ier du titre IV.

Article L2193-6

Les conditions d'acceptation du sous-traitant et d'agrément de ses conditions de paiement par l'acheteur sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Article R2193-2

La notification du marché emporte **acceptation** du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

Acceptation

CAA Lyon, 23 mai 2024, n°23LY01182, Société Cars Rochette

« Il est constant que la société Cars A..., à laquelle la société Transarc Aquilon a entendu sous-traiter deux des lots de l'accord-cadre de transports scolaires qui lui ont été attribués par le département de la Loire, a pour gérant M. A..., également investi d'un mandat de conseiller départemental de cette collectivité. **Toutefois, il ne résulte pas de l'instruction que ce dernier, qui n'est titulaire d'aucune délégation, n'est pas membre de la commission d'appel d'offres et démontre, par les relevés de décisions qu'il produit, s'être déporté lors des votes intervenus en matière de transport, aurait pris part, de quelque façon que ce soit, aux travaux préparatoires ou à la procédure de passation de ce marché.** Le département de la Loire ne fait, par ailleurs, valoir aucune circonstance tendant à établir qu'il aurait été susceptible d'en avoir influencé l'issue. Dans ces circonstances, aucun conflit attentatoire à l'impartialité de l'attribution de la commande publique de transports n'a pu résulter du cumul du mandat électif de M. A... et de sa situation de gérant d'une société entretenant une relation régulière de sous-traitance avec la société Transarc Aquilon, désignée comme titulaire de ces marchés au terme de la procédure de mise en concurrence. Par suite, **alors même que ce projet de sous-traitance n'avait pas été déclaré lors de la procédure de passation, le président du conseil départemental de la Loire ne pouvait, sans méconnaître les dispositions précitées, estimer que le mandat de M. A... plaçait la société Cars A... dans une situation de conflit d'intérêts et donc d'exclusion de soumissionner, en application de l'article L. 2141-10 du code de la commande publique, pour refuser de l'accepter comme sous-traitante de la société Transarc Aquilon** ».

CAA de Lyon, 22 Septembre 2022, n° 20LY02597, Société NGE Infranet

« Aux termes de de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance : " Pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics : / - **le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3 ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5, mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ces obligations.** Ces dispositions s'appliquent aux marchés publics (...) ".

Il résulte de l'instruction, notamment des échanges de courriels produits que **le SIEL Territoire d'énergie Loire avait connaissance de l'intervention de la société AEGE Réseaux en qualité de sous-traitante** pour la réalisation de prestations relatives au PM n° 161. Il a **commis une faute de nature à engager sa responsabilité en ne mettant pas en demeure l'entrepreneur principal ou le sous-traitant de s'acquitter de leurs obligations** ».

Cour de cassation, troisième chambre civile, 15 avril 2021, n° 19-20.4247

« Que le maître d'ouvrage **n'engage sa responsabilité** à l'égard du sous-traitant, **faute d'avoir mis l'entrepreneur principal en demeure de le faire agréer, qu'à la condition d'avoir eu connaissance de la présence du sous-traitant sur le chantier ; que cette connaissance doit être personnelle** et ne saurait se déduire de la seule connaissance qu'en avait le maître d'ouvrage délégué ».

CE, 9 décembre 1983, n° 38117, Florentin

« Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête : Considérant qu'aux termes de l'article R. 321-8 : " tout employeur auquel sont applicables les articles L. 321-7 [1er al.] et L. 321-9 doit,

sans préjudice de l'observation des règles posées à l'article L. 321-4, adresser au directeur départemental du travail et de la main-d'œuvre une demande d'autorisation de licenciement comportant les mentions suivantes : 1° Nom et adresse de l'employeur ; 2° Nature de l'activité de l'entreprise ; 3° Nom, prénoms, nationalité, date de naissance, sexe, adresse, emploi et qualification du ou des salariés dont le licenciement est demandé ; 4° Date à laquelle le ou les salariés concernés ont été embauchés par l'entreprise ; 5° Nature de la ou des raisons économiques, financières ou économiques invoquées ; 6° Mesures prises éventuellement pour réduire le nombre des licenciements et faciliter le reclassement du personnel faisant la demande d'autorisation de licenciement ; 7° Calendrier prévisionnel des licenciements ". La décision prise sur cette demande doit parvenir à l'employeur soit dans le délai de trente jours établi à l'article L. 321-9 [1er al.] lorsqu'il s'agit d'un licenciement relevant dudit alinéa, soit dans le délai de sept jours établi par l'article L. 321-9 [2e al.] lorsqu'il s'agit des autres cas de licenciement pour cause économique. Ce dernier délai peut être prorogé pour une durée de sept jours au plus ". Le délai court à compter de la date d'envoi de la demande d'autorisation. **A défaut de réception d'une décision dans l'un ou l'autre délai, l'autorisation demandée est réputée acquise. Le cachet apposé par l'administration des postes et télécommunications fait foi de la date d'envoi de la demande** ».

CE, 1 octobre 1990, n°81287, SARL Multipose

« Il résulte de l'instruction **que la société "entreprise générale du Limousin", titulaire d'un marché conclu le 27 juillet 1981 avec l'administration des P.T.T. pour la construction de bâtiments à Limoges, n'a ni fait accepter par le maître de l'ouvrage la société à responsabilité limitée "MULTIPOSE" à laquelle elle avait sous-traité une partie des travaux de gros-oeuvre et de carrelage ni fait agréer les conditions de paiement du contrat de sous-traitance passé avec cette société ; que si la société à responsabilité limitée "MULTIPOSE" a sollicité elle-même son agrément auprès de l'administration des PTT, cette demande a été présentée postérieurement à l'achèvement du marché et à son règlement à l'Entreprise générale du Limousin ; que, dès lors, la société à responsabilité limitée "MULTIPOSE" n'était pas en droit de prétendre au paiement direct par l'administration des travaux exécutés par elle en qualité de sous-traitant** ».

CE, 6 mai 1988, n°51316 - 68168, Commune d'Hérin

« Considérant qu'il est constant que la société Vanesse n'a pas été présentée à l'agrément de la COMMUNE D'HERIN en qualité de sous-traitant par la société nationale de constructions industrialisées qui était titulaire du marché passé avec cette commune pour la construction d'une école maternelle ; **que la société Vanesse n'a demandé son agrément que le 4 mars 1980, à une date où les travaux étaient entièrement exécutés et où la défaillance financière de l'entreprise principale était imminente ; que, dans ces circonstances, la commune n'a pas commis une faute en n'invitant pas les entreprises dont il s'agit à régulariser leur situation au regard des dispositions de la loi du 31 décembre 1975, ni en effectuant les 13 mars et 16 décembre 1980, au profit de l'entreprise principale, le paiement du solde des sommes dues à celle-ci, alors même qu'une partie de ces travaux avait été exécutée par le sous-traitant** ».

Article L2193-7

Le soumissionnaire ou le titulaire du marché est tenu de communiquer le contrat de sous-traitance à l'acheteur lorsque celui-ci en fait la demande.

Paragraphe 2 - Déclaration de sous-traitance après la notification du marché public

Article R2193-3

Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient après la notification du marché, le titulaire remet à l'acheteur contre récépissé ou lui adresse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, un acte spécial de sous-traitance contenant les renseignements mentionnés à l'article R. 2193-1.

Le titulaire établit en outre **qu'aucune cession ni aucun nantissement de créances résultant du marché ne font obstacle au paiement direct du sous-traitant**, en produisant,

lorsque les dispositions du chapitre Ier du présent titre s'appliquent, soit l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité du marché qui lui a été délivré, soit une attestation ou une mainlevée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances.

Aucune cession ni aucun nantissement de créances résultant du marché ne font obstacle au paiement direct du sous-traitant

TA de Grenoble, 29 Septembre 2022, n° 2002397, Sté Sud-Est Plâtrerie

« 1°. / **Le titulaire établit en outre qu'aucune cession ni aucun nantissement de créances résultant du marché ne font obstacle au paiement direct du sous-traitant**, dans les conditions prévues à l'Art. 116, **en produisant soit l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité du marché qui lui a été délivré, soit une attestation ou une mainlevée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement des créances (...).**

9. En vertu des dispositions précitées du code des marchés publics, **l'entreprise qui a cédé ou nanti les créances se rattachant à l'exécution du marché dont elle est titulaire, doit accompagner sa demande d'agrément de sous-traitant d'une attestation par laquelle l'établissement de crédit cessionnaire accepte la réduction de ses droits à paiement ou des garanties qu'il détient à concurrence du montant des sommes devant revenir directement au sous-traitant.** L'acceptation du cessionnaire de la créance constitue non pas une condition suspensive au paiement direct du sous-traitant agréé lorsqu'il livre des prestations incluses dans le montant de la créance cédée par le titulaire du marché, **mais une condition préalable à l'agrément ».**

Article R2193-4

L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement sont constatés par la signature de l'**acte spécial** de sous-traitance. Le silence de l'acheteur gardé pendant vingt-et-un jours à compter de la réception des documents mentionnés à l'article R. 2193-3 vaut également acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

Acte spécial

CAA Paris, 6ème chambre, 9 juin 2020, n°18PA01701

« Par un acte d'engagement signé le 28 avril 2010, la commune de Thiais a confié à la société Mario un marché public relatif au lot n° 4 intitulé " Menuiseries extérieures aluminium - vitrerie " d'une opération de travaux publics portant sur la construction d'un ensemble à vocation scolaire et éducative dénommé " Romain Gary " à Thiais pour un montant de 2 084 829 euros hors taxe (" HT ") soit 2 493 455,48 euros toutes taxes comprises (" TTC "). Puis **par un acte spécial de sous-traitance signé le 19 novembre 2010, la commune de Thiais a accepté la société Sud Aluminium en qualité de sous-traitant direct de la société Mario pour des prestations de " fourniture de châssis et pose de vitrage " et agréé ses conditions de paiement** pour un montant de 1 570 604 euros HT soit 1 878 442,38 euros TTC réduit, par un acte modificatif du 23 décembre 2011, à la somme de 1 358 000 euros HT, soit 1 624 168 euros TTC ».

CAA Marseille, 3 septembre 2019, n°19MA00474

« Par acte d'engagement du 11 octobre 2011, le centre hospitalier Saint-Eloi a attribué à un groupement d'entreprises ayant pour mandataire la société Impresa Pizzarotti un marché de conception-réalisation portant sur la réhabilitation et l'extension de ses locaux situés à Sospel. **Cette société a sous-traité le lot n° 17 de l'opération, " voies et réseaux divers - espaces verts ", à la société Masala, laquelle a été agréée par le maître de l'ouvrage, en vue de son paiement direct par celui-ci, selon acte spécial du 4 décembre 2015.** La réception des travaux ainsi sous-traités a été prononcée le 29 janvier 2016 et la société Masala a vainement sollicité du centre hospitalier le paiement direct de sa dernière situation de travaux, d'un montant de 33 532,75 euros. Elle a dès lors saisi le juge des référés du tribunal administratif de Nice afin d'obtenir le paiement d'une provision du même montant, augmenté des intérêts, et relève désormais appel de l'ordonnance, en date du 16 janvier 2019, par laquelle ce juge a rejeté sa demande ».

Sous-section 2 - Modalités de modification de l'exemplaire unique et du certificat de cessibilité en cas de prestations confiées à un sous-traitant admis au paiement direct

Article R2193-5

Lorsque le titulaire envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct, postérieurement à la notification du marché, l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui a été indiqué dans le marché ou l'acte spécial et que les dispositions du chapitre Ier du présent titre s'appliquent, il demande à l'acheteur, sans préjudice des dispositions relatives à l'acceptation du sous-traitant de la sous-section 1 de la présente section, la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité prévus à l'article R. 2191-46.

CAA Douai, 7 Février 2023, n° 21DA0165010, Sté Etablissement A. Cathelain et Compagnie

« Il résulte de ces dispositions qu'il incombe au maître d'ouvrage, lorsqu'il a connaissance de l'exécution, par le sous-traitant, de prestations excédant celles prévues par l'acte spécial et conduisant au dépassement du montant maximum des sommes à lui verser par paiement direct, de mettre en demeure le titulaire du marché ou le sous-traitant de prendre toute mesure utile pour mettre fin à cette situation ou pour la régulariser, à charge pour le titulaire du marché, le cas échéant, de solliciter la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité et celle de l'acte spécial afin de tenir compte d'une nouvelle répartition des prestations avec le sous-traitant ».

CAA Bordeaux, 9 juin 2016, n°15BX01011

« **Si, postérieurement à la notification du marché, le titulaire envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui a été indiqué dans le marché ou l'acte spécial, il demande la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité prévus à l'article 106 du présent code.** Si cet exemplaire ou ce certificat de cessibilité a été remis en vue d'une cession ou d'un nantissement de créances et ne peut être restitué, le titulaire justifie soit que la cession ou le nantissement de créances concernant le marché est d'un montant tel qu'il ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée, soit que son montant a été réduit afin que ce paiement soit possible. Cette justification est donnée par une attestation du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances résultant du marché. **Le pouvoir adjudicateur ne peut pas accepter un sous-traitant ni agréer ses conditions de paiement si l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité n'a pas été modifié ou si la justification mentionnée ci-dessus ne lui a pas été remise. Toute modification dans la répartition des prestations entre le titulaire et les sous-traitants payés directement ou entre les sous-traitants eux-mêmes exige également la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité ou, le cas échéant, la production d'une attestation ou d'une mainlevée du ou des cessionnaires ».**

Article R2193-6

Lorsque l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité a été remis en vue d'une cession ou d'un nantissement de créances et ne peut être restitué, le titulaire justifie soit que la cession ou le nantissement de créances concernant le marché est d'un montant tel qu'il ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée, soit que son montant a été réduit afin que ce paiement soit possible. Cette justification est donnée par une attestation du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances.

Article R2193-7

L'acheteur ne peut pas accepter un sous-traitant ni agréer ses conditions de paiement si l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité n'a pas été modifié ou si la justification mentionnée à l'article R. 2193-6 ne lui a pas été remise. Le silence de l'acheteur gardé pendant vingt-et-un jours à compter de la réception des

documents mentionnés au premier alinéa et à l'article R. 2193-3 vaut acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

Article R2193-8

Toute **modification en cours d'exécution du marché dans la répartition des prestations** entre le titulaire et les sous-traitants payés directement ou entre les sous-traitants eux-mêmes nécessite la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité ou, le cas échéant, la production d'une attestation ou d'une mainlevée du ou des cessionnaires.

Modification en cours d'exécution du marché dans la répartition des prestations

CAA Bordeaux, 6 novembre 2018, 16BX01551, SA Etandex

« 13. Il résulte des dispositions combinées de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 et de l'article 114 du code des marchés publics **qu'en l'absence de modification de la part du marché dont le sous-traitant assure l'exécution, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal ne peuvent, par un acte spécial modificatif, réduire le montant du droit au paiement direct du sous-traitant**, lorsque celui-ci fait partie des conditions de paiement prévues par le marché signé entre le titulaire et son sous-traitant et agréées par le maître d'ouvrage, sans avoir préalablement obtenu l'accord, même tacite, du sous-traitant ».

CAA Douai, 17 mai 2018, 16DA023906, Société Ysenbaert

« Il résulte de l'instruction, et en particulier de deux courriers adressés par le département du Nord à la société SES au mois de novembre 2010, que celui-ci avait connaissance du fait que **la société Ysenbaert, qu'il avait acceptée en qualité de sous-traitante dans la cadre du marché en cause, effectuait des prestations excédant celles prévues par l'acte spécial de sous-traitance et dont le prix dépassait le plafond de paiement direct prévu par cet acte**. En laissant cette entreprise intervenir ainsi dans des conditions irrégulières, sans imposer la régularisation de cette situation, notamment en mettant en demeure la société SES de s'acquitter de ses obligations prévues par les dispositions citées au point 2, le **département a commis une faute de nature à engager sa responsabilité** à l'égard de la société Ysenbaert. Cette faute est à l'origine directe du dommage subi par cette dernière du fait du versement entre les mains de la société SES, placée en redressement judiciaire par un jugement du tribunal de commerce de Tours du 3 mai 2011, des sommes correspondant aux travaux exécutés par elle au-delà du plafond prévu par l'acte spécial de sous-traitance du 26 février 2007.

7. Toutefois, la responsabilité du département du Nord est atténuée par les fautes commises par la société SES, en ne soumettant pas à l'agrément du département, dans les conditions prévues par l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975, les conditions de paiement de la société Ysenbaert pour les prestations excédant celles initialement convenues entre les parties, et par la société Ysenbaert elle-même en négligeant de s'assurer que cet agrément lui avait été donné ».

CE, 27 janvier 2017, n° 397311, Société Dervaux

« 3. Considérant qu'il résulte des dispositions combinées de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 et de l'article 114 du code des marchés publics qu'en l'absence de modification des stipulations du contrat de sous-traitance relatives au volume des prestations du marché dont le sous-traitant assure l'exécution ou à leur montant, **le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal ne peuvent, par un acte spécial modificatif, réduire le droit au paiement direct du sous-traitant dans le but de tenir compte des conditions dans lesquelles les prestations sous-traitées ont été exécutées ».**

Sous-section 3 - Offres anormalement basses des sous-traitants

Article L2193-8

Lorsque le montant des prestations sous-traitées semble anormalement bas, l'acheteur exige que le soumissionnaire ou le titulaire du marché lui fournisse des précisions et justifications sur le montant de ces prestations.

Article L2193-9

Si, après vérification des justifications fournies par le soumissionnaire ou le titulaire du marché, l'acheteur établit que le montant des prestations sous-traitées est anormalement bas, il rejette l'offre lorsque la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ou n'accepte pas le sous-traitant proposé lorsque la déclaration de sous-traitance est présentée après la notification du marché, dans des conditions fixées par voie réglementaire.

Article R2193-9

Lorsque le montant de la sous-traitance apparaît anormalement bas, l'acheteur met en œuvre les dispositions des articles R. 2152-3 à R. 2152-5.

Rejet de l'offre

CE, 13 mars 2019, n° 42519, SEPUR

« Aux termes de l'article 60 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : " I. - **L'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché public qu'il envisage de sous-traiter.** (...) ».

4. Il résulte de ces dispositions **que l'existence d'un prix paraissant anormalement bas au sein de l'offre d'un candidat, pour l'une seulement des prestations faisant l'objet du marché, n'implique pas, à elle-seule, le rejet de son offre comme anormalement basse, y compris lorsque cette prestation fait l'objet d'un mode de rémunération différent ou d'une sous-pondération spécifique au sein du critère du prix. Le prix anormalement bas d'une offre s'apprécie en effet au regard de son prix global ».**

Montant de la sous-traitance anormalement bas

Réponse ministérielle à question écrite n° 18890 (M. Orphelin) JOAN Q 4 juin 2019, p. 5151

« **Le renforcement du suivi de la sous-traitance par les acheteurs se manifeste également à l'article R.2193-9** du code de la commande publique qui impose le contrôle des offres anormalement basses jusqu'au niveau des sous-traitants. Ainsi, **une offre qui serait trop basse**, par exemple du fait de mauvaises conditions imposées aux sous-traitants (français ou étrangers), **pourrait être écartée, après mise en œuvre d'une procédure contradictoire permettant au candidat de justifier son prix**. Si l'acheteur ne peut intervenir directement dans la formation du contrat de sous-traitance, il peut toutefois, dans une logique de transparence et de responsabilisation de l'ensemble des parties, se le faire communiquer ».

CAA Marseille, 12 juin 2006, n°03MA02139, SARL Stand Azur

« Considérant, d'une part, que, lors de sa réunion susmentionnée du 30 septembre 1998, la commission d'appel d'offres a pris note de l'observation des services techniques de la ville qualifiant la proposition de la société Main Assistance Service d'anormalement basse et d'offre de « dumping » ; qu'il résulte de l'instruction, notamment des tableaux d'analyse des offres, que le montant de 219.180,20 F HT de cette offre la moins-disante doit effectivement être regardée comme anormalement basse par rapport aux propositions des quatre autres sociétés candidates ; que l'origine du caractère anormalement bas de l'offre de la société Main Assistance Service s'explique moins par les différences entre prix unitaire des chaises à livrer et installer la première année, que par les différences de coûts induits par leur entretien, nettoyage et remplacement ; qu'à cet égard, la prévision par la société Main Assistance Service de 40 chaises à remplacer annuellement doit être regardée comme anormalement basse ;

Considérant, d'autre part, que face à une telle offre anormalement basse, la commission d'appel d'offres a demandé, en application de l'article 297 bis précité, des explications complémentaires sur la qualité technique des sièges à livrer et installer, dont il a été dit que le prix unitaire n'était pas anormalement bas, mais n'a pas vérifié de façon suffisamment sérieuse la composition et la qualité de l'offre en ce qui concernait l'entretien, le nettoyage et le remplacement desdits sièges, notamment le nombre prévisionnel de sièges à remplacer ; qu'elle s'est contentée, à ce titre, d'une télécopie de la société

Main Assistance Service mentionnant son engagement, irréaliste sur une période de 5 ans, de remplacer au même prix l'ensemble des chaises cassées ou disparues, même pour un nombre annuel supérieur à 40, alors que les estimations annuelles des quatre autres candidates atteignaient les montants de 200, 300, 300 et 450 ;
 Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la commission d'appel d'offres doit être regardé comme ayant entaché sa décision du 14 octobre 1998 d'une erreur manifeste d'appréciation ; qu'il s'ensuit que la société SARL STAND AZUR est fondée à demander à la Cour d'annuler le jugement attaqué du Tribunal administratif de Nice en tant qu'il a écarté ses conclusions à fin d'annulation de la décision susmentionnée du 14 octobre 1998 ; qu'il y a lieu pour la Cour, par l'effet dévolutif de l'appel, d'annuler ladite décision querellée du 14 octobre 1998 ; »

Rejet de l'offre

Article 69, 3 à 5, DIRECTIVE 2014/24/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE

« 3. Le pouvoir adjudicateur évalue les informations fournies en consultant le soumissionnaire. Il ne peut rejeter l'offre que si les éléments de preuve fournis n'expliquent pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés, compte tenu des éléments visés au paragraphe 2.

Les pouvoirs adjudicateurs rejettent l'offre s'ils établissent que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations applicables visées à l'article 18, paragraphe 2.

4. Le pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission.

Les États membres mettent à la disposition des autres États membres, à leur demande, au titre de la coopération administrative, toute information dont ils disposent, telles que les dispositions législatives ou réglementaires, les conventions collectives d'application générale ou les normes techniques nationales, relative aux preuves et documents produits en rapport avec les éléments énumérés au paragraphe 2 ».

CE, 29 octobre 2013, n° 371233, Département du Gard

« L'exigence de motivation de la décision rejetant une offre comme anormalement basse, posée par l'article 55 cité ci-dessus, a, notamment, pour objet de permettre à l'auteur de cette offre de contester utilement le rejet qui lui a été opposé devant le juge du référé précontractuel saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que, par suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence ; que, toutefois, un tel manquement n'est plus constitué si les motifs de cette décision ont été communiqués au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction ; que, par suite, en se fondant sur la circonstance que le rejet de l'offre de l'agence d'architecture Chamard Fraudet n'était pas motivé, sans rechercher si les motifs de cette décision n'avaient pas été communiqués en cours d'instance par le département du Gard, le juge des référés du tribunal administratif de Nîmes a également commis une erreur de droit »

Section 2 - Paiement du sous-traitant

Article L2193-10

Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été **accepté et dont les conditions de paiement** ont été agréées par l'acheteur est payé pour la part du marché dont il assure l'exécution :
 1° Dans les conditions prévues à la présente section lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire qui peut évoluer en fonction des variations des circonstances économiques ;

2° Dans les conditions prévues au titre III de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance lorsque le montant du contrat de sous-traitance est inférieur au seuil fixé par voie réglementaire mentionné au 1° du présent article.

En ce qui concerne les marchés de travaux, de services et de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation passés par le ministère de la défense, un seuil différent peut être fixé par voie réglementaire.

Acceptation et agrément des conditions de paiement

CAA Paris, 19 mars 2024, n°22PA04020, Société Wille Geotechnik

« En deuxième lieu, en revanche, il ne résulte pas de l'instruction que la société Controlab SA, titulaire du marché, aurait, en application des dispositions citées au point 5, adressé au CNRS une demande d'acceptation en qualité de sous-traitante de la société Wille Geotechnik et d'agrément de ses conditions de paiement, ni que le CNRS l'aurait implicitement validée. La société Wille Geotechnik n'était donc pas en droit de bénéficier du paiement direct des prestations qu'elle avait effectuées. Le fait que l'appelante soit la seule à disposer de l'expertise technique requise et qu'elle ait signé avec le CNRS le 12 mars 2020, soit quatre années environ après la signature du marché en litige, un bon de commande pour assurer la maintenance de la machine livrée étant sans incidence ».

CAA Douai, 29 septembre 2020, n°18DA01593, Société Onet Technologies ND

« Il résulte de la combinaison de ces dispositions que, pour obtenir le paiement direct par le maître d'ouvrage de tout ou partie des prestations qu'il a exécutées dans le cadre de son contrat de sous-traitance, le sous-traitant régulièrement agréé doit adresser en temps utile sa demande de paiement direct à l'entrepreneur principal, titulaire du marché, et, dans le cas mentionné au troisième alinéa de l'article 116 du code des marchés publics, au maître d'ouvrage ».

CAA Nancy, 20 février 2018, n°16NC01473, Société HSOLS

« Considérant qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que le paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, pour la part du marché dont il assure l'exécution, est subordonné à la double condition que, sur la demande de l'entrepreneur principal, le sous-traitant ait été accepté par le maître de l'ouvrage et que les conditions de paiement du contrat de sous-traitance aient été agréées par lui ; que lorsque, comme il en la faculté, l'entrepreneur principal ne présente un sous-traitant au maître de l'ouvrage, en vue de son agrément, qu'en cours d'exécution du marché, le sous-traitant n'est en droit de prétendre au paiement direct que pour les seules prestations exécutées postérieurement à cet agrément ».

Seuil de 600 euros toutes taxes comprises pour un paiement direct du sous-traitant par l'acheteur

CAA Bordeaux, 30 octobre 2017, n°15BX02695

« Aux termes de l'article 6 de cette même loi, qui s'applique, en vertu de son article 4, aux marchés passés par l'Etat, les collectivités locales, les établissements et entreprises publics : " Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution. / Toutefois les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas lorsque le montant du contrat de sous-traitance est inférieur à un seuil qui, pour l'ensemble des marchés prévus au présent titre, est fixé à 600 euros ».

Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite

Réponse du Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique publiée dans le JO Sénat du 14/04/2016, p. 1591

« La Haute juridiction a ainsi confirmé un précédent arrêt dans lequel elle avait considéré que les dispositions relatives au paiement direct du sous-traitant ne faisaient pas « obstacle à ce que

le paiement effectué par le titulaire du marché, au sous-traitant agréé, éteint à due concurrence la créance du sous-traitant sur le maître de l'ouvrage » (CE, 3 novembre 1989, SA Jean-Michel, n° 54778). **Dès lors, sans que cela ne puisse constituer une quelconque renonciation au droit au paiement direct du sous-traitant qui pourra continuer à être exercé**, il apparaît possible de prévoir, dans la déclaration de sous-traitance ou l'acte spécial, que la rémunération du sous-traitant par le titulaire du marché libère la dette du pouvoir adjudicateur à due concurrence ».

CAA Paris, 23 novembre 2004, n°00PA01809, SA Charles Delau

« Considérant qu'en application des dispositions susmentionnées de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, **le paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, pour la part du marché dont il assure l'exécution, est subordonné à la double condition que, sur demande de l'entrepreneur principal, le sous-traitant ait été accepté par le maître de l'ouvrage et que les conditions de paiement du contrat de sous-traitance aient été agréées par le maître de l'ouvrage** ».

CAA Paris, 13 juin 2006, n°03PA04079, SARL ASCENSEURS du SUD

« La seule production par ladite société, de relevés bancaires et de mandats émis par l'Office et de courriers qui lui ont été adressés par ce dernier, **n'atteste ni de l'acceptation par le maître d'ouvrage du paiement direct de cette société sous-traitante pour le lot ascenseurs, ni d'une demande de l'entreprise titulaire de ce lot, au maître d'ouvrage tendant à l'acceptation de ce paiement direct, ni, a fortiori, de l'agrément par le maître d'ouvrage des conditions de paiement du sous-traitant ; qu'ainsi, à défaut pour la société ASCENSEURS du SUD de satisfaire aux deux conditions posées par les dispositions susappelées de la loi du 31 décembre 1975, cette société ne pouvait prétendre au paiement direct, par l'Office public départemental d'habitations à loyer modéré de Seine-et-Marne, du solde des travaux qu'elle avait exécutés en application du contrat de sous-traitance passé avec l'entreprise Ballestrero** ».

Sous-section 1 - Paiement direct du sous-traitant

Article L2193-11

Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'acheteur est **payé directement** par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution.

Toute **renonciation** au paiement direct est réputée non écrite.

Paiement direct

TA Cergy, 4 juillet 2024, n°2007182, SAS Entreprise Leroux

« Par suite, le sous-traitant n'a le droit d'obtenir le paiement direct de travaux supplémentaires que dans la mesure où il justifie de leur caractère indispensable pour la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art ainsi que de leur réalisation effective. **Ne peuvent toutefois être considérés comme des travaux supplémentaires que les travaux qui excèdent ceux confiés à l'entrepreneur principal par le pouvoir adjudicateur** ».

CAA Douai, 19 septembre 2024, n°23DA00758, SAS Set Tertiaire

« **Ne peuvent toutefois être considérés comme des travaux supplémentaires que les travaux qui excèdent ceux confiés à l'entrepreneur principal par le pouvoir adjudicateur.** La circonstance que les travaux excéderaient ceux dont la réalisation avait été contractuellement confiée au sous-traitant par l'entrepreneur principal **n'est pas de nature à leur conférer ce caractère dans l'hypothèse où le sous-traitant ne fait que se substituer à l'entrepreneur principal dans la réalisation des travaux confiés à ce dernier** ».

CAA Douai, 7 Février 2023, n° 21DA01650, Sté Etablissement A. Cathelain et Compagnie

« **Le sous-traitant bénéficiant du paiement direct des prestations sous-traitées a également droit à ce paiement direct pour les travaux supplémentaires qu'il a exécutés et qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage**, ainsi que pour les dépenses résultant pour lui de sujétions imprévues qui ont bouleversé l'économie générale du marché, dans les mêmes conditions que pour les travaux dont la sous-traitance a été expressément mentionnée dans le marché ou dans l'acte spécial signé par l'entrepreneur principal et par le maître de l'ouvrage ».

CA de Basse-Terre, 2e chambre, 12 Juin 2023, n° 21/00989

« En effet, il est constant que **l'institution dans les marchés publics d'un paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage ne fait pas disparaître le contrat de sous-traitance et laisse au sous-traitant la faculté d'agir en paiement contre l'entrepreneur principal** ou de solliciter la fixation de sa créance, **sans être contraint d'épuiser auparavant les voies de recours contre le maître de l'ouvrage** (Cass., 3e Civ., 3 décembre 2008, pourvoi n°07-19.997).

En conséquence, la société ETPO n'est pas fondée à soutenir qu'elle ne pouvait être tenue au paiement de la créance transmise à la société Crédit Agricole Leasing and Factoring, puisqu'elle **a conservé sa qualité de débitrice malgré la mise en place du paiement direct** ».

Exécution

Cour de cassation, 25 avril 2024, n°22-22.912, Société Nexity Property Management

« Il en résulte que **les litiges relatifs au paiement direct au sous-traitant, par le maître d'ouvrage délégué, du prix des travaux exécutés dans le cadre d'un marché de travaux publics, qui, ne concernant pas l'exécution d'une convention de droit privé unissant les parties, impliquent que soient appréciées les conditions dans lesquelles un contrat portant sur la réalisation de travaux publics a été exécuté**, relèvent de la compétence du juge administratif, peu important que tant le sous-traitant que le maître d'ouvrage délégué soient deux sociétés de droit privé ».

CE, 2 février 2024, n°47639, Société Eiffage Energie Systèmes - IT Rhône-Alpes

« **Dans l'hypothèse d'une rémunération directe du sous-traitant par le maître d'ouvrage, ce dernier peut contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant. Au titre de ce contrôle, le maître d'ouvrage peut s'assurer que la consistance des travaux réalisés par le sous-traitant correspond à ce qui est prévu par le marché** ».

CAA Marseille, 22 Mai 2023, n° 21MA01626, STL Ludwig GmbH,

« Aux termes de l'article 7 de la loi du 31 décembre 1975 susvisée relative à la sous-traitance : "**Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite.**"

3. L'article 114 du code des *marchés publics* alors en vigueur prévoit que l'**acte spécial** n'est signé que par le maître de l'ouvrage et le titulaire du marché. L'acte spécial de sous-traitance en date du 5 avril 2012, signé par l'Etat ainsi que l'entrepreneur principal, et **révoquant le paiement direct** de la société STL Ludwig GmbH, **ne peut donc être regardé comme une "renonciation au paiement direct"** au sens des dispositions précitées de l'article 7 de la loi du 31 décembre 1975, une telle renonciation ne pouvant émaner que du sous-traitant. L'acte spécial n° 2 est donc licite ».

CAA MARSEILLE, 15 juin 2020, n°18MA02292, EURL Fgeco

« Le sous-traitant accepté et agréé ayant droit au paiement des travaux supplémentaires exécutés au bénéfice du maître de l'ouvrage dans les mêmes conditions que celles prévues pour les titulaires de marchés passés avec l'administration, il est recevable à saisir directement le maître de l'ouvrage puis le juge d'une demande tendant au règlement de tels travaux. Il s'ensuit que la communauté d'agglomération Cannes Pays de Lérins n'est pas fondée à soutenir que la demande présentée par la société Fgeco à l'encontre de la commune de Cannes puis de la communauté d'agglomération Cannes Pays de Lérins aurait dû l'être à l'encontre du groupement de maîtrise d'œuvre et était ainsi mal dirigée ».

CAA PARIS, 09 juin 2020, n°18PA01701, Société Sud Aluminium

« En l'espèce, d'une part, s'agissant du reliquat de la situation de travaux n° 1 datée du 14 avril 2011, la société Sud Aluminium produit certes cette situation comportant la mention " bon pour accord "

apposée par la société Mario. Toutefois, cette situation de travaux n° 1 ne saurait être regardée comme une demande de paiement direct adressée au titulaire du marché au sens des dispositions citées au point 2 de l'article 116 du code des marchés publics dès lors que ce document n'est pas libellé au nom du maître d'ouvrage et que le sous-traitant sollicite un paiement non de la commune mais de la société Mario et n'évoque à aucun moment une demande de paiement direct. D'autre part, s'agissant de la situation de travaux n° 11 datée du 27 avril 2012, il ne résulte pas de l'instruction que ce document aurait effectivement été adressé au titulaire du marché, la société Sud Aluminium n'apportant pas plus en appel qu'en première instance la preuve de son envoi. Par suite, la méconnaissance de la procédure de demande de paiement direct par le sous-traitant fait obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir, auprès du maître d'ouvrage, d'un droit à ce paiement ».

CAA Nancy, 20 février 2018, n°16NC01473, Société HSOLS

« Lorsque, comme il en a la faculté, l'entrepreneur principal ne présente un sous-traitant au maître de l'ouvrage, en vue de son agrément, qu'en cours d'exécution du marché, le sous-traitant n'est en droit de prétendre au paiement direct que pour les seules prestations exécutées postérieurement à cet agrément ».

CE, 27 janvier 2017, n°397311, Société Dervaux

« Considérant qu'il résulte des dispositions combinées de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 et de l'article 114 du code des marchés publics qu'en l'absence de modification des stipulations du contrat de sous-traitance relatives au volume des prestations du marché dont le sous-traitant assure l'exécution ou à leur montant, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal ne peuvent, par un acte spécial modificatif, réduire le droit au paiement direct du sous-traitant dans le but de tenir compte des conditions dans lesquelles les prestations sous-traitées ont été exécutées ; qu'ainsi, en jugeant que le droit au paiement direct de la société Dervaux était celui qui résultait de l'acte spécial tel qu'il avait été modifié par le Port autonome de Marseille et la société Gardiol, quand bien même cette modification était intervenue alors que les stipulations du contrat de sous-traitance étaient demeurées identiques, la cour administrative d'appel de Marseille a entaché son arrêt d'erreur de droit ; que, par suite, la société Baudin Châteauneuf Dervaux est fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, à en demander l'annulation ».

QE, Sénat, n° 20084, 14/04/2016, M. Jean-Claude Carle

« La rémunération du sous-traitant par le titulaire du marché est-elle possible ? sans que cela ne puisse constituer une quelconque renonciation au droit au paiement direct du sous-traitant qui pourra continuer à être exercé, il apparaît possible de prévoir, dans la déclaration de sous-traitance ou l'acte spécial, que la rémunération du sous-traitant par le titulaire du marché libère la dette du pouvoir adjudicateur à due concurrence. L'entrepreneur principal devra alors fournir au maître d'ouvrage les justificatifs nécessaires permettant d'attester le paiement, total ou partiel, des prestations réalisées par le sous-traitant ».

CAA Douai, 3 avril 2014, n°12DA01302, SA Les Compagnons paveurs

« Considérant que le sous-traitant bénéficiant du paiement direct des prestations sous-traitées a également droit au paiement direct pour les travaux supplémentaires qu'il a exécutés et qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage ainsi que pour les dépenses résultant pour lui de sujétions imprévues qui ont bouleversé l'économie générale du marché, dans les mêmes conditions que pour les travaux dont la sous-traitance a été expressément mentionnée dans le marché ou dans l'acte spécial signé par l'entrepreneur principal et par le maître de l'ouvrage ».

CAA Bordeaux, 31 oct. 2013, n° 12BX00098, SAS JBI

« Considérant en deuxième lieu, que le centre hospitalier universitaire de Poitiers ne saurait imputer sur les sommes dues au sous-traitant le coût des réparations des malfaçons constatées dans l'exécution des travaux, dès lors que seul le titulaire du marché est contractuellement tenu à l'égard du maître de l'ouvrage de la bonne exécution de l'ensemble des travaux, et notamment de ceux exécutés par son sous-traitant ; qu'il en résulte que le centre hospitalier universitaire de Poitiers n'était pas en droit de réduire le solde demandé par la société JBI d'un montant de 12 734 euros représentant le coût des reprises des dégradations et salissures qui auraient été constatées

dans l'exécution des travaux sous-traités à cette société, alors même que cette retenue lui était demandée par le titulaire du marché dans une lettre du 13 février 2009, postérieure au délai de quinze jours dont il disposait pour adresser un refus motivé à la demande de paiement de son sous-traitant ».

CE, 23 mai 2011, n°338780, Société Lamy et société Pitance

« Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution ; qu'aux termes de l'article 7 de la même loi : toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite.

Considérant que, s'il résulte de ces dispositions que le sous-traitant agréé dispose d'un droit au paiement direct par le maître d'ouvrage, celles-ci ne font pas obstacle à ce que le paiement de ce sous-traitant soit directement effectué par le titulaire du marché, éteignant ainsi à due concurrence la créance du sous-traitant sur le maître d'ouvrage ; qu'ainsi, en jugeant qu'il n'appartenait qu'au maître d'ouvrage de payer les travaux supplémentaires exécutés par la société sous-traitante et en en déduisant l'absence de lien direct entre le préjudice subi par le titulaire du marché et la faute imputée au maître d'œuvre, la cour administrative d'appel de Lyon a commis une erreur de droit ; qu'il suit de là que, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen du pourvoi, son arrêt doit être annulé ».

CAA Nantes, 16 mars 1994, n° 91NT00689, SA Barillec

« Le paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, pour la part du marché dont il assure l'exécution, est subordonné à la double condition que, sur la demande de l'entrepreneur principal, le sous-traitant ait été "accepté" par le maître de l'ouvrage et que les conditions de paiement du contrat de sous-traitance aient été "agréées" par ce dernier ; qu'il résulte de l'instruction que la société Entreprise Littoral Nord, qui avait conclu avec l'Office public d'habitations à loyer modéré du Pas-de-Calais un marché relatif à la construction de logements, de locaux commerciaux et de bureaux à Arras a sous-traité l'exécution des travaux de fondation à la société Franki Fondations France ; que si le maître de l'ouvrage avait, sur demande de la société Entreprise Littoral Nord, accepté ce sous-traitant, il n'avait pas agréé les conditions de paiement, qui ne lui avaient pas été soumises ; que la société Franki Fondations France, qui ne remplissait pas l'une des deux conditions fixées par les dispositions susrappelées de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, ne pouvait donc prétendre au paiement direct par l'Office public d'habitations à loyer modéré du Pas-de-Calais des travaux qu'elle avait exécutés dans les conditions sus-rappelées »

CE, 2 juin 1989, n° 65631, Ville Boissy-Saint-Léger

« Le paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, pour la part du marché dont il assure l'exécution, est subordonné à la double condition que, sur la demande de l'entrepreneur principal, le sous-traitant ait été "accepté" par le maître de l'ouvrage et que les conditions de paiement du contrat de sous-traitance aient été "agréées" par le maître de l'ouvrage ».

Renonciation

CE, 3 novembre 1989, n°54778, SA Jean Michel

« Les termes duquel "Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite", ne font pas obstacle à ce que le paiement effectué par le titulaire du marché, au sous-traitant agréé, éteigne à due concurrence la créance du sous-traitant sur le maître de l'ouvrage ».

Article L2193-12

Le paiement direct est obligatoire même si le titulaire du marché est en état de liquidation judiciaire, de redressement judiciaire ou de procédure de sauvegarde.

Article R2193-10

Le seuil prévu à l'article L. 2193-10 à partir duquel un sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées est payé directement par l'acheteur est fixé à 600 euros toutes taxes comprises.

En ce qui concerne les marchés de services, de travaux ou de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comportant des prestations de service, passés par les services de la défense, notamment des marchés de réalisation de prototypes, de fabrication, d'assemblage, d'essais, de réparations ou de maintien en condition et de prestations intellectuelles, ce seuil est fixé à 10 % du montant total du marché.

Article R2193-11

Le sous-traitant admis au paiement direct adresse sa **demande de paiement** au titulaire du marché, par tout moyen permettant d'en assurer la réception et d'en déterminer la date, ou la dépose auprès du titulaire contre récépissé.

Demande de paiement

CE, 2 décembre 2019, n° 425204, Sté FIDES

« Pour obtenir le paiement direct par le maître d'ouvrage de tout ou partie des prestations qu'il a exécutées dans le cadre de son contrat de sous-traitance, **le sous-traitant régulièrement agréé doit adresser en temps utile sa demande de paiement direct** à l'entrepreneur principal, titulaire du marché, et [...] au maître d'ouvrage. **Une demande adressée après la notification du décompte général du marché au titulaire de celui-ci ne peut être regardée comme ayant été adressée en temps utile** ».

CE, 23 octobre 2017, n°410235, Société Colas Ile de France Normandie

« Il résulte de la combinaison de ces dispositions que, **pour obtenir le paiement direct par le maître d'ouvrage de tout ou partie des prestations qu'il a exécutées dans le cadre de son contrat de sous-traitance, le sous-traitant régulièrement agréé doit adresser en temps utile sa demande de paiement direct à l'entrepreneur principal, titulaire du marché, et au maître d'ouvrage** ; qu'une demande adressée avant l'établissement du décompte général et définitif du marché doit être regardée comme effectuée en temps utile ».

Article R2193-12

Le **titulaire** dispose d'un **délai de quinze jours** à compter de la date de réception ou du récépissé mentionnés à l'article R. 2193-11 **pour donner son accord ou notifier un refus**, d'une part, au sous-traitant et, d'autre part, à l'acheteur.

Titulaire

CE, 23 mai 2011, n°338780, Société Lamy et Société Pitance

« Considérant que, s'il résulte de ces dispositions que **le sous-traitant agréé dispose d'un droit au paiement direct par le maître d'ouvrage, celles-ci ne font pas obstacle à ce que le paiement de ce sous-traitant soit directement effectué par le titulaire du marché, éteignant ainsi à due concurrence la créance du sous-traitant sur le maître d'ouvrage** ; qu'ainsi, en jugeant qu'il n'appartenait qu'au maître d'ouvrage de payer les travaux supplémentaires exécutés par la société sous-traitante et en en déduisant l'absence de lien direct entre le préjudice subi par le titulaire du marché et la faute imputée au maître d'œuvre, la cour administrative d'appel de Lyon a commis une erreur de droit ; qu'il suit de là que, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen du pourvoi, son arrêt doit être annulé ».

Délai de quinze jours

CE, 19 avril 2017, n°396174, Société Angles et Fils

« Il résulte de la combinaison de ces dispositions que, **pour obtenir le paiement direct par le maître d'ouvrage de tout ou partie des prestations qu'il a exécutées dans le cadre de son contrat de sous-traitance, le sous-traitant régulièrement agréé doit adresser sa demande de paiement direct à l'entrepreneur principal, titulaire du marché ; qu'il appartient ensuite au titulaire du marché de donner son accord à la demande de paiement direct ou de signifier son refus dans**

un délai de quinze jours à compter de la réception de cette demande ; que le titulaire du marché est réputé avoir accepté cette demande s'il garde le silence pendant plus de quinze jours à compter de sa réception ; qu'à l'issue de cette procédure, le maître d'ouvrage procède au paiement direct du sous-traitant régulièrement agréé si le titulaire du marché a donné son accord ou s'il est réputé avoir accepté la demande de paiement direct ; que cette procédure a pour objet de permettre au titulaire du marché d'exercer un contrôle sur les pièces transmises par le sous-traitant et de s'opposer, le cas échéant, au paiement direct ; que sa méconnaissance par le sous-traitant fait ainsi obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir, auprès du maître d'ouvrage, d'un droit à ce paiement... Considérant que la cour administrative d'appel de Marseille, ainsi qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué, a estimé que le sous-traitant régulièrement agréé, **quand bien même il n'aurait pas respecté cette procédure, ne saurait pour autant être définitivement privé du bénéfice du paiement direct que dans la seule hypothèse où le maître d'ouvrage, faute d'avoir été saisi par le sous-traitant en temps utile d'une demande de paiement, aurait été amené à payer les prestations en cause à l'entreprise principale** ; qu'en statuant ainsi, alors que, comme il a été dit au point 3, **le bénéfice du paiement direct est subordonné au respect de la procédure prévue par les dispositions de l'article 8 de la loi du 31 décembre 1975 et de l'article 116 du code des marchés publics** et que, faute d'avoir respecté une telle procédure, un sous-traitant ne peut utilement se prévaloir d'un droit au paiement direct, la cour a commis une erreur de droit ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, le département de l'Hérault est fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il fait droit partiellement aux conclusions d'appel de la société Angles et Fils ».

Pour donner son accord ou notifier un refus

CE, 17 octobre 2023, n° 469071, SIEL Territoire d'énergie Loire

« Il résulte de la combinaison de ces dispositions que, pour **obtenir le paiement direct par le maître d'ouvrage** de tout ou partie des prestations qu'il a exécutées dans le cadre de son contrat de sous-traitance, **le sous-traitant régulièrement agréé doit adresser sa demande de paiement direct à l'entrepreneur principal, titulaire du marché. Il appartient ensuite au titulaire du marché de donner son accord à la demande de paiement direct ou de signifier son refus dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette demande** ».

Article R2193-13

Passé le délai mentionné à l'article R. 2193-12, le **titulaire du marché est réputé avoir accepté** celles des pièces justificatives ou des parties de pièces justificatives qu'il n'a pas expressément acceptées ou refusées.

Le titulaire du marché est réputé avoir accepté

CE, 21 février 2011, n°318364, Communauté urbaine de Cherbourg

« Considérant en deuxième lieu qu'il résulte des dispositions précitées de la loi du 31 décembre 1975 et du code des marchés publics, **que si l'entrepreneur principal dispose d'un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle il a été saisi, par le sous-traitant, d'une demande tendant à son paiement direct par le maître d'ouvrage, pour faire connaître son acceptation ou son refus motivé, il doit, faute d'avoir formulé un tel refus dans ce délai, être regardé comme ayant accepté définitivement la demande de paiement** ; que, dès lors, le refus qu'il exprimerait après l'expiration du délai de quinze jours ne saurait constituer le refus motivé, au sens de ces dispositions, sur lequel le maître d'ouvrage peut régulièrement fonder son refus de payer au sous-traitant les sommes demandées ».

Article R2193-14

Lorsque le sous-traitant a obtenu la preuve ou le récépissé attestant que le titulaire a bien reçu la demande de paiement dans les conditions fixées à l'article R. 2193-11 ou qu'il dispose de l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou n'a pas été réclamé par le titulaire, le sous-traitant adresse sa demande de paiement à l'acheteur accompagnée de cette preuve, du

récépissé ou de l'avis postal.
L'acheteur adresse sans délai au titulaire une copie des factures produites par le sous-traitant.

Article R2193-15

L'acheteur informe le titulaire des paiements qu'il effectue au sous-traitant.

Acheteur

CE, 2 février 2024, n°475639, Société Eiffage Systèmes - IT Rhône Alpes

« Dans l'hypothèse d'une rémunération directe du sous-traitant par le maître d'ouvrage, ce dernier peut contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant. Au titre de ce contrôle, le maître d'ouvrage peut s'assurer que la consistance des travaux réalisés par le sous-traitant correspond à ce qui est prévu par le marché.

Dès lors, en jugeant que le maître d'ouvrage pouvait exercer un contrôle sur la qualité des travaux exécutés alors que ce dernier pouvait seulement s'assurer que leur consistance correspondait à ce qui était prévu par le marché, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Lyon a commis une erreur de droit. Par suite, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens du pourvoi, la société Eiffage Energie Systèmes - IT Rhône-Alpes est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque. ».

CE, 27 juin 2017, n°397311, Société Baudin Châteaufort Dervaux

« Dans l'hypothèse d'une rémunération directe du sous-traitant par le maître d'ouvrage, ce dernier peut contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant ; qu'en jugeant que le maître d'ouvrage pouvait, au titre de ce contrôle, s'assurer que la consistance des travaux réalisés par le sous-traitant correspondait à ce qui était prévu par le marché, la cour administrative d'appel de Paris n'a pas commis d'erreur de droit ; qu'elle n'a pas davantage commis d'erreur de droit en jugeant qu'alors même que les travaux réalisés par la société KFS auraient été conformes aux règles de l'art, la commune était fondée à refuser de procéder au paiement direct de la somme sollicitée par cette société, dès lors qu'il ressortait des éléments qu'elle avait souverainement relevés, sans dénaturer, que la consistance des travaux de fondation réalisés par la société KFS ne correspondait pas à ce que prévoyait le marché ; que la société KFS n'est, par suite, pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque ».

CE, 9 juin 2017, n°396358, Société Keller Fondations Spéciales

« Dans l'hypothèse d'une rémunération directe du sous-traitant par le maître d'ouvrage, ce dernier peut contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant. Au titre de ce contrôle, le maître d'ouvrage s'assure que la consistance des travaux réalisés par le sous-traitant correspond à ce qui est prévu par le marché ».

Article R2193-16

Lorsque le sous-traitant utilise le portail de facturation mentionné à l'article 2 de l'ordonnance n° 2014-697 du 26 juin 2014 relative au développement de la facturation électronique, il y dépose sa demande de paiement sans autre formalité. Le titulaire dispose de quinze jours à compter de ce dépôt pour accepter ou refuser la demande de paiement sur le portail de facturation.

Sous-section 2 - Modalités de paiement

Article L2193-13

Les modalités de paiement du sous-traitant bénéficiant du paiement direct, notamment les pièces justificatives à transmettre au titulaire du marché, les délais et conditions d'acceptation de ce paiement sont définis par voie réglementaire.

Modalités de paiement

CAA Marseille, 21 mai 2024, n°23MA02449, SAS Ar.Val.

« 13. La société Ar.Val. se prévaut, par ailleurs, d'une seconde demande de paiement, présentée le 7 mars 2019. 14. Toutefois, il ressort de cette lettre du 7 mars 2019 que la société Ar.Val. s'est contentée d'adresser au SMED une copie de la mise en demeure adressée à la société Valéor, en indiquant, dans la lettre d'accompagnement : " Veuillez trouver ci-joint copie du courrier que nous avons envoyé à M. A... concernant la mise en demeure de paiement ". 15. Or, la mise en demeure jointe à cette lettre, si elle mentionnait le refus de paiement direct préalablement opposé, se concluait en ces termes : " En conséquence, eu égard au caractère infondé de votre refus de paiement direct, nous vous mettons en demeure de procéder au paiement de la facture n° 18 01 34 pour un montant de 470 866,44 euros toutes taxes comprises, dans un délai d'un mois à compter du présent courrier ". Ainsi, cette mise en demeure s'adressait, en réalité, non pas au maître de l'ouvrage, mais à la société Valéor, à qui le paiement était demandé. 16. Dans ces conditions, le SMED ne peut être regardé comme ayant été régulièrement saisi d'une demande de paiement dans les conditions prévues par les dispositions précitées de l'article 136 du décret du 25 mars 2016. 17. Dès lors, la société Ar.Val., n'ayant pas saisi le maître de l'ouvrage d'une seconde demande de paiement direct, n'a, en tout état de cause, pas droit à ce paiement ».

CE, 19 avril 2017, n°396174, Société Angles et Fils

« Qu'en statuant ainsi, alors que, comme il a été dit au point 3, le bénéficiaire du paiement direct est subordonné au respect de la procédure prévue par les dispositions de l'article 8 de la loi du 31 décembre 1975 et de l'article 116 du code des marchés publics et que, faute d'avoir respecté une telle procédure, un sous-traitant ne peut utilement se prévaloir d'un droit au paiement direct, la cour a commis une erreur de droit ».

Délais

CE, 2 décembre 2019, n° 425204, Sté FIDES

« Il résulte de la combinaison de ces dispositions que, pour obtenir le paiement direct par le maître d'ouvrage de tout ou partie des prestations qu'il a exécutées dans le cadre de son contrat de sous-traitance, le sous-traitant régulièrement agréé doit adresser en temps utile sa demande de paiement direct à l'entrepreneur principal, titulaire du marché, et, dans le cas mentionné au deuxième alinéa de l'article 186 ter du code des marchés publics, au maître d'ouvrage. Une demande adressée après la notification du décompte général du marché au titulaire de celui-ci ne peut être regardée comme ayant été adressée en temps utile ».

CE, 23 octobre 2017, n°410235, Société Colas Ile de France Normandie

« Il résulte de la combinaison de ces dispositions que, pour obtenir le paiement direct par le maître d'ouvrage de tout ou partie des prestations qu'il a exécutées dans le cadre de son contrat de sous-traitance, le sous-traitant régulièrement agréé doit adresser en temps utile sa demande de paiement direct à l'entrepreneur principal, titulaire du marché, et au maître d'ouvrage ; qu'une demande adressée avant l'établissement du décompte général et définitif du marché doit être regardée comme effectuée en temps utile ».

CE, 5 octobre 2007, n°268494, SOVATRA

« Considérant qu'en relevant, pour juger que l'obligation de l'EPAMARNE et de la région d'Île-de-France à l'égard de la société SOVATRA n'apparaît pas comme non sérieusement contestable, qu'a été soulevé en défense le moyen tiré de ce que la société requérante n'a pas saisi en temps utile de sa demande de paiement direct le maître d'ouvrage délégué qui a mandaté dans les délais normaux le solde des marchés à l'entrepreneur principal, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Paris a suffisamment motivé l'ordonnance attaquée ; que le moyen tiré de ce qu'il se serait fondé, pour ne pas reconnaître l'obligation dont elle se prévalait comme non sérieusement contestable, sur la seule circonstance que cette obligation était contestée, manque en fait ; Considérant que le moyen tiré de ce que le juge des référés de la cour administrative d'appel de Paris aurait dénaturé les pièces du dossier qui lui était soumis en estimant que la société requérante n'avait

pas réclamé dès le 2 octobre 2001 au titre du paiement direct la somme de 655 111,03 F (99 871, 03 euros) ne peut être qu'écarté dès lors qu'il ne ressort pas de ces mêmes pièces que la lettre du 2 octobre 2001 aurait été accompagnée des documents justificatifs annoncés ; que par suite, le juge des référés de la cour administrative d'appel a pu, sans commettre d'erreur de droit juger que, la société requérante n'ayant pas saisi, « en temps utile », l'EPAMARNE d'une demande de paiement direct et ce dernier n'ayant pas commis de faute en mandatant, dans des délais normaux, le solde à l'entreprise titulaire, l'obligation de l'EPAMARNE et de la région Ile de France dont se prévaut la SOCIETE DE VIABILITE, ASSAINISSEMENT ET TRANSPORTS n'est pas non sérieusement contestable ».

Section 3 - Régime financier

Article L2193-14

Le sous-traitant qui confie à un **autre sous-traitant** l'exécution d'une partie du marché dont il est chargé est tenu de lui délivrer une **caution personnelle et solidaire** ou une délégation de paiement dans les conditions définies à l'article 14 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

Autre sous-traitant

Article 3.6.2 CCAG Travaux (du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux)

« 3.6.2.1. Le « sous-traitant indirect » est le sous-traitant d'un sous-traitant, dénommé « **entrepreneur principal du sous-traitant indirect** ».

DAJ, DC4, Notice explicative, Déclaration de sous-traitance

« **Sous-traitant de second rang** : L'obligation d'acceptation des sous-traitants et d'agrément de leurs conditions de paiement s'applique à tous les sous-traitants, quel que soit leur rang ou leur place dans la « chaîne » de sous-traitance. En application de l'article 2 de la loi du 31 décembre 1975, il appartient ainsi au sous-traitant de 1er rang, qui fait appel à un sous-traitant, de faire accepter et agréer les conditions de paiement de ce sous-traitant, dit de second rang, par l'acheteur. Le sous-traitant de 1er rang ne peut confier à son propre sous-traitant la totalité des prestations dont il a la charge. En l'absence de disposition spécifique, les conditions dans lesquelles il est procédé à l'acceptation d'un sous-traitant de second rang et à l'agrément de ses conditions de paiement doivent être fixées dans les documents contractuels, plus précisément dans le cahier des charges. À cet effet, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut s'inspirer des dispositions des décrets n° 2016-360 ou n° 2016-361. Le formulaire DC4 peut être utilisé pour la déclaration d'un sous-traitant de 2nd rang, sous réserve de son adaptation par le sous-traitant de 1er rang. Les documents contractuels peuvent imposer la signature de cet acte spécial au stade de sa présentation. Dans ce cas, la déclaration de sous-traitance devra être signée par le soustraitant de 1er rang et par le sous-traitant de 2nd rang avant transmission à l'acheteur. Le titulaire du marché public demeure seul responsable de l'ensemble des prestations exécutées au titre du contrat, par lui-même et par les sous-traitants. Avant de transmettre la déclaration de sous-traitance à l'acheteur, le sous-traitant de 1er rang est donc tenu d'obtenir l'accord du titulaire, et doit pouvoir justifier de cette autorisation auprès de l'acheteur. De même, le titulaire du marché public doit être tenu informé de l'acceptation et de l'agrément des conditions de paiement de tout nouveau sous-traitant d'un de ses sous-traitants. Le contrat de sous-traitance, qui régit les relations entre l'entrepreneur principal, titulaire du marché, et chacun de ses sous-traitants, n'a pas à être modifié du fait de l'intervention d'un sous-traitant de rang inférieur ».

CAA Lyon, 24 juin 2021, n° 19LY02594, Société Nestadour

« 3. Lorsque le sous-traitant direct du titulaire d'un marché de travaux a **confié à un sous-traitant de second rang tout ou partie des missions qui lui incombent sans le faire accepter et sans faire agréer ses conditions de paiement par le maître de l'ouvrage ou sans délivrer de caution ou de délégation de paiement à ce sous-traitant de second rang, le maître d'ouvrage public est tenu, lorsqu'il a connaissance de cet état de fait au cours du chantier, de mettre en demeure le sous-**

traitant direct du titulaire du marché de régulariser sa situation. A défaut, il engage sa responsabilité quasi-délictuelle ».

Caution personnelle et solidaire – Délégation de paiement

Cour de cassation, 23 novembre 2023, n°22-21.463, Société Uni-Marbres

« La violation des formalités de l'article 14, alinéa 1, de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, lesquelles ont pour finalité la protection des intérêts du sous-traitant, étant sanctionnée par une nullité relative, le sous-traité est susceptible de confirmation en application de l'article 1182 du code civil. 6. **La confirmation de l'acte nul, qui ne peut résulter de la seule exécution des travaux, doit être caractérisée, à défaut d'une confirmation expresse, par leur exécution volontaire en connaissance de la cause du vice l'affectant.** 7. Ayant retenu que la société Uni-Marbres avait exécuté volontairement le contrat de sous-traitance en connaissance de la cause de nullité du contrat tenant à l'absence de délivrance de la caution, elle en a exactement déduit que le sous-traitant avait confirmé le contrat et ne pouvait dès lors plus se prévaloir de sa nullité ».

CA Lyon, 7 Juin 2023, n° 20/05895

« Le maître d'ouvrage devait mettre la société Projagro en demeure de lui présenter chaque sous-traitant et de lui faire agréer ses conditions de paiement. **Elle devait ensuite en l'absence de délégation de paiement au profit de la société Industisol exiger de la société Projagro la fourniture d'une caution personnelle et solidaire obtenue auprès d'un établissement qualifié. Le sous-traitant n'a pas commis de faute** en n'ayant pas sollicité directement son agrément auprès du maître d'ouvrage ».

CAA Lyon, 24 juin 2021, n° 19LY02594, Société Nestadour

« Lorsque le sous-traitant direct du titulaire d'un marché de travaux a **confié à un sous-traitant de second rang tout ou partie des missions qui lui incombent sans le faire accepter et sans faire agréer ses conditions de paiement par le maître de l'ouvrage ou sans délivrer de caution ou de délégation de paiement à ce sous-traitant de second rang, le maître d'ouvrage public est tenu, lorsqu'il a connaissance de cet état de fait au cours du chantier, de mettre en demeure le sous-traitant direct du titulaire du marché de régulariser sa situation.** A défaut, il engage sa responsabilité quasi-délictuelle ».

Caution personnelle et solidaire – Délégation de paiement

INSTRUCTION N° 12-012-M0 du 30 mai 2012 NOR : BUD Z 12 00030 J - Texte publié au Bulletin Officiel de la Comptabilité Publique du mois de juin 2012 - MARCHÉS PUBLICS - SOUS-TRAITANCE

« Seul, le sous-traitant de premier rang peut bénéficier du paiement direct, les sous-traitants de second rang et de rang ultérieur ne pouvant s'en prévaloir. Cela étant, afin de garantir leur paiement, le sous-traitant de premier rang doit obligatoirement faire bénéficier les sous-traitants de second rang soit d'une caution personnelle et solidaire, soit d'une délégation de paiement dans les termes de l'article 1275 du Code civil ; de même, le paiement des sous-traitants de rang supérieur à 2 est garanti par le donneur d'ordre via une caution personnelle et solidaire ou une délégation de paiement (cf. articles 6 et 14 de la loi de 1975 modifiée) ».

Article 1336 Code civil

« La délégation est une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur. Le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire ».

Sous-section 1 - Avances

Article R2193-17

Lorsque les dispositions des sections 1 à 3 du chapitre Ier du présent titre s'appliquent au marché, elles s'appliquent aux sous-traitants sous réserve des dispositions particulières de la présente sous-section.

Article R2193-18

Lorsqu'une partie du marché est sous-traitée, l'avance versée au titulaire est calculée sur la base du montant du marché diminué le cas échéant du montant des prestations confiées aux sous-traitants et donnant lieu à paiement direct.

Avance

Fiche Technique – DAJ – Les avances, p.1

« L'avance est le **versement d'une partie du montant d'un marché public au titulaire de ce marché avant tout commencement d'exécution de ses prestations**. Elle constitue, à la différence de l'acompte, une dérogation à la règle du « service fait » 2. L'avance **facilite l'exécution des marchés publics et assure un égal accès à ces marchés à toutes les entreprises**, qu'elles disposent ou ne disposent pas d'une trésorerie suffisante pour débiter l'exécution des prestations. Le recours à ce préfinancement, annoncé dès la phase de publicité, améliore les conditions de la mise en concurrence et doit créer une économie pour l'acheteur public ; les titulaires ne seront en effet pas contraints de préfinancer leur marché et ne répercuteront pas cette charge dans le prix de leur offre ».

Article R2193-19

Dès lors que le titulaire remplit les conditions pour bénéficier d'une avance, une avance est versée, sur leur demande, aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct. Pour le calcul du montant de cette avance, les limites fixées aux articles R. 2191-3 à R. 2191-10 sont appréciées par référence au montant des prestations confiées au sous-traitant tel qu'il figure dans le marché ou dans l'acte spécial mentionné à l'article R. 2193-3.

Conditions

DAJ Fiche Technique – Les avances, p.1

« Le versement d'une avance est de droit pour le titulaire d'un marché « ordinaire » dont le montant initial est supérieur à 50 000 euros HT5 et dont le délai d'exécution s'étend au-delà de deux mois. Il en va de même du titulaire d'un marché à tranches dès lors, que le montant initial de la tranche ferme ou de la tranche affermie est supérieur à 50 000 euros HT et que le délai d'exécution de la tranche en question est supérieur à deux mois. Ces deux conditions sont cumulatives. Des spécificités existent pour les marchés à bons de commande et les marchés reconductibles :

Pour les marchés à bons de commande :

- les marchés conclus pour un montant minimum supérieur à 50 000 euros HT ouvrent droit à une avance versée, en une seule fois, en pourcentage de ce montant minimum ;
- les marchés conclus sans minimum ni maximum, ou sans minimum mais avec un maximum, ou dont les montants sont fixés en quantité, ouvrent droit au versement d'une avance pour chaque bon de commande dont le montant est supérieur à 50 000 euros HT et d'une durée d'exécution dépassant les deux mois.

Pour les marchés reconductibles :

- pour la période initiale : l'avance est de droit si le montant correspondant à la période initiale est supérieur à 50 000 euros HT et si le délai d'exécution de cette période est supérieur à deux mois ;
- pour chaque reconduction, l'avance est de droit si le montant correspondant à la reconduction concernée est supérieur à 50 000 euros HT et si le délai d'exécution de cette période de reconduction est supérieur à deux mois ».

DAJ Fiche technique – Les avances, p.6

« L'avance, ainsi que ses éléments constitutifs, doivent être **prévus par les documents contractuels**. Il est conseillé de faire mention de l'avance et de ses éléments constitutifs, dès l'avis d'appel à la

concurrence (dans la rubrique « Informations complémentaires»), afin de garantir une parfaite information des candidats potentiels. Un simple renvoi aux articles applicables est, à ce stade, une information suffisante. **L'acheteur doit être d'autant plus attentif aux clauses relatives à l'avance et à ses éléments constitutifs que les décrets du 25 mars 2016 s'opposent à ce qu'elles puissent être modifiées en cours d'exécution (article 110 III du décret n° 2016-360 et article 97 III du décret n° 2016-361)**. Le montant de l'avance ne peut être affecté par une clause de variation des prix (article 110 II du décret n° 2016-360 et article 97 II du décret n° 2016-361). Par conséquent, l'acheteur doit, dès l'élaboration des documents contractuels, prévoir la possibilité de verser une avance au titulaire, ainsi que ses modalités de calcul et de remboursement. De plus, dès le stade de la rédaction des pièces du marché public, l'acheteur doit évaluer au plus près le coût de ses besoins afin d'adapter les avances aux caractéristiques du marché en cause. Un taux trop faible aurait pour conséquence de priver l'avance de son rôle de préfinancement et de compliquer l'exécution du marché public par le titulaire. Cette évaluation est essentielle concernant les accords-cadres à bons de commande conclus pour un montant minimum supérieur à 50.000 euros HT, car l'assiette de calcul de l'avance est basée sur ce montant minimum estimé par l'acheteur en amont de la consultation ».

CE, 1^{er} juin 2023, n°462211, Centre hospitalier de Capesterre Belle-Eau

« Aux termes du I de l'article 87 du code des marchés publics en vigueur à la date du litige : " Une avance **est accordée au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché ou de la tranche affermie est supérieur à 50 000 euros HT et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois**. Cette avance est calculée sur la base du montant du marché diminué du montant des prestations confiées à des sous-traitants et donnant lieu à paiement direct (...) ».

Article R2193-20

Le droit du sous-traitant à une avance est ouvert dès la notification du marché ou de l'acte spécial par l'acheteur.
Le remboursement de cette avance s'impute sur les sommes dues au sous-traitant selon les mêmes modalités que celles prévues à l'article R. 2191-11.

Droit du sous-traitant à une avance

DAJ Fiche technique – Les avances p.9

« **Les conditions de l'octroi de droit de l'avance du sous-traitant sont identiques à celles du titulaire**. L'avance du sous-traitant est de droit si le montant total du marché public, et non le seul montant des prestations sous-traitées, est supérieur à 50 000 euros HT et si le délai d'exécution du marché public est supérieur à 2 mois ».

CE, 1^{er} juin 2023, n°462211, Centre hospitalier de Capesterre Belle-Eau

« Aux termes de l'article 115 du même code : " Les **dispositions prévues aux articles 86 à 100 s'appliquent aux sous-traitants mentionnés à l'article 114** en tenant compte des dispositions particulières ci-après : / 1° **Lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 600 Euros TTC, le sous-traitant, qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le pouvoir adjudicateur, est payé directement, pour la partie du marché dont il assure l'exécution. / (...) Une avance est versée, sur leur demande, aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct. / (...) Le remboursement de cette avance s'effectue selon les modalités prévues à l'article 88. (...) ».**

Remboursement de cette avance

DAJ Fiche technique – Les avances, p.8 et 9

« Dans le cas où une avance a été consentie à un sous-traitant, le remboursement s'effectue selon des modalités identiques à celles prévues pour le titulaire du marché public (article 135 II du décret n° 2016-360 et article 124 du décret n° 2016-361) [...] L'avance ne constitue pas un paiement définitif par l'acheteur. L'avance versée s'impute sur les sommes dues au titulaire, selon un rythme et des modalités

fixés par le marché public, par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes, de règlement partiel définitif ou de solde (article 111 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 et article 98 du décret n° 2016-361). Si l'acheteur a omis de préciser dans le marché public les modalités de remboursement de l'avance, le remboursement, effectué par précompte sur les sommes dues ultérieurement au titulaire, commence lorsque le montant des prestations exécutées au titre du marché public atteint ou dépasse 65% du montant du marché public. Le remboursement complet de l'avance doit, en tout état de cause, être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80% du montant TTC des prestations qui lui sont confiées au titre du marché public ».

CAA Versailles, 7 novembre 2024, n°22VE01241, Société Technologie Bâtiment Services (TBS)
« Toutefois, alors même qu'il a été validé préalablement par l'entreprise en charge de la mission OPC, par le maître d'œuvre et l'économiste du projet, ce paiement ne pouvait présenter le caractère d'un paiement partiel définitif faisant obstacle à sa remise en cause ultérieure, en particulier à la suite de la résiliation du marché de travaux. Ainsi, le contrat ayant commencé à être exécuté, ce paiement constituait un acompte. Le maître d'ouvrage était donc fondé à en demander le remboursement dans l'hypothèse où la consistance des travaux réalisés par le sous-traitant ne correspondait pas à ce qui était prévu par le marché. ».

CE, 1^{er} juin 2023, n°462211, Centre hospitalier de Capesterre Belle-Eau

« Aux termes du I de l'article 88 du même code : " **Le remboursement de l'avance s'impute sur les sommes dues au titulaire, selon un rythme et des modalités fixés par le marché par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes ou de règlement partiel définitif ou de solde (...).**

L'article 115 du même code, dont la substance a été reprise aux articles R. 2193-17 et suivants du code de la commande publique, prévoit que ces dispositions s'appliquent aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct.

Il résulte de la combinaison de ces dispositions que **lorsque le marché est résilié avant que l'avance puisse être remboursée par précompte sur les prestations dues, le maître d'ouvrage peut obtenir le remboursement de l'avance versée au titulaire du marché ou à son sous-traitant sous réserve des dépenses qu'ils ont exposées et qui correspondent à des prestations prévues au marché et effectivement réalisées. S'agissant des prestations réalisées par le sous-traitant, il appartient au maître d'ouvrage de consulter le titulaire du marché pour s'assurer que ces conditions remplies. (...)** En revanche, ni les dispositions mentionnées aux points 2 à 5, ni aucun autre texte, ni aucun principe ne subordonne à l'établissement préalable d'un tel décompte **l'exigibilité de la créance que détient le maître d'ouvrage sur le sous-traitant, notamment pour le remboursement des avances qu'il a versées à ce dernier** ».

Article R2193-21

Si le titulaire du marché qui a perçu l'avance sous-traite une part du marché en cours d'exécution, il rembourse l'avance correspondant au montant des prestations sous-traitées et donnant lieu à paiement direct à l'acheteur, même dans le cas où le sous-traitant ne souhaite pas bénéficier de l'avance.

Le remboursement par le titulaire s'impute sur les sommes qui lui sont dues par l'acheteur et débute à compter de la notification de l'acte spécial.

Sous-section 2 - Cession ou nantissement de créances

Article R2193-22

Le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées peut céder ou nantir, à concurrence du montant des prestations qui lui sont réglées directement, tout ou partie de sa créance.

La copie de l'original du marché ou du certificat de cessibilité prévu à l'article R. 2191-46 ou, le cas échéant, de l'acte spécial prévu à l'article R. 2193-4 désignant un sous-traitant admis au paiement direct, est remise à chaque sous-traitant bénéficiant du paiement direct.

Cession ou nantissement

Article 2355 Code civil

« Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs.

Il est conventionnel ou judiciaire.

Le nantissement judiciaire est régi par les dispositions applicables aux procédures civiles d'exécution.

Le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre.

Celui qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels ».

Article 2356 Code civil

« A peine de nullité, **le nantissement de créance doit être conclu par écrit. Les créances garanties et les créances nanties sont désignées dans l'acte.**

Si elles sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance ».

Cour de Cassation, 19 décembre 2006, n°05-16395

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'en dehors des cas prévus par la loi, **l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance**, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

INSTRUCTION N° 07-019-B1-M0-M9 du 27 février 2007 NOR : BUD R 07 00019 J Texte publié au Bulletin Officiel de la Comptabilité Publique CESSION ET NANTISSEMENT DE CRÉANCES SUR LES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC p.5

« Tout crédit consenti par un établissement de crédit à une personne morale de droit privé ou de droit public, ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement, par simple remise d'un bordereau, **à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers public ou privé (personne morale ou personne physique)**. En vertu de l'article L.313-23 du Code monétaire et financier, **les cessions et nantissements de créances sont réalisés par simple remise au cessionnaire d'un bordereau** ("bordereau Dailly") établi par le cédant. Peuvent être cédées ou données en nantissement par la voie du « bordereau Dailly » non seulement les créances liquides et exigibles, mais aussi les créances à terme ainsi que les créances conditionnelles et les créances futures dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés, sous la réserve de leur suffisante identification (cf. Cour de Cassation, Chambre Civile 1 du 20 mars 2001, Société Marana – Pourvoi n° 99-14982) ».

Copie de l'original du marché public ou certificat de cessibilité

CE, 2 décembre 2019, n°422307, Département du Nord

« Toute modification dans la répartition des prestations entre le titulaire et les sous-traitants payés directement ou entre les sous-traitants eux-mêmes exige également la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité ou, le cas échéant, la production d'une attestation ou d'une mainlevée du ou des cessionnaires. »

CE, 15 février 2008, n°277295, Société Anonyme Fortis Banque France

« L'autorité qui a traité avec l'entrepreneur ou fournisseur remet à celui-ci une **copie certifiée conforme de l'original revêtue d'une mention dûment signée**, comme l'original, par l'autorité dont il s'agit et indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemplaire **en vue de la notification éventuelle d'une cession ou d'un nantissement de créances** ».

INSTRUCTION N° 07-019-B1-M0-M9 du 27 février 2007 NOR : BUD R 07 00019 J Texte publié au Bulletin Officiel de la Comptabilité Publique CESSION ET NANTISSEMENT DE CRÉANCES SUR LES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC p.10 et 11

« Conformément à l'article 106 du Code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur remet au titulaire du marché **une copie de l'original du marché** revêtue de la mention d'exemplaire unique signée par l'autorité contractante ou **un certificat de cessibilité**. Les comptables doivent attirer l'attention des acheteurs publics sur le fait qu'ils doivent veiller à ne délivrer que l'un ou l'autre de ces documents. Tout marché d'un montant égal ou supérieur à 4000 € HT étant passé sous la forme écrite (cf. article 11 du CMP), le pouvoir adjudicateur peut remettre au cocontractant une copie du contrat, ou tout document valant commande (cf. paragraphe 2.2.6. infra : nomenclatures des pièces justificatives de la dépense), comportant la mention d'exemplaire unique et revêtue de la signature du pouvoir adjudicateur. L'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité est destiné à être remis au cessionnaire ou au bénéficiaire de nantissement de créances.

Ainsi, lorsque le marché public ne donne pas lieu à la rédaction d'un écrit, le bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de créances doit transmettre au comptable public le certificat de cessibilité, qui comporte les mentions permettant d'identifier la créance cédée ou nantie. Ce document (exemplaire unique ou certificat de cessibilité) est une pièce justificative indispensable au paiement de la dépense, qu'il s'agisse d'une cession ou d'un nantissement conforme au CMF ou au Code civil. Il importe donc que l'établissement cessionnaire joigne ce document à l'appui de la notification ou la signification de cession ou de nantissement de créances. Si le comptable ne dispose pas de l'exemplaire unique du marché en même temps que de l'ordonnance de paiement ou du mandat, il suspend le paiement et le délai global de paiement. (cf. article 2.II du décret n° 2002-232 du 21 février 2002) ».

Chapitre IV - Modification du marché

Article L2194-1

Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :

- 1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;
- 2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;
- 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
- 4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;
- 5° Les modifications ne sont pas substantielles ;
- 6° Les modifications sont de faible montant.

Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer **la nature globale du marché**.

TA Réunion, 15 octobre 2024, n°2200343, Société Osiris Sécurité Réunion

« Il résulte de l'instruction **que pour résilier pour motif d'intérêt général le lot n°4 - marchés couverts [...] conclu avec la société Osiris, la commune de Saint Denis s'est fondée sur l'évolution substantielle de ses besoins, nécessitant la rédaction d'un nouveau cahier des charges et une nouvelle mise en concurrence**. Selon la collectivité, cette évolution substantielle consiste en la révision de la plage horaire de surveillance des sites visant à passer d'un gardiennage de jour, ainsi que le prévoit le cahier des charges du marché, à un gardiennage en dehors des horaires d'ouverture au public, c'est-à-dire principalement de nuit, lequel implique une hausse considérable des tarifs ayant pour conséquence une modification substantielle du contrat ne pouvant se faire par voie d'avenant. **Toutefois, la commune de Saint Denis ne justifie pas de la raison pour laquelle la plage horaire de surveillance des sites devait être modifiée au bénéfice de nouveaux horaires en dehors des heures d'ouverture au public [...], ni dans quelle mesure cette modification horaire serait substantielle et engendrerait une hausse des tarifs telle qu'elle ne pourrait se faire sans nouvelle procédure de mise en concurrence**. Dès lors, c'est **de manière fautive** que la commune de Saint Denis a résilié le marché dont était titulaire la société requérante. Par suite, cette dernière est fondée à demander l'indemnisation des préjudices qu'elle a subis et qui sont en lien direct avec cette résiliation. »

CJUE, 7 décembre 2023, Zamestnik-ministar c/ Obshtina Razgrad, Aff. C-441/22 – C-443/22

L'article 72, paragraphe 1, sous e), et paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2017/2365 de la Commission, du 18 décembre 2017, doit être interprété en ce sens que aux fins de qualifier une modification d'un contrat de marché public de « substantielle », au sens de cette disposition, les parties au contrat ne doivent pas avoir signé un accord écrit ayant pour objet cette modification, une volonté commune de procéder à la modification en question pouvant également être déduite, notamment, d'autres éléments écrits émanant de ces parties.

CE, 8 mars 2023, n°464619, SIPPAREC

« En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique contractante peut unilatéralement apporter des modifications à un tel contrat dans l'intérêt général, son cocontractant étant tenu de respecter les obligations qui lui incombent en vertu du contrat ainsi modifié tout en ayant droit au maintien de l'équilibre financier du contrat. **La personne publique peut ainsi, lorsqu'une clause du contrat est affectée d'une irrégularité tenant au caractère illicite de son contenu et à condition qu'elle soit divisible du reste du contrat, y apporter de manière unilatérale les modifications permettant de remédier à cette irrégularité**. Si la clause n'est pas divisible du reste du contrat et que l'irrégularité qui entache le contrat est d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation, la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, résilier unilatéralement le contrat sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge. »

CAA de Paris, 8 novembre 2022, n°20PA03669 Société Urban Futur

« Aux termes de l'article 65 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : " Les conditions dans lesquelles un marché public peut être modifié en cours d'exécution sont fixées par voie réglementaire. Ces modifications ne peuvent changer la nature globale du marché public. / **Lorsque l'exécution du marché public ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues par la présente ordonnance, le marché public peut être résilié par l'acheteur**. ". L'article 139 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics cité au point 3 prévoit les cas dans lesquels le marché public peut être modifié.

La société Urban Futur soutient que le contrat a été modifié substantiellement dès lors que les conteneurs mis en place par la société Tere ne respectent pas les stipulations de l'article H2 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) qui prévoyait que le mobilier à mettre en place devra être du type Compact de la marque Sotkon ou équivalent. Toutefois, d'une part, il résulte des termes mêmes de l'article H2 du CCTP applicable au marché litigieux qu'il ne prévoyait pas l'utilisation obligatoire de conteneurs de marque Sotkon mais laissait la possibilité à l'acheteur de recourir à un fournisseur de cuves présentant des caractéristiques équivalentes à celles de la marque Sotkon, fussent-elles d'une autre marque, ainsi que le prévoit expressément la mention " ou équivalent " figurant à l'article H2 du CCTP. D'autre part, s'il résulte de l'instruction et notamment du constat d'huissier du 29 juin 2017 diligenté par la société requérante et non contesté en défense, que les cuves mises en place par l'attributaire, qui sont toutes de marque Astech, sont de forme ovoïde au lieu d'être ronde, sont sans couvercle et que le centre et le bas de l'ouverture sont respectivement à 83 et 72 cm du sol au lieu des 90 cm prévus, **de telles modifications du marché ne peuvent être regardées comme étant substantielles** au sens des dispositions de l'article 65 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de l'article 139 du décret du 25 mars 2016, **dès lors qu'elles ne peuvent être regardées comme remettant en cause les conditions initiales de mise en concurrence, qu'elles ne modifient pas considérablement l'objet du contrat et ne changent pas la nature globale du marché en cause**. »

Article 133 de la Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique

« I. - **Les contrats répondant à la définition des contrats de la commande publique énoncée à l'article L. 2 du code de la commande publique pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication avant le 1er avril 2016 peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions définies par le code de la commande publique**. »

CE, 9 mars 2018, n° 409972, Compagnie des parcs et passeurs du Mont Saint-Michel

« Les parties [...] ne peuvent, par simple avenant, apporter des modifications substantielles au contrat en introduisant des conditions qui, **si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu conduire à admettre d'autres candidats ou à retenir une autre offre que celle de l'attributaire** »

Nature globale du marché public

Fiche DAJ, Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, p.2

« En dessous de ces seuils, le contrat en cause « peut être modifié », sans qu'il soit nécessaire de vérifier si la modification revêt un caractère « substantiel » au sens de l'article R. 2194-7 du code de la commande publique.

Toutefois, cette présomption de régularité qui s'attache au seul montant de la modification, n'est pas irréfragable. Bien qu'inférieure à ces seuils, la modification pourrait être qualifiée de modification irrégulière du contrat, au regard d'autres critères. En effet, les articles L. 2194-1 et L. 3135-1 du code posent comme principe **qu'une modification ne saurait changer la nature globale du marché** ou de la concession, quand bien même elle serait inférieure aux seuils précités.

Les impacts en termes financiers ne sont donc pas les seuls à prendre en compte pour apprécier la régularité d'une modification.

Ainsi, les modifications doivent, en toute hypothèse, demeurer justifiées et proportionnées aux objectifs poursuivis. »

CE, Ass., 26 avril 2018, n° 394398, Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique

« Il ressort des caractéristiques du contrat de concession décrites au point 2 que le fait que la concession porte à la fois sur la construction d'une nouvelle infrastructure et sur l'exploitation de l'aéroport existant constitue un élément essentiel du montage financier retenu. Ces deux objets doivent, dès lors, être regardés comme formant un ensemble unique et indissociable. Dans ces conditions, une modification du contrat de concession initial qui consisterait à retirer du périmètre de la concession l'ensemble des missions relatives à la réalisation de l'aérodrome de Notre-Dame-des-Landes et à confier à la société AGO des missions nouvelles relatives à l'aérodrome de Nantes-Atlantique dont elle assure l'exploitation en vertu du même contrat ne pourrait qu'être regardée, eu égard à son ampleur, comme **changeant la nature globale du contrat initial**. Elle introduirait, en outre, des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de sélection initiale, auraient pu attirer d'autres participants ou permis l'admission de candidats autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ».

CJCE, 19/06/2008, C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH

« En vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50 lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché (voir, en ce sens, arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France, C-337/98, Rec. p. I-8377, points 44 et 46).

La modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme **substantielle** lorsqu'elle **introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue »**

CE 15 novembre 2017, n° 409728, Commune d'Aix-en-Provence

« Cette modification doit être regardée, **eu égard à son ampleur**, comme **changeant la nature globale du contrat initial** ; qu'elle introduit, en outre, des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu attirer davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ».

Sous-section 1 - Clauses contractuelles

Article R2194-1

Le marché peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de **clauses de réexamen**, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

Clauses de réexamen

Fiche DAJ, Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, p.2

« L'acheteur et l'autorité concédante sont donc dans l'obligation d'informer les candidats potentiels dans les documents de la consultation du réexamen éventuel de certaines conditions d'exécution du contrat. Il pourrait ainsi prévoir une éventuelle **modification de sa clause de variation de prix en cas**

de survenance de certains événements qui pourraient altérer en cours d'exécution l'équilibre financier de son contrat. Les conditions de sa mise en œuvre et les modalités de modification du prix doivent néanmoins être précisées dans le contrat initial car elles constituent des éléments susceptibles d'influer sur les offres des candidats et par conséquent sur les conditions initiales de mise en concurrence. La clause de réexamen peut également comporter des options dès lors que celles-ci ont été formulées de manière suffisamment claire, précise et univoque dans les pièces contractuelles. Les options recouvrent notamment les tranches optionnelles, les reconductions ou encore les prestations complémentaires ».

CAA de LYON, 31 mai 2022, n°20LY01809, Société Quinson Fonlupt

« Aux termes de l'article 5 du cahier des clauses administratives particulières du marché : " 5.2 (...) Les prestations forfaitaires sont calculées à partir des tonnages connus en 2010 (...). / Pour tenir compte de l'évolution des conditions économiques et techniques, un réexamen des prix peut être envisagé sur l'initiative du titulaire ou du SMICTOM, dans les cas suivants : / (...) 3. En cas de modification importante de la consistance et des conditions d'exécution du service ; / (...) Pour ces quatre cas, le titulaire devra produire les justificatifs nécessaires ".

Il résulte de l'instruction que la somme de 114 504,21 euros TTC réclamée par la société Quinson Fonlupt représente 7 % du montant total du marché sur la période d'exécution du 1er mai 2012 au 30 avril 2017. La société n'établit pas, par la comparaison entre la moyenne annuelle de tonnages de déchets traités pendant la durée du marché et celle des tonnages de déchets traités en 2010, sur la base de laquelle les prix du marché ont été établis, que le surplus du tonnage de déchets traité pendant la durée d'exécution du contrat constitue une modification importante de la consistance et des conditions d'exécution du service ».

7. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir contractuelle opposée en défense, que la société Quinson Fonlupt n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal a rejeté sa demande ».

CJUE, 7 septembre 2016, C-549/14, Finn Frogne A/S c/ Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation

« L'article 2 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens que, après l'attribution d'un marché public, **une modification substantielle ne peut pas être apportée à celui-ci sans l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché même lorsque cette modification constitue, objectivement, un mode de règlement transactionnel, emportant des renoncements réciproques de la part des deux parties, en vue de mettre un terme à un litige, dont l'issue est incertaine, né des difficultés auxquelles se heurte l'exécution de ce marché**. Il n'en serait autrement que si les documents dudit marché prévoyaient la faculté d'adapter certaines conditions, même importantes, de celui-ci après son attribution et fixaient les modalités d'application de cette faculté ».

Sous-section 2 - Travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires

Article R2194-2

Le marché peut être modifié lorsque, sous réserve de la limite fixée à l'article R. 2194-3, des travaux, fournitures ou services supplémentaires, quel que soit leur montant, sont devenus nécessaires et ne figureraient pas dans le marché initial, à la condition qu'un **changement de titulaire soit impossible** pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial.

Changement de titulaire impossible

Directive 2014/24/UE, 26 février 2014, Article 72

« Les marchés et les accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive dans l'un des cas suivants: [...] b) pour les travaux, services ou fournitures supplémentaires du contractant principal qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, lorsqu'un changement de contractant:

- i. est impossible **pour des raisons économiques ou techniques** telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre de le marché initial ; et
- ii. **présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour le pouvoir adjudicateur.**

Toutefois, toute augmentation de prix ne peut pas être supérieure à 50 % de la valeur du marché initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification ».

CAA de NANTES, 04 février 2022, 21NT01182, SELARL Sandra Pellen Avocat

« Il ne résulte aucunement de l'instruction que les prestations confiées à la société Degano et à la société Sol Solution par ces avenants et ce marché complémentaire auraient inclus des prestations devant être initialement réalisées par la société CBI et qu'en conséquence, ces marchés complémentaires auraient, même partiellement, la nature des marchés de substitution. Dans ces conditions, ces marchés n'entraient pas dans le champ d'application des stipulations de l'article 49.5 du CCAG Travaux. La circonstance que la société CBI n'ait pas été avisée de la conclusion de cet avenant et de ce marché complémentaire est dès lors sans incidence sur la possibilité des maîtres d'ouvrage de prendre en compte ces marchés dans les décomptes des marchés conclus avec la société CBI ».

CE 27 mars 2020, n° 426955, Sté Geomat

« Le prestataire a le droit d'être indemnisé du coût des prestations supplémentaires indispensables à l'exécution du marché dans les règles de l'art, sauf dans le cas où la personne publique s'est préalablement opposée, de manière précise, à leur réalisation ».

CE, Ass., 26 avril 2018, n° 394398, Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique

« Participerait d'une lecture erronée de ce dispositif de transposition toute interprétation consistant à ne pas combiner la condition générale posée par l'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, tenant à l'absence de modification de la nature globale du contrat, avec les dispositions des 2° et 3° de l'article 36 du décret du 1er février 2016 qui prévoient, respectivement, la possibilité pour le concédant, sans nouvelle mise en concurrence, d'introduire des travaux ou services supplémentaires, dès lors qu'un changement de concessionnaire est « impossible pour des raisons économiques ou techniques » et entraîne pour le concédant « une augmentation substantielle des coûts » ou encore la possibilité de modifier le contrat lorsque cette modification est « rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir ».

CE, 23 décembre 2016, N° 397096, M.E

« Si les requérants soutiennent que des clauses prévoyant de nouveaux travaux, notamment pour la réalisation de nouvelles sections d'autoroute, constitueraient des clauses réglementaires, qui méconnaîtraient les dispositions citées au point 4 ci-dessus, un tel moyen doit, en tout état de cause, être écarté, dès lors qu'il ressort des pièces des dossiers, d'une part, que les travaux en cause, dont le montant n'est pas supérieur à 50% du montant des contrats initiaux, ont pour objet soit de répondre aux risques liés à l'accroissement du trafic, soit d'améliorer la sécurité routière, qu'ils répondent ainsi à des besoins d'intérêt général et qu'ils sont devenus nécessaires pour assurer l'exploitation des concessions et, d'autre part, qu'un changement de concessionnaire serait impossible du fait des liens étroits entre les équipements concernés et les biens et services concédés et de nature à entraîner, pour l'Etat, une augmentation substantielle des coûts en raison des indemnités qui seraient dues ».

Article R2194-3

Lorsque le marché est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant de la modification prévue à l'article R. 2194-2 ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification. Ces modifications successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Article R2194-4

Pour le calcul du montant de la modification mentionnée à l'article R. 2194-2, l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix.

Sous-section 3 - Circonstances imprévues

Article R2194-5

Le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des **circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir**. Dans ce cas, les dispositions des articles R. 2194-3 et R. 2194-4 sont applicables.

Fiche DAJ, Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, p.4

« En application du 3° de l'article 139 du décret sur les marchés publics, du 3° de l'article 137 du décret sur les marchés publics de défense ou de sécurité et du 3° de l'article 36 du décret sur les contrats de concession, l'acheteur public ou l'autorité concédante peut modifier son contrat lorsqu'il est confronté à des circonstances imprévues ou imprévisibles. Ce sont des circonstances extérieures qu'un acheteur ou une autorité concédante, bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation du contrat initial, n'aurait pu prévoir, compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature et des caractéristiques du projet particulier, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de l'attribution du marché et la valeur prévisible de celui-ci¹⁴. Cette hypothèse **s'apparente à la notion de sujétions techniques imprévues** évoquée à l'article 20 du code des marchés publics de 2006 qui recouvrait toutes les difficultés matérielles rencontrées en cours d'exécution d'un marché public. [...] le décret n° 2016-360 dispose que **la modification doit être limitée à 50 % du montant du marché initial et ne doit pas altérer la nature globale du contrat**. Par ailleurs, lorsque plusieurs modifications successives sont opérées, le calcul de cette limite s'effectue au regard de chaque modification. A cet égard, il convient de préciser que l'acheteur ne saurait recourir à des modifications successives dans le but de se soustraire aux obligations de publicité et de mise en concurrence telles qu'imposées par les règles relatives à la commande publique ».

Circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir

CAA Nancy, 17 octobre 2019, n°17NC02898, SAS Dybiec Obs

« S'il est admis qu'elle puisse être invoquée par le sous-traitant bénéficiant d'un droit au paiement direct, **la théorie des sujétions imprévues étant un fondement de responsabilité contractuelle, le principe de l'effet relatif des conventions s'oppose à ce qu'un cocontractant du maître d'ouvrage ayant participé à la même opération de travaux publics, mais tiers par rapport au contrat dont l'exécution a donné lieu à la rencontre de telles sujétions, puisse s'en prévaloir pour obtenir la réparation d'un préjudice** ».

CJUE, 7 décembre 2023, Zamestnik-ministar c/ Obshtina Razgrad, Aff. C-441/22 – C-443/22

« L'article 72, paragraphe 1, sous c), i), de la directive 2014/24, telle que modifiée par le règlement délégué 2017/2365, doit être interprété en ce sens que : la diligence dont doit avoir fait preuve **le pouvoir adjudicateur pour pouvoir se prévaloir de cette disposition exige notamment que celui-ci ait pris en considération, lors de la préparation du**

marché public concerné, les risques de dépassement du délai d'exécution de ce marché induits par des causes de suspension prévisibles, telles que les conditions météorologiques habituelles ainsi que les interdictions réglementaires d'exécution de travaux publiées à l'avance et applicables durant une période incluse dans la période d'exécution dudit marché, de telles conditions météorologiques et interdictions réglementaires ne pouvant justifier, lorsqu'elles n'ont pas été prévues dans les documents qui régissent la procédure d'attribution de marché public, l'exécution des travaux au-delà du délai fixé dans ces documents ainsi que dans le contrat initial de marché public ».

CE, Ass., 15 septembre 2022, n°405540, relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision

« Le Conseil d'Etat estime, en conséquence de ce qui précède, que le caractère en principe définitif des prix des marchés ne fait pas obstacle à leur modification en application et dans le respect des dispositions citées aux points 1 et 2, dès lors que les prix ainsi modifiés respectent les dispositions citées au premier alinéa du point 3, ce dont il se déduit qu'en principe ils restent définitifs pendant toute la période d'exécution des prestations et constituent le prix de règlement, sous réserve de leur actualisation ou de leur révision prévue par le marché. Il considère également que rien n'empêche que les modifications des marchés et contrats de concession portent uniquement, en vue de compenser les surcoûts que le titulaire ou le concessionnaire subit du fait de circonstances imprévisibles, sur les prix ou les tarifs prévus au contrat ainsi que sur les modalités de leur détermination ou de leur évolution ».

CAA Nancy, 28 janvier 2020, n° 18NC02597, Société Alliance Connectic

« D'une part, toutefois, **la concurrence économique ne saurait constituer un aléa imprévisible dans un marché en pleine mutation au gré des évolutions technologiques, y compris dans des zones encore mal desservies.** Si la requérante fait valoir que l'ampleur du changement de stratégie des opérateurs concurrents de France Télécom ne pouvait être prévue, elle a cependant pris un risque d'exploitation en fondant sur vingt ans l'équilibre financier de la délégation de service public, principalement sur des recettes provenant de la technologie DSL, tout en relevant, dans son mémoire en imprévision qu'elle ne pouvait avoir aucune visibilité sur les demandes de dégroupage des opérateurs qui sont adressées directement à la société Orange. Par ailleurs, il n'était nullement imprévisible que les opérateurs de télécommunications débutent le dégroupage par les zones les plus densément peuplées nécessitant des investissements moindres et ayant un potentiel de recettes plus élevé. Ainsi que cela ressort des termes mêmes de son mémoire en imprévision, la société Alliance Connectic comptait elle aussi sur la commercialisation de ses offres dans les zones les plus densément peuplées pour développer l'offre dans les zones rurales et faiblement peuplées disposant d'un potentiel commercial moindre ».

CE, 25 mars 2020, n° 427085, Société Guintoli

« En premier lieu, ne peuvent être regardées comme des sujétions techniques imprévues que des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties. **S'agissant d'un marché à prix unitaires,** leur indemnisation par le maître d'ouvrage n'est pas subordonnée à un bouleversement de l'économie du contrat. Par suite, la cour administrative d'appel n'a pas commis une erreur de droit en s'abstenant de rechercher si un tel bouleversement était caractérisé en l'espèce dès lors qu'il n'était pas contesté que le marché en litige était à prix unitaires ».

CE, Ass., 26 avril 2018, n° 394398, Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique

« Participerait d'une lecture erronée de ce dispositif de transposition toute interprétation consistant à ne pas combiner la condition générale posée par l'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, tenant à l'absence de modification de la nature globale du contrat, avec les dispositions des 2° et 3° de l'article

36 du décret du 1er février 2016 qui prévoient, respectivement, la possibilité pour le concédant, sans nouvelle mise en concurrence, d'introduire des travaux ou services supplémentaires, dès lors qu'un changement de concessionnaire est « impossible pour des raisons économiques ou techniques » et entraîne pour le concédant « une augmentation substantielle des coûts » ou encore la possibilité de modifier le contrat lorsque cette modification est « rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir.

Le Conseil d'Etat estime, en conséquence, que la modification par avenant de la concession afin, notamment, de retirer de son périmètre l'ensemble des missions relatives à la réalisation de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes ne pourrait être retenue qu'en méconnaissance des règles de modification des concessions (CE, 15 novembre 2017, Commune d'Aix-en-Provence, n° 409728, 409799) ».

CE, 30 juillet 2003, n° 223445, Commune de Lens

« Ne peuvent être regardées comme des sujétions techniques imprévues au sens de ces dispositions, que des **difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché,** présentant un caractère **exceptionnel, imprévisibles** lors de la conclusion du contrat et **dont la cause est extérieure aux parties** »

CE, 22 déc. 1976, n°94998, Depussé

« [...] cons. qu'il résulte de l'instruction qu'en raison de l'instabilité du sol sur lequel ont été édifiés les bâtiments du groupe scolaire, l'entreprise a... a été contrainte d'accomplir des travaux de fondations à une profondeur de 10 mètres ; que ces travaux supplémentaires **excédaient,** compte tenu des conditions d'exécution prévues au devis, **les communes prévisions des parties lors de la passation du marche** ; qu'ainsi et bien que ces travaux n'aient pas préalablement fait l'objet d'un ordre écrit de la ville de Rethel, le sieur a... a droit à une indemnité pour sujétions imprévues [...] »

Sous-section 4 - Substitution d'un nouveau titulaire

Article R2194-6

Le marché peut être modifié lorsqu'un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché, dans l'un des cas suivants :

- 1° **En application d'une clause de réexamen** ou d'une option conformément aux dispositions de l'article R. 2194-1 ;
- 2° Dans le cas d'une **cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial,** à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché initial.

CAA Nancy, 14 mai 2024, n° 21NC02136, Société Edgard Duval

« **La substitution, au cours de l'exécution d'un marché passé avec un groupement d'opérateurs économiques,** lequel n'est pas doté de la personnalité juridique, d'un ou de plusieurs des membres de ce groupement par un ou plusieurs autres opérateurs économiques **constitue une modification du titulaire du marché qui peut valablement avoir lieu sans mise en concurrence lorsque l'entreprise substituée était en situation d'insolvabilité formalisée par une mise en liquidation judiciaire.** [...] il résulte de l'instruction que la société Edgard Duval a été substituée à la société Sovep Environnement, placée en liquidation judiciaire, en tant que membre d'un groupement d'entreprises et en qualité de cocontractant du SIAG. Il est constant que cette substitution a été effectuée sans publicité et mise en concurrence. **Il ne résulte pas de l'instruction, et alors qu'aucune autre modification substantielle n'a été constatée, que cette substitution aurait été effectuée dans le seul but de soustraire le marché public aux obligations de publicité et de mise en concurrence.** »

CAA, Versailles, 22 octobre 2024, n°24VE01759

« Par un avenant n° 1 au marché, conclu entre les parties le 15 septembre 2021, la commune de Garges-lès-Gonesse a validé le transfert du marché de la SAS Isolation Décoration Sécurité à la société requérante, qui en est le nouveau titulaire. **Dès lors que cette nouvelle société a repris l'ensemble des droits et obligations de la précédente, la fin de non-recevoir tirée de son défaut d'intérêt pour agir doit être écartée.** »

CE, 16 mai 2022, n° 459408, Sté hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM)

« La substitution, au cours de l'exécution d'un marché passé avec un groupement d'opérateurs économiques, lequel n'est pas doté de la personnalité juridique, d'un ou de plusieurs des membres de ce groupement par un ou plusieurs autres opérateurs économiques constitue une modification du titulaire du marché qui ne peut valablement avoir lieu sans mise en concurrence que dans les cas prévus par l'article L. 2194-1 du code de la commande publique (CCP) et précisés par les articles R. 2194-5, R. 2194-6 et R. 2194-7 du même code ».

CJUE, 3 février 2022, affaire C-461/20, Advania Sverige AB

« Il ressort du libellé de l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24 que la notion de « restructuration » englobe les modifications structurelles du contractant initial, notamment l'insolvabilité qui comprend la faillite aboutissant à la liquidation. (...) L'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'un opérateur économique qui, à la suite de la mise en faillite du contractant initial ayant abouti à la liquidation de celui-ci, n'a repris que les droits et les obligations de ce dernier découlant d'un accord-cadre conclu avec un pouvoir adjudicateur doit être regardé comme ayant succédé à titre partiel à ce contractant initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, au sens de cette disposition ».

CAA Bordeaux, 26 juin 2018, n° 16BX01768, Société Astriam Sécurité Aquitaine

« Les contrats administratifs sont conclus en raison des considérations propres à chaque contractant. Il résulte de ce principe que **la cession d'un marché ou d'une concession ne peut avoir lieu**, même en l'absence de toute clause spéciale du contrat en ce sens, **qu'après information et assentiment préalable de la personne publique contractante**. Cet assentiment peut n'être que tacite et un comportement positif de la collectivité, démontrant son acceptation du nouveau titulaire du contrat, peut, notamment, être regardé comme constituant une telle autorisation ».

En application d'une clause de réexamen

Fiche DAJ, Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, p.5

« Toutefois, même dans l'hypothèse où le changement de cocontractant est prévu dans le cadre d'une clause de réexamen, la cession peut être regardée comme **irrégulière si ce changement intervient immédiatement après la conclusion du contrat et avant même le début de l'exécution des prestations sans motif légitime**, dans la mesure où l'identité du titulaire est un élément déterminant du contrat ».

Concl. Y. BOT sous CJUE, 27 octobre 2009, C-91/08, Wall AG/Stadt Frankfurt am Main, pt 153

« Lorsque, dans le cadre d'une procédure de passation d'une concession de services, l'identité du sous-traitant est un élément essentiel sur lequel le pouvoir adjudicateur s'est fondé pour attribuer la concession, l'obligation de transparence requiert des États membres qu'ils organisent une nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque le concessionnaire souhaite procéder à un changement de sous-traitant avant même l'exécution des premières prestations et sans qu'il ait été avancé de raisons légitimes ».

Cession à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial

Fiche DAJ, Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, p.5

« La cession d'un contrat au profit d'un nouveau titulaire est admise dans les cas suivants : lorsqu'elle intervient à la suite d'une **opération de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité**, assurée par un autre opérateur qui remplit les critères de sélection qualitativement établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à se soustraire à l'application de la présente directive ».

CAA Bordeaux, n° 16BX01768, 26 juin 2018, Société Astriam Sécurité Aquitaine

« Les contrats administratifs sont conclus en raison des considérations propres à chaque contractant. Il résulte de ce principe que **la cession d'un marché ou d'une concession ne peut avoir lieu**, même en l'absence de toute clause spéciale du contrat en ce sens, **qu'après information et assentiment préalable de la personne publique contractante**. Cet assentiment peut n'être que tacite et un comportement positif de la collectivité, démontrant son acceptation du nouveau titulaire du contrat, peut, notamment, être regardé comme constituant une telle autorisation ».

Réponse du Ministère de l'intérieur, JO Sénat du 26/01/2017, p. 298

« Les modifications de contrats de délégation de service public sont régies par les articles 55 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et 36 du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatifs aux contrats de concession. L'article 36 du décret prévoit que le contrat de concession peut-être modifié « lorsqu'un nouveau concessionnaire se substitue à celui auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession dans le cas d'une cession du contrat de concession, à la suite d'opérations de restructuration du concessionnaire initial ». Le changement de statut juridique du titulaire d'un contrat de délégation de service public se traduit par une cession du contrat **vers un nouveau délégataire identifié**. Cette substitution suppose la conclusion d'un avenant au contrat. Le changement de délégataire ne doit toutefois s'accompagner d'aucun autre changement qui serait de nature à affecter de manière substantielle un élément essentiel du contrat. La cession du contrat ne peut de plus être effectuée dans le but de soustraire le contrat de concession aux obligations de publicité et de mise en concurrence ».

Concl. Y. BOT sous CJUE, 27 octobre 2009, Wall AG/Stadt Frankfurt am Main, C-91/08, pts. 67 à 72.

« En effet, le changement de sous-traitant intervient sans motif légitime, après la conclusion du contrat et avant l'exécution des premières prestations, alors même que le concessionnaire s'est prévalu de la renommée et de l'expertise technique du sous-traitant lors de la remise de son offre. Selon nous, une telle pratique, si elle est admise par le pouvoir adjudicateur, viole l'obligation de transparence et le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires. En agissant ainsi, le pouvoir adjudicateur soustrait l'offre de FES, telle qu'elle a été modifiée, à un examen sérieux et transparent des différentes candidatures, ce qui est susceptible de procurer à l'entreprise un avantage injustifié pour l'obtention du contrat ».

CJCE, 19 juin 2008, C-454/06, Preetext Nachrichtenagentur GmbH

« Il est également constant que, depuis le transfert des services OTS d'APA à APA-OTS au cours de l'année 2000, le pouvoir adjudicateur effectue les paiements relatifs à ce service directement à APA-OTS et non plus à APA.

Toutefois, **le transfert de l'activité en question présente certaines caractéristiques particulières qui permettent de conclure que de telles modifications, introduites dans une situation telle que celle au principal, ne constituent pas le changement d'un terme essentiel du marché**.

En effet, il ressort du dossier qu'APA-OTS est une **filiale détenue à 100 % par APA**, que cette dernière dispose d'un **pouvoir de direction sur APA-OTS** et qu'il **existe entre ces deux entités un contrat de transfert des pertes et des bénéfices**, assumés par APA. En outre, il ressort du dossier qu'une personne habilitée à représenter APA a assuré le pouvoir adjudicateur que, à la suite du transfert des services OTS, APA était responsable **solidairement avec APA-OTS et que la prestation globale existante resterait inchangée**.

Un tel arrangement représente, en substance, une **réorganisation interne du cocontractant, laquelle ne modifie pas de manière essentielle les termes du marché initial** ».

CE, Section des finances, Avis n°364803, 8 juin 2000

« La cession d'un marché ou d'une délégation de service public doit s'entendre de la **reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat**. Elle ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et, s'agissant de concessions, le prix demandé aux usagers. Lorsque la modification substantielle de l'un de ces éléments implique nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat, ce contrat, même conclu sous forme d'un avenant, doit être soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence préalables ».

Sous-section 5 - Modification non substantielle**Article R2194-7**

Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles.

Pour l'application de l'article L. 2194-1, une **modification est substantielle**, notamment, lorsque au moins une des conditions suivantes est remplie :

- 1° Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ;
- 2° Elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;
- 3° Elle **modifie considérablement l'objet** du marché ;
- 4° Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article R. 2194-6.

Modification substantielle**CJUE, 18 septembre 2019, C-526/17, Commission européenne c/ République Italienne**

« Il est constant **que la modification** du terme de la concession [...] offre un **important laps de temps supplémentaire** à la SAT **pour assurer l'exploitation** du tronçon reliant Livourne à Cecina et que, **dans la mesure où ce concessionnaire se rémunère au moyen de cette exploitation, il augmente considérablement sa rémunération**.

Cette prorogation de 18 ans et de 2 mois de la durée initiale de cette concession constitue par conséquent, en vertu des principes rappelés au point 58 du présent arrêt, **une modification substantielle des conditions de la concession existante** ».

CE, 9 mars 2018, n° 409972, Commune du Mont-Saint-Michel

« Les parties [...] ne peuvent, par simple avenant, apporter des modifications substantielles au contrat en introduisant des conditions qui, **si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu conduire à admettre d'autres candidats ou à retenir une autre offre que celle de l'attributaire** ».

CJCE, 19/06/2008, C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH

« La modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle **lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue**.

De même, une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle **lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus**. Cette dernière interprétation est confirmée à l'article 11, paragraphe 3, sous e) et f), de la directive 92/50, lequel impose, pour les marchés publics de services ayant pour objet, exclusivement ou majoritairement, des services figurant à l'annexe I A de cette directive, des restrictions quant à la mesure dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à la procédure négociée pour attribuer des services en supplément de ceux faisant l'objet d'un marché initial.

Une modification peut également être considérée comme substantielle **lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial** ».

Modification considérable de l'objet du marché**CJUE, 29 avril 2010, C-160/08, Commission contre République fédérale d'Allemagne**

« Il convient de rappeler qu'une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle et, partant, comme constituant une nouvelle passation de marché, au sens de la directive 92/50 ou de la directive 2004/18, **notamment lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus** ».

CE, Section des finances, Avis n°364803, 8 juin 2000

« La cession d'un marché ou d'une délégation de service public doit s'entendre de la reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat. Elle **ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et, s'agissant de concessions, le prix demandé aux usagers**. Lorsque la modification substantielle de l'un de ces éléments implique nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat, ce contrat, même conclu sous forme d'un avenant, doit être soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence préalables ».

Sous-section 6 - Modification de faible montant**Article R2194-8**

Le marché peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens qui figurent dans l'avis annexé au présent code et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues à l'article R. 2194-7 sont remplies.

Les dispositions de l'article R. 2194-4 sont applicables au cas de modification prévue au présent article.

Fiche DAJ, Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, p.2

« En dessous de ces seuils, le contrat en cause « peut être modifié », sans qu'il soit nécessaire de vérifier si la modification revêt un caractère « substantiel » au sens de l'article R. 2194-7 du code de la commande publique.

Toutefois, cette présomption de régularité qui s'attache au seul montant de la modification, n'est pas irréfragable. Bien qu'inférieure à ces seuils, la modification pourrait être qualifiée de modification irrégulière du contrat, au regard d'autres critères. En effet, les articles L. 2194-1 et L. 3135-1 du code posent comme principe qu'une modification ne saurait changer la nature globale du marché ou de la concession, quand bien même elle serait inférieure aux seuils précités.

Les impacts en termes financiers ne sont donc pas les seuls à prendre en compte pour apprécier la régularité d'une modification.

Ainsi, les modifications doivent, en toute hypothèse, demeurer justifiées et proportionnées aux objectifs poursuivis. »

CE, 16 mai 2022, n°459408, Sté hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM)

« En second lieu, **aux termes de l'article R. 2194-8 du code de la commande publique** : " Le marché peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens qui figurent dans l'avis annexé au présent code et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues à l'article R. 2194-7 sont remplies. / Les dispositions de l'article R. 2194-4 sont applicables au cas de modification prévue au présent article ". Il résulte de l'avenant litigieux qu'il porte la **prime d'assurance** pour la seule année 2022 de 2,65% à 3,048% du

budget, soit une augmentation de 74 610,60 euros hors taxes, **ce qui représente une augmentation de 5,01% du montant total du marché** sur les trois années d'exécution. **Cette augmentation porte ainsi sur un montant inférieur au seuil de 215 000 euros hors taxes et inférieur à 10 % du montant total du marché.** Dès lors, il résulte de ce qui a été dit au point 3 que la SHAM n'est pas recevable à contester devant le juge du référé contractuel cet avenant en tant qu'il a modifié le prix du marché d'assurances initial. »

Article R2194-9

Lorsque plusieurs modifications successives relevant de l'article R. 2194-8 sont effectuées, l'acheteur prend en compte leur montant cumulé.

Article L2194-2

Lorsque l'acheteur apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif soumis au présent livre, le cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat, conformément aux dispositions du 4° de l'article L. 6.

CE, 8 mars 2023, n°464619, SIPPAREC

« En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique contractante peut unilatéralement apporter des modifications à un tel contrat dans l'intérêt général, **son cocontractant étant tenu de respecter les obligations qui lui incombent en vertu du contrat ainsi modifié tout en ayant droit au maintien de l'équilibre financier du contrat.** La personne publique peut ainsi, lorsqu'une clause du contrat est affectée d'une irrégularité tenant au caractère illicite de son contenu et à condition qu'elle soit divisible du reste du contrat, y apporter de manière unilatérale les modifications permettant de remédier à cette irrégularité. Si la clause n'est pas divisible du reste du contrat et que l'irrégularité qui entache le contrat est d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation, la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, **résilier unilatéralement le contrat sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge.** »

Article L2194-3

Les prestations supplémentaires ou modificatives demandées par l'acheteur au titulaire d'un marché public de travaux qui sont nécessaires au bon achèvement de l'ouvrage et ont une incidence financière sur le marché public font l'objet d'une contrepartie permettant une juste rémunération du titulaire du contrat.

Section 2 - Avis de modification

Article R2194-10

Dans les cas prévus aux articles R. 2194-2 et R. 2194-5, lorsque le marché a été passé selon une procédure formalisée, l'acheteur publie un avis de modification. Cet avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions fixées aux articles R. 2131-19 et R. 2131-20, conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.

Avis de modification

Commission européenne, Règlement d'exécution (UE) 2015/1986 du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés public, Annexe XVII.

Chapitre V - Résiliation du marché

Article L2195-1

Sans préjudice des dispositions de l'article L. 6 et des dispositions législatives spéciales, l'acheteur

peut résilier le marché dans les cas prévus au présent chapitre.

CE, 4 avr. 2024, n° 491068, Métropole Toulon Provence Méditerranée

« Il résulte de ce qui précède que le motif invoqué par la métropole Toulon Provence Méditerranée pour s'opposer à la résiliation par la société Groupama Méditerranée du contrat qui les lie, tiré de la nécessité que les dommages aux biens concourant au bon accomplissement des missions de service public qui lui sont confiées soient couverts par une police d'assurance, constitue un motif d'intérêt général justifiant la poursuite de l'exécution du marché en application des principes rappelés au point 5. Il résulte par ailleurs de l'instruction que le refus de la société Groupama Méditerranée d'exécuter le contrat à compter du 31 janvier 2023 priverait ces biens de garantie contre les risques mentionnés au point 9, et que cette absence d'assurance serait, dans les circonstances de l'espèce, de nature à compromettre l'exercice de certaines missions de service public en cas de sinistre majeur. Enfin, dans les circonstances de l'espèce, le délai de préavis de six mois prévu par le contrat en cas de résiliation était insuffisant pour procéder à un appel d'offres ouvert. Par suite, la mesure demandée, qui est ainsi nécessaire à la continuité des missions de service public dont est chargée la métropole, présente un caractère d'urgence et d'utilité, et ne se heurte à aucune contestation sérieuse. Dès lors qu'elle ne fait pas non plus obstacle à l'exécution d'une décision administrative, il y a lieu d'ordonner à la société Groupama Méditerranée de reprendre intégralement l'exécution des prestations auxquelles cette société est obligée par le contrat en litige, pendant la durée strictement nécessaire au déroulement de la procédure de passation d'un nouveau marché d'assurance par la métropole Toulon Provence Méditerranée, sauf à ce que cette dernière y renonce, et au plus tard, dans les circonstances de l'espèce, jusqu'au 30 décembre 2024. »

TA de Paris, 06 février 2024, n° 1909716

« Ainsi, l'article 63 du contrat de concession prévoit une résiliation de ce dernier au profit de la société Autolib' en raison de l'inexécution par SMAVM de son engagement contractuel stipulé à l'article 63.2.2 de procéder au versement d'une compensation financière passé le délai de trois mois suivant la notification par la société Autolib' de l'absence d'intérêt économique du contrat, correspondant à la différence entre le résultat net cumulé négatif jusqu'au terme de la concession tel que prévu dans le plan d'affaires actualisé et le montant de 60 millions d'euros de pertes qu'Autolib' s'est engagée contractuellement à supporter. Or, dès lors que le contrat a pour objet l'exécution même d'un service public, cette clause de résiliation du contrat pour défaut d'intérêt économique, au profit de la société Autolib' est entachée de nullité.

Il suit de là que la délibération du comité syndical du 21 juin 2018 qui constate la résiliation de la convention de délégation de service public en exécution de l'article 63.3 qui est entaché de nullité est, par voie de conséquence, elle-même entachée d'illégalité et doit être écartée dans son application. Par conséquent les délibérations attaquées sont dépourvues de base légale. »

CAA Marseille, 25 septembre 2023 n° 22MA00005, Commune d'Arvieux

« En premier lieu, la commune d'Arvieux ne conteste pas que postérieurement à la signature, le 26 avril 2016, du devis présenté par la société Lelièvre Recyclage, dont l'objet était la découpe et l'enlèvement de tous les matériaux métalliques présents sur le site de l'ancienne station d'épuration située sur le territoire de la commune d'Arvieux, la commune a confié la réalisation de ces prestations à une société tierce par un contrat signé le 4 septembre 2017. Ce faisant, **elle devait être regardée comme ayant implicitement résilié le contrat précédemment conclu avec la société Lelièvre Recyclage.** En l'absence de faute de sa part, cette dernière était donc fondée à demander à la commune d'Arvieux le versement d'une indemnité correspondant au montant de son manque à gagner. »

CE, 27 janvier 2023 n°464149, Centre Hospitalier Louis-Daniel Beauperthuy

« Il résulte de l'instruction que la demande d'expertise présentée par la société GETELEC TP vise à déterminer les éléments relatifs aux conditions de réalisation des travaux et aux prestations effectivement réalisées dans le cadre d'un litige portant sur l'établissement du décompte de liquidation du marché après sa résiliation. Toutefois, en vertu des stipulations citées au point 2, applicables, ainsi qu'il dit, au décompte de liquidation en cas de résiliation, la société titulaire du marché disposait d'un

délai de 45 jours pour renvoyer le décompte signé ou faire connaître les motifs pour lesquels elle refusait de le signer. Il n'est pas contesté que la réclamation sur le décompte de liquidation notifié le 10 août 2020 n'a été formée que par le courrier du 1er octobre 2020, notifié le 5 de ce même mois, soit après l'expiration de ce délai. A défaut d'avoir respecté ce délai et dès lors qu'il ne résulte pas de l'instruction que la résiliation du marché aurait elle-même fait l'objet d'une contestation, ce décompte est devenu définitif et ne peut plus être contesté. Par suite, l'expertise demandée est dépourvue d'utilité ».

CE, 13 juin 2022, n°453769, Centre hospitalier d'Ajaccio

« Décision d'un centre hospitalier ayant indiqué à un médecin qu'une clause de la convention par laquelle il a été recruté, prévoyant la perception d'une redevance sur les actes réalisés au titre de son activité libérale au sein de l'établissement, devait être regardée comme « nulle et non écrite ». Centre hospitalier estimant s'être ainsi mis en mesure de rechercher, sur le fondement de l'enrichissement sans cause, le remboursement de la part non versée de la redevance qui lui était due au titre de l'exercice irrégulier d'une activité libérale....1) Cette décision ne pouvait s'appliquer qu'à l'exercice par le médecin d'une activité libérale au sein du centre hospitalier pour l'avenir....2) **Elle n'a pu entraîner la disparition rétroactive de la clause de la convention conclue entre les parties, fût-elle illicite, une personne publique partie à un contrat administratif ne pouvant d'elle-même qu'en prononcer la résiliation et devant saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité de ce contrat pour en demander le cas échéant l'annulation ».**

CAA de BORDEAUX, 26 janvier 2022, n°21BX03112, Centre hospitalier Sud Gironde

« Il résulte de ces stipulations que le délai de quinze jours qu'elles impartissent au titulaire du marché pour présenter les justificatifs des préjudices qu'il estime avoir subis, dont la méconnaissance n'est assortie d'aucune sanction, ne constitue pas un délai de réclamation, seul le délai de deux mois stipulé au dernier alinéa de l'article 46.4 du cahier des clauses administratives générales ayant le caractère de délai de réclamation imposé à peine de forclusion. Par suite et contrairement à ce que soutient le centre hospitalier appelant, la demande de la société Saita entreprise ne pouvait être rejetée comme irrecevable au motif qu'elle n'a pas présenté dans le délai de quinze jours précité les justificatifs afférents à la part des frais et investissements engagés pour le marché et strictement nécessaires à son exécution, qui n'aurait pas été prise en compte dans le montant des prestations payées ».

CE, 11 décembre 2020, 427616, Société Copra Méditerranée

« En dehors du cas où elle est prononcée par le juge, la résiliation d'un contrat administratif résulte, en principe, d'une décision expresse de la personne publique cocontractante. Cependant, en l'absence de décision formelle de résiliation du contrat prise par la personne publique cocontractante, un contrat doit être regardé comme tacitement résilié lorsque, par son comportement, la personne publique doit être regardée comme ayant mis fin, de façon non équivoque, aux relations contractuelles. Les juges du fond apprécient souverainement, sous le seul contrôle d'une erreur de droit et d'une dénaturation des pièces du dossier par le juge de cassation, l'existence d'une résiliation tacite du contrat au vu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, en particulier des démarches engagées par la personne publique pour satisfaire les besoins concernés par d'autres moyens, de la période durant laquelle la personne publique a cessé d'exécuter le contrat, compte tenu de sa durée et de son terme, ou encore de l'adoption d'une décision de la personne publique qui a pour effet de rendre impossible la poursuite de l'exécution du contrat ou de faire obstacle à l'exécution, par le cocontractant, de ses obligations contractuelles. »

CE, 27 février 2019, 414114, Département de la Seine-Saint-Denis

« **En deuxième lieu, en dehors du cas où elle est prononcée par le juge, la résiliation d'un contrat administratif résulte, en principe, d'une décision expresse de la personne publique cocontractante. Cependant,** en l'absence de décision formelle de résiliation du contrat prise par la personne publique cocontractante, un contrat doit être regardé comme tacitement résilié lorsque, par son comportement, la personne publique doit être regardée comme ayant mis fin, de façon non équivoque, aux relations contractuelles. **Les juges du fond apprécient souverainement, sous le seul contrôle d'une erreur de droit et d'une dénaturation des pièces du dossier par le juge de**

cassation, l'existence d'une résiliation tacite du contrat au vu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, en particulier des démarches engagées par la personne publique pour satisfaire les besoins concernés par d'autres moyens, de la période durant laquelle la personne publique a cessé d'exécuter le contrat, compte tenu de sa durée et de son terme, ou encore de l'adoption d'une décision de la personne publique qui a pour effet de rendre impossible la poursuite de l'exécution du contrat ou de faire obstacle à l'exécution, par le cocontractant, de ses obligations contractuelles ».

CE, 8 octobre 2014, Société Grenke Location

« Considérant que le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure, et ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat ; **qu'il est toutefois loisible aux parties de prévoir dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles** ; que, **cependant, le cocontractant ne peut procéder à la résiliation sans avoir mis à même, au préalable, la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général**, tiré notamment des exigences du service public ; que lorsqu'un motif d'intérêt général lui est opposé, le cocontractant doit poursuivre l'exécution du contrat ».

Article L2195-2

L'acheteur peut résilier le marché en cas de force majeure.

Force majeure

Circulaire n°6338-SG du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières

« L'augmentation des prix ne conduit pas, en elle-même, à une situation de force majeure permettant au titulaire de se soustraire à ses obligations contractuelles. L'idée d'une « force majeure financière » serait d'ailleurs incompatible avec la théorie de l'imprévision, conçue précisément pour assurer la continuité du service public en assurant le titulaire que les conséquences du bouleversement de l'économie du contrat seront, pour l'essentiel, prises en charge par l'administration. Néanmoins, à l'instar des mesures prévues par l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 dans le cadre de la crise sanitaire fiée au Covid-19, je souhaite que l'exécution des clauses des contrats prévoyant des pénalités de retard ou l'exécution des prestations aux frais et risques du titulaire soient suspendue tant que celui-ci est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales ».

Fiche DAJ, La passation et l'exécution des marchés publics en situation de crise sanitaire, p.1

« A la suite des mesures générales de confinement décidées lundi 16 mars 2020 pour juguler l'épidémie de Coronavirus, de nombreuses entreprises titulaires de marchés publics seront dans l'incapacité de respecter tout ou partie de leurs engagements contractuels. Sans présumer des dispositions qui pourraient être adoptées dans le cadre du projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19, ces difficultés peuvent relever du régime de la force majeure, qui exonère les parties au contrat de toute faute contractuelle. Dans ces situations, les entreprises ne doivent donc pas dans le silence du contrat sur la force majeure se voir appliquer de pénalités, ni quelque autre sanction contractuelle que ce soit.

Sous réserve de stipulations contractuelles aménageant les cas de force majeure, ceux-ci se constatent au cas par cas dès lors que les trois conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- L'événement était imprévisible. Cette condition est remplie en l'espèce.
- Cet événement est extérieur aux parties. Cette condition est également remplie

c) Le prestataire ou l'acheteur public se trouve dans l'impossibilité absolue de poursuivre, momentanément ou définitivement, l'exécution de tout ou partie du marché public (délais, quantités, respect de certaines spécifications des prestations à réaliser...).

Il convient de vérifier si la situation résultant de la crise sanitaire actuelle, notamment le confinement, ne permet effectivement plus au prestataire de remplir ses obligations contractuelles.

Comme le demande le Gouvernement, il est recommandé aux acheteurs publics, eu égard au caractère exceptionnelle de la crise, de ne pas hésiter à reconnaître que les difficultés rencontrées par leur co contractants sont imputables à un cas de force majeure ».

CAA Paris, 10 janvier 2023, n° 21/09460, Société Econova Europe et Uniper

« En l'espèce, il résulte des pièces versées aux débats que même si la grève était annoncée, suite aux déclarations du Gouvernement sur la fermeture des centrales à charbon, la société Uniper n'avait aucun moyen de l'éviter, de la retarder ou de l'empêcher, indépendamment des bonnes pratiques du secteur, la décision à l'origine de la grève appartenant aux syndicats et résultant d'une décision politique. Il ne peut être soutenu qu'Uniper aurait pu se libérer de ses obligations de commande, de report ou de stockage en s'acquittant des indemnités convenues entre les mains d'Econova, alors qu'elle était empêchée de commander en raison de l'arrêt de la centrale du fait de la grève. **La grève annoncée allait par conséquent au-delà du contrôle que pouvait raisonnablement faire Uniper et ne pouvait être évité par des compensations économiques.** [...] Il ne peut en outre être valablement opposé pour contester la force majeure que la grève n'aurait pas totalement paralysé le site, cette condition n'étant pas un des éléments constitutifs de la force majeure, l'empêchement de remplir ses obligations, suffisant, ce qui était le cas en l'espèce, ainsi que cela résulte suffisamment des pièces versées aux débats et notamment des constats d'huissier et des articles de presse, la grève ayant duré au-delà du terme prévu par le contrat ».

CE, Ass., 26 avril 2018, n° 394398, Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique

« En vertu des stipulations du II de l'article 74 du cahier des charges annexé à la convention du 20 décembre 2010 : « Aucune partie au contrat de concession n'encourt de responsabilité pour n'avoir pas accompli ou pour avoir accompli avec retard une obligation (...), dans la mesure où un tel manquement ou retard résulte directement d'événements présentant les caractéristiques de la force majeure, c'est-à-dire extérieurs aux parties, imprévisibles et irrésistibles ». En vertu des stipulations du I de l'article 81 du même cahier des charges : « Au cas où, à la suite de la survenance d'un événement défini au (...) II de l'article 74, le bouleversement de l'équilibre économique de la concession se prolonge ou est de nature à se prolonger nécessairement plus de douze mois, le contrat de concession peut être résilié par arrêté conjoint des ministres chargés de l'aviation civile, de l'économie et du budget » ou, « à la demande du concessionnaire » par le tribunal administratif compétent.

En cas de résiliation pour ce motif, l'Etat est tenu de verser au concessionnaire une indemnité correspondant au préjudice subi, dont le montant net d'impôts et toutes charges déduites est égal à l'intégralité de l'encours des financements privés externes, des fonds propres et quasi-fonds propres apportés par les actionnaires, des coûts ou, le cas échéant, des gains de rupture des instruments de couverture, du montant des frais de résiliation des contrats de financement externes ainsi que de résiliation anticipée des contrats passés avec ses prestataires. Dans une telle hypothèse, aucun manque à gagner n'est pris en compte dans le montant de cette indemnisation. La notion de force majeure, telle que l'a appliquée la jurisprudence du Conseil d'Etat aux contrats administratifs, notamment aux concessions, repose sur le constat d'un bouleversement de l'économie du contrat tel, par son ampleur et sa durée, qu'il peut en justifier la résiliation, ainsi que le prévoient d'ailleurs les stipulations du I de l'article 81 du cahier des charges annexés à la convention citées au point 7. Le Conseil d'Etat observe que le bouleversement économique du contrat liant l'Etat à la société AGO n'est pas contestable. Aucune des étapes du calendrier prévisionnel de mise en service du nouvel aéroport figurant à l'annexe 9 au cahier des charges de la concession n'a été respectée : le concessionnaire n'a pas terminé les études d'avant-projet de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, ni a fortiori entrepris

les travaux de construction de l'infrastructure, ni satisfait à ses obligations financières. Toutefois l'application de ces stipulations supposerait, d'une part, que les circonstances invoquées par la partie qui s'en prévaut aient eu directement pour effet de bouleverser l'économie du contrat et, 5/8 5 d'autre part, qu'elles présentent un triple caractère d'extériorité aux parties, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. Or, le Conseil d'Etat estime que, même en acceptant par hypothèse de la regarder comme la cause principale du dérapage **des étapes essentielles de l'exécution de la convention, l'occupation illégale du site de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes par des opposants à ce projet, mise en avant dans la demande d'avis, ne suffirait pas à caractériser un lien direct et ne remplirait pas cette triple condition.** La circonstance qui a fait durablement obstacle à la bonne exécution du contrat tient moins à l'occupation des terrains d'emprise du projet, situation qui se rencontre dans le déroulement d'autres projets, qu'à sa pérennisation en raison de diverses décisions du Gouvernement de mettre un terme à l'opération d'évacuation par les forces de l'ordre commencée au mois de septembre 2012, puis de **s'abstenir de recourir par la suite à nouveau à la force publique pour procéder à des expulsions**, au profit de démarches de dialogue puis de consultation locale du public. **Le rôle ainsi joué par l'Etat, qui en tant qu'autorité concédante est également partie à la convention, ferait obstacle à ce que soient regardées comme remplies les conditions d'extériorité aux parties et d'irrésistibilité, à supposer même que puisse être retenue l'imprévisibilité de cette situation.** A la lumière des analyses précédentes, la circonstance que la société concessionnaire se soit abstenue d'invoquer une situation de force majeure serait, en tout état de cause, dénuée d'incidence, dès lors que les conditions de cette invocation ne sont pas réunies et que ces conditions sont appréciées objectivement sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le concessionnaire et le concédant ».

CE, 14 juin 2000, n° 184722, Commune de Staffelfelden

« **Au cas où des circonstances imprévisibles ont pour effet de bouleverser le contrat et où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre le concessionnaire, comme d'ailleurs le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu.**

La pollution qui a frappé le site de captage d'eau des sources d'I. avait un caractère irrésistible et a constitué, en raison de son ampleur qui en interdit l'exploitation pendant une période qui pourrait atteindre deux siècles, un événement imprévisible au moment où a été conclu le contrat d'approvisionnement en eau de la commune. Contrairement à ce que soutient celle-ci, l'économie du contrat qui liait la société S. à la commune a, à la suite de cet événement, été bouleversé, non seulement pendant la période courant du 4 février 1988 au 13 juillet 1989, au cours de laquelle la société a dû acquérir de l'eau distribuée par la ville de M. un prix trois fois supérieur à celui payé par la commune en application des stipulations contractuelles, mais également postérieurement à cette date du 13 juillet 1989 à partir de laquelle a été mis en service le captage de la forêt de la H., le prix payé par la société étant en moyenne supérieur d'environ deux fois à celui payé par la commune. Dans ces conditions, compte tenu du refus de la commune de réviser la tarification de l'eau qui est distribuée sur son territoire, la poursuite par la société de l'exécution du contrat se heurtait à un obstacle insurmontable ».

CE, 13 juillet 1968, n°73161, Serfati

« cons. qu'en vertu d'une convention conclue le 26 novembre 1957 entre le département de la Seine et la société franco-africaine des bois, aux droits de laquelle se trouve la société "établissements Serfati", le département a autorisé cette société à occuper un terrain situé dans l'emprise du port de Gennevilliers et faisant partie du domaine public ; que cette convention stipulait qu'elle était passée pour 25 ans ; qu'elle imposait à la société l'obligation d'établir les installations nécessaires à la création d'un dépôt de bois d'industrie et prévoyait que les constructions édifiées sur ce terrain et les améliorations qui y seraient apportées resteraient sans indemnité la propriété du département en fin d'occupation normale ou en cas de résiliation anticipée ; qu'enfin la société s'engageait à effectuer un

trafic annuel minimum, la résiliation pouvant être prononcée si la moyenne annuelle du trafic total était, pendant trois années calendaires, inférieure à un certain tonnage ».

« **cons., d'autre part, que la circonstance que les événements d'Algérie auraient perturbé l'activité de la société requérante ne saurait en tout état de cause constituer un cas de force majeure de nature à exonérer ladite société du respect de ses obligations contractuelles, alors que ces événements ne pouvaient être regardés comme imprévisibles à la date de la passation du contrat** ».

CE, 9 décembre 1932, n° 89655, Compagnie des tramways de Cherbourg

« **Considérant que, au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat, il appartient au concédant de prendre les mesures nécessaires pour que le concessionnaire puisse assurer la marche du service public dont il a la charge, et notamment de lui fournir une aide financière pour pourvoir aux dépenses extracontractuelles afférentes à la période d'imprévision, mais que cette obligation ne peut lui incomber que si le bouleversement du contrat présente un caractère temporaire ; que, au contraire, dans le cas où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais des contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable ; que, dans cette hypothèse, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire** ».

Article L2195-3

Lorsque le marché est un contrat administratif, l'acheteur peut le résilier :

- 1° En cas de **faute d'une gravité suffisante** du cocontractant ;
- 2° Pour un **motif d'intérêt général**, conformément aux dispositions du 5° de l'article L. 6.

L'acheteur

CAA de MARSEILLE, 21 février 2022, n°19MA05674, Commune de Rians

« Il résulte de l'instruction que la société CM-CIC Leasing Solutions a décidé la **résiliation du contrat de location en vertu des stipulations de l'article 11 du contrat**, en raison de l'absence de paiement des loyers par la commune de Rians. Toutefois, le contrat n'ayant assorti ces stipulations permettant la résiliation unilatérale du marché par son titulaire d'aucune clause soumettant l'intervention d'une telle décision à l'obligation de mettre à même la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général, l'article 11 du contrat méconnaît les règles rappelées au point 10 ci-dessus. **Eu égard à l'importance du principe excluant que le cocontractant d'une personne publique se prévale d'une exception d'inexécution pour mettre fin à l'exécution de ses obligations, notamment au regard du principe de continuité du service public**, les stipulations de l'article 11 du contrat sont entachées sur ce point d'un vice d'une particulière gravité et doivent dès lors être écartées ».

CE 19 juill. 2016, n°399178, Sté Schaerer Mayfield France

« Considérant, en deuxième lieu, que le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure, et **ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat ; qu'il est toutefois loisible aux parties de prévoir dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles ; que, cependant, le cocontractant ne peut procéder à la résiliation sans avoir mis à même, au préalable, la personne publique de s'opposer à la rupture des relations**

contractuelles pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public ; que lorsqu'un motif d'intérêt général lui est opposé, le cocontractant doit poursuivre l'exécution du contrat ; qu'un manquement de sa part à cette obligation est de nature à entraîner la résiliation du contrat à ses torts exclusifs ; qu'il est toutefois loisible au cocontractant de contester devant le juge le motif d'intérêt général qui lui est opposé afin d'obtenir la résiliation du contrat ».

CAA Nancy, 27 mai 2013, n° 12NC01396, MUCEM

« Considérant que l'article 12 précité des conditions générales annexées au contrat conclu le 10 avril 2008 ouvre ainsi à la société Grenke Location la **possibilité de résilier unilatéralement** le contrat en cas de retard de paiement des loyers contractuellement dus ; **que cette clause, qui est de nature à porter atteinte à la continuité du service public, est contraire à l'ordre public** ; que cette clause étant divisible, son illégalité n'oblige le juge qu'à en écarter l'application sans écarter le contrat ; que la société Grenke Location, qui ne pouvait prendre l'initiative de rompre le contrat et à qui il appartenait, le cas échéant, de saisir le juge du contrat, ne peut se prévaloir des stipulations précitées de l'article 13 des conditions générales annexées au contrat qu'elle avait conclu avec le MuCEM pour demander la condamnation de l'Etat à lui payer la somme de 101 042,39 euros correspondant à l'indemnité de résiliation prévue par ladite clause ; que, par suite, le ministre de la culture et de la communication est fondé à soutenir que c'est à tort que le Tribunal administratif de Strasbourg a condamné l'Etat à payer à la société Grenke Location cette somme ».

CE 27 déc. 1925, n° 88369, Sieur Dolfini

« Le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure, **et ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'Administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat** ».

Faute d'une gravité suffisante

CE, 5 avril 2023, n° 463554, Ministère des armées

« Il résulte des règles générales applicables aux contrats administratifs que l'administration contractante peut, après avoir vainement mis en demeure son cocontractant de poursuivre l'exécution des prestations qu'il s'est engagé à réaliser conformément aux stipulations du contrat, décider de confier l'achèvement des prestations à une autre entreprise aux frais et risques de son cocontractant. Le cocontractant défaillant doit être mis à même de suivre l'exécution du marché de substitution ainsi conclu afin de lui permettre de veiller à la sauvegarde de ses intérêts, les montants découlant des surcoûts supportés par l'administration en raison de l'achèvement des prestations par un nouvel entrepreneur étant à sa charge. A cet effet, si l'administration doit dans tous les cas notifier le marché de substitution au titulaire du marché résilié, elle n'est tenue de lui communiquer les pièces justifiant de la réalité des prestations effectuées en exécution du nouveau contrat qu'à la condition d'être saisie d'une demande en ce sens ».

CE, 18 décembre 2020, n°433386, Société Treuils et Grues Labor

« Il résulte des règles générales applicables aux contrats administratifs que l'acheteur public de fournitures qui a vainement mis en demeure son cocontractant d'exécuter les prestations qu'il s'est engagé à réaliser conformément aux stipulations du contrat **dispose de la faculté de faire exécuter celles-ci, aux frais et risques de son cocontractant, par une entreprise tierce...**,a) La conclusion de marchés de substitution, destinée à surmonter l'inertie, les manquements ou la mauvaise foi du cocontractant lorsqu'ils entravent l'exécution d'un marché de fournitures, est **possible même en l'absence de toute stipulation du contrat le prévoyant expressément, en raison de l'intérêt général qui s'attache à l'exécution des prestations...**b) La mise en œuvre de cette mesure coercitive, qui peut porter sur une partie seulement des prestations objet du contrat et qui n'a pas pour effet de rompre le lien contractuel entre le pouvoir adjudicateur et son cocontractant, ne saurait être subordonnée à une résiliation préalable du contrat par l'acheteur public... ,c) La règle selon laquelle, même dans le silence du contrat, l'acheteur public peut recourir à des **marchés de substitution aux frais et risques de son cocontractant revêt le caractère d'une règle d'ordre**

public... d) S'il est loisible au titulaire du marché de contester la conclusion, par le pouvoir adjudicateur, de marchés de substitution et s'il doit être mis à même de suivre les opérations exécutées par le titulaire de ces marchés, afin de pouvoir veiller à la sauvegarde de ses intérêts, e) la circonstance que ces marchés n'auraient pas permis de réaliser avec succès les prestations attendues **ne saurait, en elle-même, le dispenser d'en supporter la charge...**2) a) Par ailleurs, même si le marché ne contient aucune clause à cet effet et, s'il contient de telles clauses, quelles que soient les hypothèses dans lesquelles elle prévoit qu'une résiliation aux torts exclusifs du titulaire est possible, **il est toujours possible, pour le pouvoir adjudicateur, de prononcer une telle résiliation lorsque le titulaire du marché a commis une faute d'une gravité suffisante...** b) La circonstance que, pendant la période où le marché est exécuté, des retards ont fait l'objet de pénalités **ne fait pas obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur prononce en définitive la résiliation du marché aux torts exclusifs de son titulaire, les pénalités ne pouvant alors porter sur la période postérieure à la date de la résiliation** ».

CE, 30 novembre 2018, n°416628, Groupement d'intérêt économique (GIE) Groupement périphérique des huissiers de justice

« Marché public relatif à l'intervention des huissiers de justice en vue du recouvrement amiable des créances, amendes, condamnations pécuniaires et produits locaux. Chèques établis au profit d'un groupement d'intérêt économique, attributaire de certains des lots du marché, en méconnaissance de l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 et de l'arrêté du 4 août 2006 pris pour son application. Avis de poursuites correspondant à ces paiements établis par une société d'huissiers membre du GIE et mentionnant expressément que le paiement par chèque doit se faire à l'ordre de cette même société d'huissiers, seul le talon à joindre à ce paiement portant les coordonnées du GIE... ». C'est par une appréciation souveraine, exempte de dénaturation, que la cour administrative d'appel a estimé que le nombre et le montant des chèques irréguliers étaient faibles et qu'aucune intention frauduleuse de la part du GIE attributaire des marchés n'était établie. En jugeant que ces irrégularités n'étaient pas constitutives d'inexécutions d'obligations contractuelles qui, par leur gravité, compromettraient manifestement l'intérêt général et justifieraient qu'il soit mis fin à l'exécution de ces contrats, la cour n'a entaché son arrêt d'aucune erreur de droit et n'a pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ».

CE, 26 février 2014, n° 365546, Société « Environnement services »

« Considérant que seule une faute d'une gravité suffisante est de nature à justifier, **en l'absence de clause prévue à cet effet**, la résiliation d'un marché public aux torts exclusifs de son titulaire ».

Motif d'intérêt général

CAA Toulouse, 17 octobre 2023, n° 21TL23381, Société Philippe Decart

«[...] Dès lors, en approuvant, lors de la même séance du 17 mai 2019, la résiliation du marché d'aménagement de la médiathèque et la renonciation aux travaux d'assainissement d'un montant de plus de 600 000 euros en raison des contraintes budgétaires tout en retenant la souscription d'un emprunt de 300 000 euros pour des travaux communaux, le conseil municipal de Saint-Céré a entendu **accorder la priorité aux investissements présentant un caractère supportable pour les finances communales afin de ne pas obérer complètement sa capacité d'emprunt future**. Enfin, pour financer les travaux de la médiathèque, la commune ne pouvait pas compter sur le reversement au budget principal communal d'un excédent de 350 000 euros du budget annexe assainissement qui, non seulement, présente un caractère exceptionnel mais est aussi soumis à des conditions cumulatives. Dans ces conditions, **les contraintes budgétaires ayant conduit à l'abandon du projet d'aménagement de la médiathèque communale constituent un motif d'intérêt général de nature à justifier, à lui seul, la résiliation unilatérale du marché en litige** ».

CAA Bordeaux, 11 oct. 2022, n° 21BX02814, Sté AXS Ingénierie

« La société AXS Ingénierie est mandataire d'un groupement constitué avec la société Socotec. Elle a conclu le 3 mai 2017 avec le Grand port maritime de la Guyane un marché de services et s'est vu confier une mission de contrôle technique et réglementaire de deux grues électriques sur rails

permettant la manutention de conteneurs. Par une décision du 4 septembre 2018, le Grand port maritime de la Guyane a prononcé la résiliation du marché « pour motif d'intérêt général tiré d'une perte de confiance » dans le groupement d'entreprises...

Il résulte de l'instruction que pour résilier pour motif d'intérêt général le marché conclu avec la société AXS Ingénierie par lequel le GPMG lui avait confié, au stade du dépouillement des offres, la mission de contrôle technique et réglementaire consistant en l'assistance technique à l'analyse des propositions des constructeurs, l'analyse et commentaire du plan qualité transmis par les constructeurs, la validation des moyens techniques du constructeur et de ses principaux sous-traitants, et la vérification de la cohérence des poids et descente de charges annoncées », le GPMG s'est fondé sur la perte de confiance dans le contrôleur technique découlant, d'une part, de l'échange de courriers entre le GPMG et la société AXS Ingénierie le 6 juin 2018 et de sa réponse du 14 juin 2018, et du courrier du 14 août 2018 et, d'autre part, de l'avis préalablement fourni par la société StratéBord sur la qualité et la pertinence des prestations du contrôleur technique.

7. Ainsi, en premier lieu, par son courrier du 6 juin 2018, le GPMG a exprimé la profonde insatisfaction que lui inspirait la qualité des prestations fournies par le contrôleur technique et réglementaire, s'agissant de plusieurs éléments techniques comparés, et de l'absence de commentaires concernant l'offre du candidat KAK (candidat allemand) alors que l'offre du candidat AES-DINSON (candidat chinois) faisait l'objet, sur les mêmes points, de plusieurs remarques souvent négatives, qui étaient également valables pour l'autre candidat. De même, le GPMG a reproché à la société requérante d'avoir fait de l'accessibilité autour des équipements de la salle des mécanismes de levage et de relevage un point majeur de son appréciation de l'offre du candidat chinois, sans relever la même problématique d'accès aux équipements proposés par le candidat allemand, qui n'a fait l'objet d'aucune remarque sur ce point. L'établissement public a également mis en évidence les erreurs et imprécisions de l'analyse technique commises systématiquement en défaveur du candidat AES-DINSON ainsi que des affirmations exagérées. La société AXS Ingénierie a toutefois réfuté, dans un courrier circonstancié du 14 juin 2018, la plupart des critiques formulées par le GPMG, et a précisé avoir émis une liste de 126 questions de clarifications techniques portant sur l'offre du candidat allemand et 135 portant sur celle du candidat chinois.

8. En second lieu, le GPMG a demandé le 19 juin 2018 à la société StratéBord, spécialisée dans l'expertise opérationnelle notamment dans le domaine portuaire, de rendre un avis sur l'exécution par le groupement d'AXS Ingénierie de sa mission de contrôle technique et réglementaire. Selon la lettre de mission datée du 22 juin 2018, le GPMG a confié à cette société le soin d'analyser et de commenter la qualité et la pertinence de la production émise par le contrôleur technique, de fournir son avis sur les échanges de courriers entre le GPMG et le contrôleur technique les 6, 14 juin et 14 août 2018, ainsi que sur le rapport de visite de la société requérante et de donner son conseil sur les suites à donner. Dans son rapport du 21 août 2018, l'entreprise StratéBord a relevé que « l'analyse produite par AXS met systématiquement en exergue les faiblesses du dossier de DINSON () Au contraire, aucun point faible de l'offre ARDELTE ne ressort dans les documents de synthèse produits par AXS () il apparaît que toutes les imprécisions ou omissions concernent les points faibles de l'offre ARDELTE et que par contre toutes les faiblesses de l'offre DINSON sont très documentées et répétées dans les divers documents établis par AXS ». Elle ajoute, concernant la visite de l'entreprise DINSON que « le rapport de visite comporte de nombreuses suppositions, la plupart du temps sans démonstration. Il est essentiellement à charge. Aucun point positif ne ressort de ce rapport de visite. ». Ce rapport critique également la méthode de travail retenue, qui ralentirait le processus de décision en méconnaissance de l'article 2.2.3. du cahier des clauses particulières par un niveau d'exigence trop élevée qui ne serait pas justifié au stade du contrôle technique.

9. Toutefois, d'une part, ces motifs n'étaient pas en eux-mêmes de nature à faire naître un doute quant à l'impartialité de la société AXS Ingénierie, alors que sa mission était cantonnée à l'évaluation technique des offres des deux candidats pour l'attribution du marché de fourniture des grues portuaires, mission pour laquelle, en application de l'article 3.1 du cahier des clauses particulières, le titulaire « s'engage à accomplir tous les actes qui apparaîtront nécessaires, () pour mettre en garde le pouvoir adjudicateur contre les conséquences fâcheuses de dispositions qu'il est possible de relever à l'examen du projet et des dispositions prises par l'entrepreneur pour assurer la qualité de l'exécution » et « est juge, sous sa responsabilité, du caractère de nécessité des actes en cause. Ces actes comprennent en tout premier lieu l'évaluation technique du projet par rapport aux dispositions des documents

réglementaires et normatifs existants ». D'autre part, il ne ressort pas de l'instruction que la société AXS Ingénierie ait eu un intérêt particulier à ce qu'un candidat ou un autre soit retenu de façon à établir un manquement caractérisé de sa part au devoir de loyauté des relations contractuelles.

10. Dans ces conditions, en se bornant à faire valoir que la société AXS Ingénierie a cherché à favoriser un candidat plutôt qu'un autre, le GPMG n'établit pas que le traitement différencié dans l'analyse technique des offres des candidats tant sur la quantité des observations produites que sur la fiabilité de l'analyse fournie, était susceptible de l'influencer, alors qu'il n'est pas contesté que la personne publique conservait son pouvoir décisionnel dans le choix des offres. Le GPMG ne peut ainsi utilement soutenir que la société requérante aurait porté atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats.

11. Néanmoins, les échanges de courriers susmentionnés entre le GPMG et la société AXS Ingénierie, notamment celui du 14 août 2018, indiquant qu'« il est regrettable qu'AXS n'ait pu produire un rapport de visite pour le candidat KAK, à l'instar de celui du 08/12/17 relatif à la visite du candidat AES-DINSON. Ce rapport apparaît à charge contre ce candidat, sans qu'aucune expertise similaire n'ait été effectuée chez le second candidat. () Ces erreurs et lacunes répétées au mépris d'une approche impartiale ont conduit à une perte de confiance en votre objectivité attendue de plus en plus profonde au niveau de la maîtrise d'ouvrage et de l'assistance à maîtrise d'ouvrage. », et le fait que le GPMG ait diligenté la société StratéBord pour rendre un avis sur l'exécution par le groupement d'AXS Ingénierie de sa mission de contrôle technique et réglementaire, **témoignent alors d'une profonde détérioration des relations contractuelles, née d'une perte de confiance entre les parties faisant obstacle à la poursuite du contrat, et ont justifié par suite la résiliation unilatérale, pour ce motif, du marché en cause ».**

CC, 11 mai 2022, 21-12.291, Publié au bulletin

« Que, suivant l'article 46.4 du CCAG (arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux), le marché peut être résilié « pour motif d'intérêt général » ; que, pour rejeter la contestation, par la société Les Compagnons paveurs, de l'existence d'un motif légitime de résiliation, la cour d'appel a énoncé que le maître d'ouvrage « justifie de la substitution d'un revêtement en béton aux pavés en pierre naturelle et de sa volonté de recherche d'économies » ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui s'est déterminée par des motifs impropres à caractériser le motif d'intérêt général exigé par le CCAG, a violé la disposition susvisée, ensemble l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016.

Une cour d'appel, qui constate qu'une société d'aménagement d'économie mixte, maître de l'ouvrage, justifie, au soutien de la résiliation du marché de travaux pour un motif d'intérêt général, de la volonté de recherche d'économies, peut retenir, apprécier souverainement cet intérêt, que la contestation de l'existence d'un motif légitime n'est pas fondée ».

CAA Bordeaux, 22 mars 2021, n°18BX02696, Société Confo-Net

« D'une part, il résulte de l'instruction que le président du conseil départemental des Hautes-Pyrénées a résilié le contrat dans l'optique de confier les opérations de nettoyage et d'entretien aux agents de la collectivité. Cette résiliation est consécutive à un audit de la collectivité ayant mis en évidence la nécessité d'optimiser les effectifs. Ce motif constitue un motif d'intérêt général, dont la réalité n'est d'ailleurs pas sérieusement contestée par la société appelante qui se borne à soutenir que la décision de résiliation n'est pas motivée et que les thématiques abordées dans le cadre de l'audit, sur lequel se fonde le département, sont sans rapport avec l'exécution du contrat en litige. Dès lors, la société Confo-Net ne saurait utilement soutenir que la résiliation unilatérale prononcée par le département des Hautes-Pyrénées est constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité du département ».

CE, 10 Juillet 2020, n° 430864, Société Comptoir Négoce Équipements

« En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la **personne publique cocontractante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier unilatéralement un tel contrat, sous réserve des droits à indemnité de son cocontractant.**

Dans le cas particulier d'un contrat entaché d'une irrégularité d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation, la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, résilier unilatéralement le contrat sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge. Après une telle résiliation unilatéralement décidée pour ce motif par la personne publique, le cocontractant peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, pour la période postérieure à la date d'effet de la résiliation, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé. Si l'irrégularité du contrat résulte d'une faute de l'administration, le cocontractant peut, en outre, sous réserve du partage de responsabilités découlant le cas échéant de ses propres fautes, prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute de l'administration. Saisi d'une demande d'indemnité sur ce second fondement, il appartient au juge d'apprécier si le préjudice allégué présente un caractère certain et s'il existe un lien de causalité direct entre la faute de l'administration et le préjudice. »

CAA Douai, 4 avril 2019, n° 17DA00592, Commune de Solesmes

« La commune de Solesmes, pour justifier la résiliation du marché, soutient que l'état des finances communales ne permettait pas la poursuite de l'opération. Toutefois, les pièces produites, notamment l'attestation du comptable public, indiquent seulement que le montant de la trésorerie, au 31 décembre 2013, égal à 95 000 euros, était en baisse au regard des années antérieures, et que la charge trimestrielle des remboursements d'emprunts s'élevait à 120 000 euros. Ces chiffres ne sont pas de nature, par eux-mêmes, à démontrer que le coût du marché en litige, soit 122 749 euros toutes taxes comprises, ne pouvait être assumé par la commune ou que la souscription d'un nouvel emprunt aurait été nécessaire. Dans ces conditions, et comme l'ont estimé à bon droit les premiers juges, la commune doit être regardée comme ayant renoncé à la réalisation des travaux en litige, estimés non prioritaires, au profit de la réalisation d'autres investissements au cours de l'année 2014. La résiliation ne peut, dès lors, être regardée comme reposant sur un motif d'intérêt général ».

CE, 26 mars 2018, n° 401060, Société Balineau

« Lorsque le juge est saisi d'une demande d'indemnisation du manque à gagner résultant de la résiliation unilatérale d'un marché public pour motif d'intérêt général, il lui appartient, pour apprécier l'existence d'un préjudice et en évaluer le montant, de tenir compte du bénéfice que le requérant a, le cas échéant, tiré de la réalisation, en qualité de titulaire ou de sous-traitant d'un nouveau marché passé par le pouvoir adjudicateur, de tout ou partie des prestations qui lui avaient été confiées par le marché résilié.

Dans l'hypothèse où, à la date à laquelle le juge statue sur le litige relatif à la résiliation, il résulte de l'ensemble des circonstances particulières de l'espèce que, alors même qu'il n'a pas exécuté de telles prestations dans les conditions mentionnées ci-dessus ou que leur exécution n'est pas en cours, **le titulaire du marché résilié est susceptible d'être chargé, dans un délai raisonnable, de tout ou partie de ces prestations à l'occasion d'un nouveau marché, il appartient au juge de surseoir à statuer sur l'existence et l'évaluation du préjudice né de la résiliation ».**

CE, 27 février 2015, n°357028, Commune de Béziers

« Une convention conclue entre deux personnes publiques relative à l'organisation du service public ou aux modalités de réalisation en commun d'un projet d'intérêt général ne peut faire l'objet d'une résiliation unilatérale que si un motif d'intérêt général le justifie, notamment en cas de bouleversement de l'équilibre de la convention ou de disparition de sa cause. En revanche, la seule apparition, au cours de l'exécution de la convention, d'un déséquilibre dans les relations entre les parties n'est pas de nature à justifier une telle résiliation ».

CE, 7 mai 2013, n°365043, Société auxiliaire de parcs de la région parisienne

« Eu égard à l'impératif d'ordre public imposant de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation, **la nécessité de mettre fin à une convention dépassant la durée prévue par la loi d'une délégation de service public constitue un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation unilatérale par la personne publique, sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge ».**

CE, 19 décembre 2012, n° 350341, Société AB Trans

« Considérant, toutefois, que si les principes généraux applicables aux contrats administratifs permettent aux personnes publiques, sans qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle ne le prévoient, de résilier un contrat pour un motif d'intérêt général, sous réserve de l'indemnisation du préjudice éventuellement subi par le cocontractant, ces mêmes principes ne s'opposent pas à ce que **des stipulations contractuelles écartent, comme en l'espèce, tout droit à indemnisation en cas de résiliation du contrat par la personne publique** ».

CAA Douai, 29 novembre 2011, n° 10DA00608, Foure Lagadec Aviation

« Considérant, d'autre part, que la **volonté d'assurer une meilleure exploitation du domaine public**, notamment en percevant des redevances auprès d'occupants du domaine public bénéficiant antérieurement de sous-locations non autorisées, fait partie des motifs d'intérêt général pouvant justifier qu'il soit mis fin à un contrat d'occupation du domaine public avant son terme ».

CE, 4 mai 2011, n° 334280, Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes

« En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, l'autorité concédante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier un contrat de concession, sous réserve des droits à indemnité du concessionnaire. L'étendue et les modalités de cette indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le concessionnaire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé ; que ce principe, découlant de l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités, ne s'appliquant pas aux personnes privées, **rien ne s'oppose à ce que des stipulations prévoient une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi par le cocontractant privé de l'administration** ».

CE, 19 janvier 2011, n°323924, Commune de Limoges

« Considérant qu'ainsi qu'il a été dit, il était loisible à la COMMUNE DE LIMOGES d'adopter un nouveau mode de gestion de l'activité d'hôtellerie et de restauration jusqu'alors exercée dans le cadre de la convention d'occupation du domaine public conclue avec la société Albatros ; que **l'intention de la commune de soumettre le futur exploitant de l'activité d'hôtellerie et de restauration à des obligations de service public tenant notamment aux horaires et jours d'ouverture de l'établissement constituait un motif d'intérêt général suffisant pour décider la résiliation la convention d'occupation du domaine public** conclue avec la société Albatros » ;

CE, 21 décembre 2007, Région Limousin et autres

« Considérant que les régions requérantes ont signé le 21 février 2001 un protocole d'accord avec l'Etat, puis, le 13 novembre 2001, avec l'Etat, la Société nationale des chemins de fer français (SNCF) et Réseau ferré de France (RFF), une convention-cadre dont l'objet est le financement et la réalisation de la modernisation de la liaison ferrée Paris-Orléans-Limoges-Toulouse et de la mise en service de six rames de TGV rendues pendulaires ; qu'elles ont signé le même jour avec les mêmes partenaires une convention relative au financement et à la réalisation de l'étude d'avant-projet détaillé ; qu'elles ont enfin signé avec l'Etat le 12 septembre 2002 une convention relative au financement du contrôle externe ; que si le protocole d'accord du 21 février 2001, qui ne fixe qu'un objectif et prévoit sa concrétisation par des conventions ultérieures, constitue une simple déclaration commune d'intention sans portée juridique, les trois conventions signées les 13 novembre 2001 et 12 septembre 2002 présentent en revanche le caractère de contrats susceptibles de mettre en jeu la responsabilité contractuelle de l'Etat ».

« Considérant que **si l'Etat a pu mettre fin unilatéralement à ses engagements contractuels pour un motif d'intérêt général, eu égard notamment au coût élevé et à la faible rentabilité socio-économique du projet de liaison par rames pendulaires, ses co-contractants sont toutefois en droit d'obtenir réparation du préjudice résultant de la résiliation unilatérale de ces contrats particuliers par l'Etat, même en l'absence de toute faute de ce dernier, dès lors qu'aucune stipulation contractuelle n'y fait obstacle** ».

CE, 8 juillet 2005, n°259615, JEDJIGA

« Considérant qu'aucune disposition du décret du 15 février 1988 pris par l'application de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale ne distingue, entre les vacataires et les contractuels, quant à la possibilité qu'a l'administration de résilier à tout moment le contrat d'un agent non titulaire pour un motif d'intérêt général ; que, dès lors, tant le moyen tiré de l'erreur de qualification juridique qu'aurait commise la cour en jugeant que Mme X était une vacataire et non une contractuelle, que celui, tiré de ce que la cour aurait dénaturé les termes de l'arrêt du 4 juillet 1991 pour reconnaître à l'intéressée la qualité de vacataire, sont inopérants et doivent, par suite, être écartés ; Considérant qu'en jugeant, par un arrêt suffisamment motivé et exempt de dénaturation, que **l'intérêt du service reposant sur des motifs budgétaires et scientifiques pouvait justifier qu'il soit mis fin, avant le terme de six ans, aux fonctions de Mme X, la cour n'a pas omis de répondre au moyen tiré de ce que la requérante bénéficiait d'un contrat à durée déterminée de six ans et non d'un régime de vacances** ».

CE, 31 juillet 1996, n°126594, Société des téléphériques du Mont Blanc

« Il appartient à l'autorité concédante, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire, de mettre fin avant son terme à un contrat de concession, dès lors qu'il existe des motifs d'intérêt général justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service soit abandonnée ou établie sur des bases nouvelles. Elle peut user de cette faculté alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle, n'en a organisé l'exercice. La cession de 74 % des actions de la société titulaire d'une concession de remontées mécaniques attribuée par une commune à une société d'économie mixte contrôlée par une commune limitrophe autorisait la commune concédante, à cause des risques de conflits d'intérêt qu'elle entraînait, à regarder son **co-contractant comme ne présentant plus les garanties au vu desquelles la concession lui avait été attribuée, et, pour ce motif d'intérêt général, à prononcer la résiliation de cette concession** ».

CE, 2 février 1987, n° 81131 n°82432 n°82437 et n°82443, Société TV6

« S'il appartient à l'autorité concédante, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire, de mettre fin avant son terme, à un contrat de concession, **elle ne peut ainsi rompre unilatéralement ses engagements que pour des motifs d'intérêt général** justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service concédé doit être abandonnée ou établie sur des bases nouvelles ».

CE, 6 mai 1985, n° 41589 41699, Association Eurolat

« [...] l'une de ces **clauses interdisait la résiliation du bail** avant le remboursement complet du prêt accordé par le Crédit foncier de France, sauf accord de cet établissement bancaire, auquel devait être consentie par l'Association une hypothèque sur les immeubles qu'elle devait construire, et alors même que ledit établissement aurait refusé de se substituer pour la gestion du service à l'exploitant défaillant ; que ces **clauses, incompatibles** avec les principes de la domanialité publique **comme avec les nécessités du fonctionnement d'un service public, doivent être regardées comme nulles** ».

CE, 22 janvier 1965, n° 59122, Sté des établissements Michel Aubrun

« le concédant n'est, en cas de résiliation unilatérale d'un marché pour des **motifs d'ordre technique**, tenu à aucune réparation à l'égard d'un sous-traitant travaillant avec le co-contractant en vertu d'un sous-traité que le concédant n'a pas approuvé, la circonstance que le co-contractant ait confié au sous-contractant l'exécution d'une partie des travaux ne saurait le priver de la faculté de réclamer au concédant une indemnité de résiliation comprenant la totalité du préjudice subi par lui du fait de l'interruption de ces travaux, c'est-à-dire couvrant le remboursement pour l'ensemble des travaux y compris ceux qui ont été sous-traités, des frais effectivement engagés et des gains que le co-contractant pouvait normalement escompter de la réalisation de ces travaux, dans la limite des sommes qui lui auraient été dues si il n'avait pas sous-traité une partie des travaux ».

CE, 23 mai 1962, n° 41178, Ministre des Finances et des Affaires économiques c. Société financière d'exploitations industrielles

« Considérant qu'en l'absence de toute faute de sa part, l'entrepreneur a **droit à la réparation intégrale du préjudice** résultant pour lui de la résiliation anticipée du contrat, y compris la **totalité du manque à gagner, compte tenu du montant des travaux garantis par ledit contrat et non exécutés** ; que ce manque à gagner doit être apprécié au moment de la résiliation selon les prix en vigueur à cette date ».

Article L2195-4

Lorsque le titulaire est, au cours de l'exécution du marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux articles L. 2141-1 à L. 2141-11, il informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation.

L'acheteur peut alors résilier le marché pour ce motif.

Toutefois, l'acheteur ne peut prononcer la résiliation du marché au seul motif que l'opérateur économique fait l'objet d'une **procédure de redressement judiciaire** en application de l'article L. 631-1 du code de commerce, sous réserve des hypothèses de résiliation de plein droit prévues au III de l'article L. 622-13 du même code.

Procédure de redressement judiciaire

Article L. 631-1 du code de commerce

« Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements.

La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30 ».

Instruction ministérielle n° 12-005-M0 du 26 janvier 2012

« Lorsqu'une entreprise titulaire d'un contrat fait l'objet d'une mesure de redressement judiciaire, la personne publique doit adresser une mise en demeure à l'administrateur, qui dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer sur la poursuite du marché en cours (article L. 622-13 du Code de commerce). Si l'administrateur judiciaire se prononce pour la continuation du contrat, la personne publique ne peut, sans commettre de faute, procéder à sa résiliation de manière unilatérale sauf motif d'intérêt général caractérisé ».

CE, 29 septembre 2010, n°332567, Commune de Molsheim

« En vertu des dispositions, alors applicables, de l'art. L. 621-63 C. com., les personnes qui exécutent le plan de continuation ou de cession d'une entreprise en redressement judiciaire « ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation ». Il résulte de ces dispositions qu'en cas de cession judiciaire d'une telle entreprise, le cessionnaire, dont l'offre reprise dans le plan de cession approuvé par le tribunal ne porte que sur les actifs de la société cédée à l'exclusion du passif, n'est pas tenu par les obligations du cédant antérieures à la reprise, ce dernier n'étant pas déchargé des obligations contractuelles afférentes à sa propre gestion ».

CE, 24 octobre 1990, n° 87327, Régie immobilière de la Ville de Paris

« Considérant que par un jugement du 2 mai 1985, le tribunal de commerce de Poitiers a prononcé le règlement judiciaire de la Société des Etablissements Serge et Roger Louis ; que si l'article 44-3 du cahier des clauses administratives générales applicable au marché en cause stipule qu'"en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de l'entrepreneur, la résiliation est prononcée, sauf si dans le mois qui suit la décision de justice intervenue, le syndic décide de poursuivre l'exécution du marché. La résiliation, si elle est prononcée, prend effet à la date de la décision du syndic de renoncer

à poursuivre l'exécution du marché ou de l'expiration du délai d'un mois ci-dessus", la fixation de ce délai d'un mois est illégale comme n'étant pas prévue par les dispositions de la loi du 13 juillet 1967 ; que par une lettre du 27 mai 1983, le syndic au règlement judiciaire de la Société Louis a fait connaître à la Régie immobilière de la ville de Paris son intention de poursuivre l'exécution du marché ; qu'ainsi et alors même qu'il aurait simultanément demandé l'ouverture de discussions sur la fixation d'un nouveau prix pour les travaux déjà exécutés, le syndic ne peut être regardé comme ayant renoncé à poursuivre l'exécution du marché ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin de statuer sur le caractère solidaire ou conjoint de groupement des Sociétés Louis et Ziller Technik, la résiliation du marché de la Sociétés Louis et la mise en régie aux frais de Ziller Technik étaient irrégulières et ne sauraient ouvrir droit à une indemnisation au profit de la Régie immobilière de la ville de Paris ni au titre du marché de substitution passé avec la société Baudin-châteauneuf ni au titre d'un prétendu préjudice ».

CE, 20 juillet 1988, Sté industrielle nantaise des techniques appliquées du bâtiment

« Considérant qu'aux termes de l'article 38 de la loi susvisée du 13 juillet 1967 : "le syndic conserve en cas de règlement judiciaire la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours" ; Considérant que, par un jugement du 1er février 1979, le tribunal de commerce de Nantes a prononcé le règlement judiciaire de la société INDUSTRIELLE NANTAISE DES TECHNIQUES APPLIQUEES DU BATIMENT (S.I.N.T.A.B.) ; que si l'article 47-3 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés de travaux publics dispose qu'"en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, la résiliation est prononcée, sauf si dans le mois qui suit la décision de justice intervenue, le syndic décide de poursuivre l'exécution du marché", la fixation de ce délai d'un mois est illégal comme n'étant pas prévue par les dispositions de la loi du 13 juillet 1967 ; que si, par une lettre du 16 mai 1979, l'office d'H.L.M. de la ville d'Angers a demandé au syndic de la société INDUSTRIELLE NANTAISE DES TECHNIQUES APPLIQUEES DU BATIMENT (S.I.N.T.A.B.) de lui faire connaître s'il était en mesure d'exécuter les travaux de plâtrerie qui avaient été attribués à la société par le marché passé pour la construction de 161 logements et qui avaient fait l'objet de l'ordre de service du 10 décembre 1978, il résulte de l'instruction que le 19 juin 1979, date à laquelle l'office a averti le syndic de la résiliation sans indemnité du marché, le syndic de la société n'avait pas répondu à la lettre du 16 mai 1979 ; que, dans ces conditions, l'office était en droit, à cette date, de prendre la mesure contestée ; qu'ainsi la société INDUSTRIELLE NANTAISE DES TECHNIQUES APPLIQUEES DU BATIMENT (S.I.N.T.A.B.) et son syndic, Me Collet, ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nantes a rejeté leur demande d'indemnité ».

Article L2195-5

Lorsqu'un marché n'aurait pas dû être attribué à un opérateur économique en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par le droit de l'Union européenne en matière de marchés qui a été reconnu par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre de la procédure prévue à l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'acheteur peut le résilier.

Article L2195-6

L'acheteur peut résilier le marché lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues au chapitre IV du présent titre.

Modification

Article 44 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession

« Les États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices aient la possibilité, dans les conditions déterminées par le droit national applicable, de résilier une concession en cours lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

a) **une modification de la concession a eu lieu, laquelle aurait requis une nouvelle procédure d'attribution de concession conformément à l'article 43 ».**

CE, 15 nov. 2017, n°409728, 409799, Commune d'Aix-en-Provence et SEMEPA

« Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, par une convention conclue le 9 juin 2016, la commune d'Aix-en-Provence et la SEMEPA ont entendu résilier la convention relative à la concession de la gestion du service public du stationnement payant sur voirie et de l'exploitation de sept parcs de stationnement publics du 29 décembre 1986 en tant qu'elle concerne l'exploitation des ouvrages hors voirie Bellegarde, Cardeurs, Carnot, Méjanes, Mignet, Pasteur et Signoret ainsi que la convention de délégation de service public du 24 octobre 2003 conclue pour l'exploitation du parc de La Rotonde.

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la convention conclue le 29 décembre 1986 entre la commune d'Aix-en-Provence et la SEMEPA, qui avait pour objet de concéder la gestion du service public du stationnement hors voirie et du service public du stationnement sur voirie, constituait, du fait notamment des conditions de son équilibre financier, un ensemble unique ; **que , alors même que la commune d'Aix-en-Provence et la SEMEPA ont déclaré procéder à la " résiliation partielle " de cette convention, la convention du 9 juin 2016 avait pour objet la modification du contrat de concession initial ; que cette modification doit être regardée, eu égard à son ampleur, comme changeant la nature globale du contrat initial** ; qu'elle introduit, en outre, des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu attirer davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ; que, par suite, le moyen soulevé par le préfet tiré de ce que cette modification de la convention conclue le 29 décembre 1986 est intervenue en méconnaissance des règles de modification des contrats de concession est de nature à créer un doute sérieux sur sa validité».

Chapitre VI - Informations relatives à l'achat

Section 1 - Obligation de conservation des documents

Article L2196-1

Les acheteurs conservent les documents relatifs à l'exécution des marchés, dans des conditions fixées par voie réglementaire.

Section 2 - Mise à disposition des données essentielles

Article L2196-2

Dans des conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire, l'acheteur rend accessibles sous un format ouvert et librement réutilisable les données essentielles du marché, hormis celles dont la divulgation méconnaîtrait les dispositions de l'article L. 2132-1 ou serait contraire à l'ordre public.

Article R2196-1

L'acheteur offre, sur son profil d'acheteur, un accès libre, direct et complet aux données essentielles des marchés répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure à 40 000 euros hors taxes.

Ces données essentielles portent sur :

1° La procédure de passation du marché ;

2° Le contenu du contrat ;

3° L'exécution du marché, notamment, lorsqu'il y a lieu, sur sa modification.

Un arrêté du ministre chargé de l'économie qui figure en annexe au présent code fixe la liste de ces données essentielles ainsi que les modalités de leur publication.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux marchés conclus en application de l'article R. 2122-8 dont la valeur est égale ou supérieure à 25 000 euros hors taxes. Toutefois, pour ces mêmes marchés, l'acheteur peut satisfaire à cette obligation d'information en publiant au cours du premier trimestre de chaque année, sur le support de son choix, la liste de ces marchés conclus l'année précédente. Cette liste mentionne l'objet, le montant hors taxes et la date de conclusion du marché ainsi que le nom de l'attributaire et son code postal s'il est établi en France, ou le pays de son principal établissement, s'il n'est

pas établi en France.

Article R2196-1 Version en vigueur à partir du 01 janvier 2024

Modifié par Décret n°2022-767 du 2 mai 2022 - art. 4

« L'acheteur publie sur le portail national de données ouvertes les données essentielles des marchés répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure à 40 000 euros hors taxes dans les deux mois suivant la notification du marché ou sa modification.

Ces données essentielles portent sur :

1° La procédure de passation du marché ;

2° Le contenu du contrat ;

3° L'exécution du marché et, le cas échéant, sa modification.

Un arrêté du ministre chargé de l'économie qui figure en annexe au présent code fixe la liste de ces données essentielles ainsi que les modalités de leur publication.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux marchés conclus en application de l'article R. 2122-8 dont la valeur est égale ou supérieure à 25 000 euros hors taxes. Toutefois, pour ces mêmes marchés, l'acheteur peut satisfaire à cette obligation d'information en publiant au cours du premier trimestre de chaque année, sur le support de son choix, la liste de ces marchés conclus l'année précédente. Cette liste mentionne l'objet, le montant hors taxes et la date de conclusion du marché ainsi que le nom de l'attributaire et son code postal s'il est établi en France, ou le pays de son principal établissement, s'il n'est pas établi en France ».

Conformément au deuxième alinéa de l'article 11 du décret n° 2022-767 du 2 mai 2022, ces dispositions entrent en vigueur à une date fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie et au plus tard le 1er janvier 2024 et s'appliquent aux marchés et aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de cette date.

Arrêté du 22 décembre 2022 relatif aux données essentielles des marchés publics

NOR : ECOM2235715A

ELI : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2022/12/22/ECOM2235715A/jo/texte>

JORF n°0001 du 1 janvier 2023

Section 3 - Recensement économique

Article L2196-3

Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices communiquent, chaque année, les données contribuant au recensement économique de l'achat public, dans des conditions prévues par voie réglementaire.

Ces données ont trait à la passation des marchés, à leur notification ou à leur exécution.

Sous-section 1 - Observatoire économique de la commande publique

Article R2196-2

Un observatoire économique de la commande publique placé auprès du ministre chargé de l'économie rassemble et analyse les données relatives aux aspects économiques et techniques de la commande publique.

Il constitue une instance de concertation et d'échanges d'informations avec les opérateurs économiques, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et contribue à la diffusion des bonnes pratiques.

Article R2196-2 Version en vigueur à partir du 01 janvier 2024

Modifié par Décret n°2022-767 du 2 mai 2022 - art. 4

« Un observatoire économique de la commande publique placé auprès du ministre chargé de l'économie analyse les données relatives aux aspects économiques et techniques de la commande publique.

Il constitue une instance de concertation et d'échanges d'informations avec les opérateurs économiques, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et contribue à la diffusion des bonnes pratiques ».

Conformément au deuxième alinéa de l'article 11 du décret n° 2022-767 du 2 mai 2022, ces dispositions entrent en vigueur à une date fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie et au plus tard le 1er janvier 2024 et s'appliquent aux marchés et aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de cette date.

Article R2196-3

La composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement de l'observatoire économique de la commande publique sont fixées par un arrêté figurant en annexe du présent code.

Article R2196-4

L'observatoire économique de la commande publique effectue chaque année, sur la base des informations transmises par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, un recensement économique des contrats de la commande publique dans des conditions fixées par un arrêté figurant en annexe du présent code.

A cet effet, il fait notamment appel, en tant que de besoin, aux services de l'Etat compétents en matière d'enquêtes statistiques et peut utiliser les données présentes dans les systèmes d'informations comptables publics.

Article R2196-4 Version en vigueur à partir du 01 janvier 2024

Modifié par Décret n°2022-767 du 2 mai 2022 - art. 4

« L'observatoire économique de la commande publique effectue chaque année un recensement économique des contrats de la commande publique dans des conditions fixées par un arrêté figurant en annexe du présent code.

A cet effet, il fait notamment appel, en tant que de besoin, aux services de l'Etat compétents en matière d'enquêtes statistiques et peut utiliser les données présentes dans les systèmes d'informations comptables publics ».

Conformément au deuxième alinéa de l'article 11 du décret n° 2022-767 du 2 mai 2022, ces dispositions entrent en vigueur à une date fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie et au plus tard le 1er janvier 2024 et s'appliquent aux marchés et aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de cette date.

Sous-section 2 - Modalités du recensement économique

Article D2196-5

Le recensement économique a pour objet d'assurer le recueil et l'exploitation de données statistiques relatives à la passation, à la notification et à l'exécution des marchés passés en application des dispositions du présent code.

Article D2196-5 Version en vigueur à partir du 01 janvier 2024

Modifié par Décret n°2022-767 du 2 mai 2022 - art. 4

Le recensement économique a pour objet d'assurer l'exploitation et l'analyse statistique des données relatives à la passation, à la notification et à l'exécution des marchés passés en application des dispositions du présent code.

Conformément au deuxième alinéa de l'article 11 du décret n° 2022-767 du 2 mai 2022, ces dispositions entrent en vigueur à une date fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie et au plus tard le 1er janvier 2024 et s'appliquent aux marchés et aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de cette date.

Article D2196-6

La liste des données communiquées à l'observatoire économique de la commande publique, qui peuvent concerner la passation et l'exécution du marché, ainsi que les modalités de leur communication sont fixées par arrêté figurant en annexe du présent code.

Article D2196-6

Modifié par Décret n°2022-767 du 2 mai 2022 - art. 4

L'observatoire économique de la commande publique effectue le recensement économique à partir des données mentionnées à l'article R. 2196-1.

Conformément au deuxième alinéa de l'article 11 du décret n° 2022-767 du 2 mai 2022, ces dispositions entrent en vigueur à une date fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie et au plus tard le 1er janvier 2024 et s'appliquent aux marchés et aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de cette date.

Article D2196-7

Pour permettre à l'observatoire économique de la commande publique de constituer et d'exploiter une base de données regroupant l'ensemble des opérations de commande publique, chacun des contrats recensés est identifié au moyen d'un numéro d'identifiant unique dont la composition est définie par un arrêté figurant en annexe du présent code.

Article D2196-7 Version en vigueur du 01 avril 2019 au 01 janvier 2024

Abrogé par Décret n°2022-767 du 2 mai 2022 - art. 4

Création Décret n°2018-1075 du 3 décembre 2018 - art.

Pour permettre à l'observatoire économique de la commande publique de constituer et d'exploiter une base de données regroupant l'ensemble des opérations de commande publique, chacun des contrats recensés est identifié au moyen d'un numéro d'identifiant unique dont la composition est définie par un arrêté figurant en annexe du présent code.

Section 4 - Contrôle du coût de revient des marchés de l'Etat et de ses établissements publics

Article L2196-4

Les obligations prévues par la présente section sont applicables aux marchés conclus par l'Etat ou ses établissements publics pour lesquels la spécialité des techniques, le petit nombre de candidats possédant la compétence requise, des motifs de secret ou des raisons d'urgence impérieuse ou de crise ne permettent pas de faire appel à la concurrence ou de la faire jouer efficacement.

Elles sont également applicables aux marchés dont les prestations sont complexes et d'une durée supérieure à cinq ans.

Article L2196-5

Les soumissionnaires à un marché, mentionné à l'article L. 2196-4 et négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables par l'Etat ou ses établissements publics, fournissent à l'acheteur, si celui-ci en fait la demande, tous renseignements sur les éléments techniques et comptables de l'estimation du coût de revient des prestations qui font l'objet du marché.

Les titulaires des marchés mentionnés à l'article L. 2196-4 fournissent à l'acheteur, si celui-ci en fait la demande, tous renseignements sur les éléments techniques et comptables du coût de revient des prestations qui font l'objet du marché.

Article L2196-6

Les titulaires ainsi que, dans des conditions fixées par voie réglementaire, les entreprises qui leur sont liées et leurs sous-traitants, ont l'obligation de permettre et de faciliter la vérification éventuelle sur pièces ou sur place de l'exactitude des renseignements mentionnés à l'article L. 2196-5 par les agents de l'administration.

Ils peuvent être tenus de présenter leurs bilans, comptes de résultat ainsi que leur comptabilité analytique et tous documents de nature à permettre l'établissement des coûts de revient.

Article R2196-8

Si le titulaire ne fournit pas à l'acheteur, dans le délai imparti par celui-ci, les renseignements sur les éléments techniques et comptables du coût de revient des prestations qui font l'objet du marché ou fournit des renseignements inexacts, l'acheteur peut, après mise en demeure restée sans effet, décider la suspension des paiements à intervenir dans la limite du dixième du montant du marché lorsque le manquement est le fait du titulaire ou retenir un montant équivalent. Après nouvelle mise en demeure infructueuse, l'acheteur peut décider de transformer cette retenue en retenue définitive, sans préjudice de la résiliation éventuelle du marché aux torts du titulaire.

Lorsqu'une estimation du coût de revient est effectuée avant la notification du marché, l'acheteur indique dans les documents de la consultation et dans le marché les sanctions applicables en cas de manquement à l'obligation figurant au premier alinéa de l'article L. 2196-5.

Article R2196-9

Sont soumis aux obligations prévues par la présente section les entreprises liées au titulaire ainsi que les sous-traitants et fournisseurs intervenant dans l'exécution du marché, lorsque ces derniers réalisent individuellement, sauf stipulation contraire du marché, une part supérieure à 10% du montant du marché et d'un montant supérieur à 10 millions d'euros hors taxes.

Article R2196-10

La décision d'exercer un contrôle de coût de revient est prise par l'autorité qui a signé le marché soumis au contrôle ou, lorsque l'estimation du coût de revient est effectuée avant la notification de ce marché, par l'autorité en charge de sa passation.

Article R2196-11

Les agents ou les catégories d'agents des services de l'Etat habilités à exercer les vérifications sur pièces ou sur place sont désignés par arrêté du ministre dont ils dépendent. Les agents des établissements publics appelés à effectuer ces vérifications sont habilités nommément par arrêté du ministre de tutelle.

Ils peuvent être mis à la disposition de tout département ministériel pour effectuer des vérifications au profit de celui-ci.

Article R2196-12

Tous les fonctionnaires ou agents qui ont connaissance à un titre quelconque des renseignements recueillis au sujet des entreprises en application de la présente section sont astreints au secret professionnel ainsi que, le cas échéant, aux règles relatives à la protection du secret en matière de défense.

Les renseignements recueillis ne peuvent être utilisés à des fins autres que le contrôle du coût de revient du marché soumis au contrôle ou de tout autre marché analogue.

La Direction des affaires juridiques (DAJ) en rendu public sur son site internet, le 2 mai 2024, un guide pratique sur les modes amiables de règlement des différends (MARD) dans la commande publique. Élaboré par le Médiateur des entreprises (MDE) et la DAJ dans le cadre de l'Observatoire économique de la commande publique (OECBP), ce guide d'une trentaine de pages a notamment pour objectif d'encourager acheteurs et titulaires de contrats de la commande publique à régler leurs différends à l'amiable grâce aux MARD que sont le mémoire en réclamation, la médiation, et la conciliation, avec notamment la saisine des comités consultatifs de règlement amiable des différends relatifs aux marchés publics (CCRA). Un document qui a le mérite de rappeler le cadre général des MARD et de retracer les évolutions juridiques relatives à la transaction depuis la circulaire du 7 septembre 2009.

CJUE, 7 septembre 2016, C-549/14, Finn Frogne A/S c/ Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation,

« L'article 2 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens que, après l'attribution d'un marché public, une modification substantielle ne peut pas être apportée à celui-ci sans l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché même lorsque cette modification constitue, objectivement, un mode de règlement transactionnel, emportant des renonciations réciproques de la part des deux parties, en vue de mettre un terme à un litige, dont l'issue est incertaine, né des difficultés auxquelles se heurte l'exécution de ce marché. Il n'en serait autrement que si les documents dudit marché prévoyaient la faculté d'adapter certaines conditions, même importantes, de celui-ci après son attribution et fixaient les modalités d'application de cette faculté ».

Section 1 - Conciliation et médiation**Sous-section 1 - Dispositions générales****Article L2197-1**

Les parties à un contrat administratif peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur, dans les conditions fixées par les chapitres Ier et II du titre II du livre IV du code des relations entre le public et l'administration.

Les parties à un contrat administratif

CA Montpellier, chambre commerciale, 23 mai 2023, n°21/04791,SAS GS Promotion c. SARL ELEC7EM

« Cependant, il convient de constater que ces dispositions concernent la tentative préalable de conciliation devant le comité consultatif régional ou interrégional de règlement amiable des litiges avant la saisine du tribunal administratif dans le cadre de la passation des marchés publics, organisée par le code des marchés publics (article 127) et le code de la commande publique (article L. 2197-1 et suivants et R. 2197-1 et suivants), **de sorte qu'elles ne sont pas applicables dans un litige porté devant le juge judiciaire.** »

CAA Marseille, 27 janvier 2020, n°18MA02632, Société Campotel l'Affenage c. Commune du Pouget

« Il résulte de ces stipulations contractuelles que **les parties ont entendu subordonner tout recours contentieux relatif à un litige survenu entre elles à une tentative préalable de conciliation** consistant à soumettre par écrit la contestation en cause à l'autre partie puis, en cas de désaccord, à désigner en commun un ou des experts à titre amiable ou, faute d'accord sur ce point, à faire désigner un tel expert par le président du tribunal administratif. En l'espèce, il résulte de l'instruction que si la société Campotel L'Affenage a soumis le différend à la commune par lettre recommandée avec accusé de réception du 6 octobre 2015, elle n'a pas, avant de saisir le tribunal administratif de Montpellier, suivi la procédure de conciliation prévue par ces stipulations. **A cet égard, la circonstance que des réunions de négociation aient eu lieu entre les parties ne saurait suppléer le recours à l'expertise prévue par le contrat.** Par ailleurs, outre qu'il ne s'évince pas de la rédaction des stipulations citées

au point 2 qu'elles devraient être jugées inapplicables aux litiges nés de la résiliation de ce contrat, il résulte en tout état de cause de l'instruction que le différend portait en l'espèce sur l'exécution de la convention et non sur sa résiliation, laquelle n'est intervenue que le 21 septembre 2016. »

Article L2197-2

Les parties à un contrat de droit privé peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur, dans les conditions fixées par les dispositions du chapitre Ier du titre VI du livre Ier et du chapitre II du titre Ier du livre V du code de procédure civile.

Sous-section 2 - Comités consultatifs de règlement amiable des différends

Article L2197-3

La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable des différends suspend le cours des différentes prescriptions, quelle que soit la nature du contrat.

Article R2197-1

En cas de différend concernant l'exécution des marchés, les acheteurs et les titulaires peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends relatifs aux marchés.
Les comités consultatifs de règlement amiable des différends, qui peuvent être national ou locaux, ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue de proposer une solution amiable et équitable aux différends relatifs à l'exécution des marchés.

Paragraphe 1 - Compétences des comités consultatifs de règlement amiable des différends

Article R2197-2

Un comité national est placé auprès du ministre chargé de l'économie.
Il connaît des différends relatifs aux marchés passés par :
1° Les services centraux de l'Etat ;
2° Les services et organismes à compétence nationale lorsque les marchés en cause couvrent des besoins excédant la circonscription d'un seul comité local mentionné à l'article R. 2197-3.

Article R2197-3

Les comités locaux sont constitués au niveau régional, interrégional ou interdépartemental par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.
Cet arrêté fixe leur circonscription et désigne le représentant de l'Etat dans la région chargé d'arrêter les listes des représentants et organisations professionnelles mentionnées aux 2° et 3° de l'article R. 2197-7.

Article R2197-4

Les comités locaux connaissent des différends relatifs aux marchés passés par :
1° Les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics ;
2° Les services déconcentrés de l'Etat ;
3° Les services et organismes à compétence nationale lorsque les marchés en cause couvrent des besoins limités à la circonscription de compétence du comité local ;
4° Les autres acheteurs mentionnés aux articles L. 1211-1 et L. 1212-1, à l'exception de ceux mentionnés à l'article R. 2197-2.

Article R2197-5

Lorsqu'un comité local est saisi d'un différend relatif à un marché couvrant des besoins excédant sa circonscription de compétence, son président transmet sans délai la saisine au président du comité national qui attribue l'examen de l'affaire à un comité local, si cet examen ne relève pas de la compétence du comité national.

Paragraphe 2 - Composition des comités consultatifs de règlement amiable des différends

Article R2197-6

Le comité national comprend six membres ayant voix délibérative :
1° Un membre du Conseil d'Etat ou un magistrat de la Cour des comptes, en activité ou honoraire, ayant au moins le grade de conseiller d'Etat ou de conseiller maître, président ;
2° Un membre du Conseil d'Etat ou un magistrat de la Cour des comptes, en activité ou honoraire, ayant au moins le grade de maître des requêtes ou de conseiller référendaire, vice-président ;
3° Deux représentants de l'Etat, en activité ou en retraite, exerçant ou ayant exercé dans le département ministériel intéressé par l'affaire soumise au comité ;
4° Deux personnalités compétentes exerçant ou ayant exercé des fonctions dans le même secteur d'activité que le titulaire du marché.
Un représentant de la direction générale des finances publiques peut assister aux séances avec voix consultative.

Article R2197-7

Chaque comité local comprend six membres ayant voix délibérative :
1° Un président et un vice-président, choisis parmi les membres en activité ou honoraires des juridictions administratives ou des juridictions financières ;
2° Deux représentants de l'Etat, en activité ou en retraite, dont l'un au moins exerçant ou ayant exercé dans le département ministériel intéressé par l'affaire soumise au comité ;
3° Deux personnalités compétentes exerçant ou ayant exercé des fonctions dans le même secteur d'activité que le titulaire du marché.
Pour l'examen des différends relatifs aux marchés des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics, les deux agents de l'Etat prévus au 2° ci-dessus sont remplacés par deux membres ayant la qualité d' élu ou d'agent des collectivités, groupements ou établissements publics.
Le comptable public assignataire des paiements relatifs au marché litigieux ou son représentant peut assister aux séances avec voix consultative.

Paragraphe 3 - Nomination des membres des comités consultatifs de règlement amiable des différends

Article R2197-8

Le président et le vice-président du comité national ainsi que les présidents et vice-présidents des comités locaux sont nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie sur proposition, selon le cas, du vice-président du Conseil d'Etat ou du premier président de la Cour des comptes.
Leur mandat est limité à trois ans. Il est renouvelable.

Article R2197-9

Les représentants de l'Etat mentionnés au 3° de l'article R. 2197-6 et au 2° de l'article R. 2197-7 et les représentants des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics n'ayant pas la qualité d' élu ont un mandat limité à trois ans et renouvelable.
Le mandat des représentants des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics ayant la qualité d' élu est limité à la durée de leurs fonctions électives.

Article R2197-10

Les représentants de l'Etat mentionnés au 3° de l'article R. 2197-6 et au 2° de l'article R. 2197-7 sont choisis, à l'occasion de chaque affaire, par le président, sur des listes nominatives établies dans les conditions ci-après :

1° Les listes des représentants de l'Etat sont arrêtées, pour le comité national, par le ministre chargé de l'économie, sur proposition du ministre compétent ;
 2° Les listes des représentants de l'Etat sont arrêtées, pour les comités locaux, par le préfet désigné par l'arrêté mentionné à l'article R. 2197-3, avec l'accord de l'autorité hiérarchique dont, le cas échéant, ils dépendent.

Article R2197-11

Les listes des représentants des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics, habilités à siéger dans les comités locaux, sont arrêtées par le préfet désigné par l'arrêté mentionné à l'article R. 2197-3, sur proposition des autorités dont ils dépendent.

Article R2197-12

Les listes des organisations professionnelles les plus représentatives appelées à désigner, sur demande des présidents des comités, deux personnalités compétentes pour y siéger en application du 4° de l'article R. 2197-6 et du 3° de l'article R. 2197-7 sont arrêtées :
 1° Pour le comité national, par le ministre chargé de l'économie ;
 2° Pour les comités locaux, par le préfet désigné par l'arrêté mentionné à l'article R. 2197-3.

Paragraphe 4 - Animation, coordination et secrétariat des comités consultatifs de règlement amiable des différends

Article D2197-13

La direction des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie assure le soutien et le secrétariat du comité national ainsi que l'animation et la coordination des secrétariats des comités locaux.
 Le préfet désigné par l'arrêté mentionné à l'article R. 2197-3 désigne le service de l'Etat chargé du secrétariat du comité local.

Paragraphe 5 - Dispositions financières relatives aux comités consultatifs de règlement amiable des différends

Article D2197-14

Les membres des comités ainsi que les rapporteurs sont indemnisés de leurs frais de déplacement et de séjour, dans les conditions prévues par la réglementation applicable aux personnels civils de l'Etat. N'ouvrent droit à indemnisation que les missions effectuées à la demande du président ou avec son autorisation.
 Les rapporteurs, les présidents et les vice-présidents des comités perçoivent des indemnités dans des conditions fixées par le décret n° 92-239 du 11 mars 1992 relatif aux indemnités susceptibles d'être allouées aux présidents, aux vice-présidents et aux rapporteurs du comité consultatif national et des comités consultatifs régionaux ou interrégionaux de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés.
 Ces indemnités sont prises en charge par le ministère chargé de l'économie.

Paragraphe 6 - Saisine des comités consultatifs de règlement amiable des différends

Article D2197-15

Le comité peut être saisi par l'acheteur ou par le titulaire du marché.
 La saisine est faite par une note détaillée exposant les motifs du différend et, le cas échéant, la nature et le montant des réclamations formulées. Cette note est accompagnée des pièces contractuelles du marché et de toutes correspondances relatives au différend. Elle est adressée au comité par lettre recommandée avec demande d'avis de réception postal ou

déposée contre récépissé au secrétariat du comité. Les communications et les échanges d'information avec le comité peuvent être réalisés par voie électronique.

Obligation de saisine

TA de Cergy-Pontoise, 7 novembre 2024, n°2008427

« L'exigence de saisine du comité consultatif interrégional de règlement amiable des différends relatifs aux marchés publics (CCIRA) préalable à la saisine du juge, prévue par les stipulations précitées de l'article 14 du CCAP, constitue une stipulation dérogatoire aux stipulations précitées de l'article 50.4 du CCAG-Travaux applicable au marché en litige, de nature à faire obstacle à ce qu'une des parties saisisse directement le juge administratif.

4. Il résulte de l'instruction que la SAS L'Essor a indiqué à la commune de Taverny, par un courrier du 17 juillet 2020, qu'elle souhaitait " privilégier une résolution amiable de ce litige ", l'engageant à lui transmettre " toute proposition qu'[elle pourrait] formuler à ce titre ". Toutefois, alors qu'il lui appartenait de saisir le CCIRA, la SAS L'Essor n'établit ni même n'allègue avoir engagé une telle procédure. Dans ces conditions, en l'absence de procédure amiable préalable, il y a lieu de considérer que sa requête devant le tribunal est prématurée. Par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres fins de non-recevoir soulevées en défense, sa requête doit être rejetée comme étant irrecevable ».

Article R2197-16

La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable des différends interrompt les délais de recours contentieux pour les marchés qui sont des contrats administratifs jusqu'à la notification de la décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité.

Interrompt les délais de recours contentieux

CE, 31 octobre 2023, n°467237, Société Campenon Bernard Sud-Est c. Etablissement public Treize Habitat

« Si dans le délai de six mois à partir de la notification à l'entrepreneur de la décision prise conformément au 23 du présent article sur les réclamations auxquelles a donné lieu le décompte général du marché, l'entrepreneur n'a pas porté ses réclamations devant le tribunal administratif compétent, il est considéré comme ayant accepté ladite décision et toute réclamation est irrecevable. Toutefois, le délai de six mois est suspendu en cas de saisine du comité consultatif de règlement amiable dans les conditions du 4 du présent article ».

CAA Marseille, 3 février 2023, n°23MA00266

« En application de l'article L.2197-3 du code de la commande publique, la saisine du comité consultatif de règlement amiable des différends a pour effet de suspendre le cours des prescriptions et l'article R.2197-16 du même code prévoit que cette même saisine interrompt les délais de recours contentieux pour les marchés qui sont des contrats administratifs jusqu'à la notification de la décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité ;

Ces règles ne permettent pas à un requérant qui a saisi le comité consultatif de règlement amiable des différends après la mise à disposition du public de l'ordonnance rendue par le premier juge de déroger aux dispositions de l'article R. 411-1 du code de justice administrative selon lesquelles : " La juridiction est saisie par requête. La requête indique les nom et domicile des parties. Elle contient l'exposé des faits et moyens, ainsi que l'énoncé des conclusions soumises au juge. L'auteur d'une requête ne contenant l'exposé d'aucun moyen ne peut la régulariser par le dépôt d'un mémoire exposant un ou plusieurs moyens que jusqu'à l'expiration du délai de recours. »

CAA Bordeaux, 29 septembre 2009, n°07BX02655, Société Paralu

« Que s'il résulte de ces dispositions que la saisine du comité consultatif de règlement amiable suspend le délai de recours contentieux courant à compter de la notification à l'entrepreneur de la décision prise par le maître d'ouvrage sur la réclamation de l'entrepreneur, aucune de ces dispositions ne prévoit que la décision prise par le maître d'ouvrage, après l'avis du comité consultatif de règlement amiable, ouvre un nouveau délai de recours contentieux pour l'entrepreneur, courant à compter de

cette nouvelle décision. Considérant, en quatrième lieu, qu'en vertu des clauses précitées du CCAG, si la saisine du comité consultatif des règlements amiables suspend le délai de recours contentieux de six mois, prévu par l'article 50-32 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de travaux - courant à compter de la notification à l'entrepreneur de la décision prise par le maître de l'ouvrage sur sa réclamation - elle ne l'interrompt pas »

Délai de recours et contentieux tendant à la reprise des relations contractuelles

CE, 12 avril 2022, n°452601, Société Agence d'architecture Frédéric Nicolas c. Région Provence-Alpes-Côte d'Azur et Agence régionale d'équipement et d'aménagement de la région Sud

« Il résulte de ce qui a été dit au point 3 et des dispositions citées au point 4 que, s'il est toujours loisible pour une partie à un contrat administratif de recourir, dans les conditions qui étaient prévues à l'article 127 du code des marchés publics, à un comité consultatif de règlement amiable des différends en vue de contester le décompte général d'un contrat à la suite de sa résiliation pour faute, **la compétence de ce comité ne s'étend toutefois pas aux litiges tendant exclusivement à la reprise des relations contractuelles, qui relèvent de la seule compétence du juge du contrat.** Il suit de là qu'en se fondant sur ce motif pour juger que la saisine de ce comité n'était pas de nature à interrompre le délai de deux mois imparti au demandeur par les règles rappelées au point 3 pour introduire un recours de plein contentieux tendant à la reprise des relations contractuelles, la cour administrative d'appel de Marseille n'a pas commis d'erreur de droit »

Article D2197-17

Lorsqu'il apparaît manifeste qu'une demande ne relève de la compétence d'aucun comité ou qu'elle est irrecevable sans qu'une régularisation soit possible, le président peut la rejeter par décision motivée. Il peut également donner acte des désistements ou constater qu'il n'y a pas lieu pour le comité de rendre un avis.

Paragraphe 7 - Modalités de fonctionnement des comités consultatifs de règlement amiable des différends

Article D2197-18

Les rapporteurs de chaque comité sont placés sous l'autorité de son président, qui en arrête la liste parmi les magistrats de l'ordre administratif ou parmi les fonctionnaires, en activité ou en retraite, avec l'accord des intéressés et, le cas échéant, des autorités dont ils relèvent. Le président attribue les affaires aux rapporteurs qu'il désigne. Il fixe le délai de présentation du rapport et du projet d'avis dans le respect du délai prescrit à l'article D. 2197-21 et le nombre de vacations attribuées au rapporteur pour le traitement de l'affaire. Le rapporteur instruit l'affaire et établit un rapport et un projet d'avis. Il a accès à tous documents administratifs utiles pour le règlement du différend et questionne oralement ou par écrit les représentants des parties. Il peut les convoquer. Dans le cas où le traitement de l'affaire l'exige, le président autorise le rapporteur à se déplacer.

Article D2197-19

Les membres des comités de règlement amiable des différends et le rapporteur désigné ne doivent pas avoir eu à connaître antérieurement de l'affaire qui leur est soumise.

Article D2197-20

Le comité siège à huis clos. Le rapporteur présente oralement son rapport. Le comité entend le titulaire du marché et le représentant de l'acheteur, qui peuvent être assistés par toute personne de leur choix ainsi que toute personne dont le président juge l'audition utile. Le comité ne délibère valablement que lorsque sont présents à sa séance au moins trois de

ses membres ayant voix délibérative, dont le président ou le vice-président et un représentant de chacune des catégories mentionnées, selon le cas, aux 3° et 4° de l'article R. 2197-6 ou aux 2° et 3° de l'article R. 2197-7. Les questions sont résolues à la majorité des voix. En cas de partage égal des voix, celle du président de la séance est prépondérante.

Le délibéré est secret.

Le rapporteur y participe avec voix consultative.

Le secrétaire du comité ou son suppléant assiste aux séances et en dresse le procès-verbal.

Paragraphe 8 - Notification des avis des comités consultatifs de règlement amiable des différends

Article D2197-21

Le comité notifie son avis, dans le délai de six mois à compter de sa saisine. Ce délai peut être, lorsque que des difficultés particulières d'instruction du dossier le justifient, prolongé par périodes d'un mois dans la limite d'une durée de trois mois.

L'avis est notifié à l'acheteur ainsi qu'au titulaire du marché. Il est transmis, pour information, au ministre chargé de l'économie et, dans le cas des marchés des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics, au préfet du département ou de la région du ressort de l'acheteur.

Article D2197-22

La décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité est notifiée au titulaire du marché et au secrétaire du comité consultatif de règlement amiable des différends. Elle est transmise, pour information, au ministre chargé de l'économie.

Décision prise par l'acheteur

CE, 11 novembre 2005, n°263429, Société AMEC SPIE

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions et stipulations que la mise en œuvre de la **décision prise par le maître de l'ouvrage** au vu de l'avis émis par le comité consultatif de règlement amiable des litiges, dans les conditions prévues à l'article 246 du code des marchés publics, n'est pas, sauf si elle le prévoit expressément, subordonnée à la passation d'un avenant ; que, lorsque le comité a été saisi d'un différend relatif au décompte général du marché, l'acceptation de cette décision par l'entrepreneur suffit à conférer un caractère définitif au décompte ».

Sous-section 3 - Le médiateur des entreprises

Article L2197-4

La saisine du médiateur des entreprises suspend le cours des différentes prescriptions dans les conditions prévues par l'article L. 213-6 du code de justice administrative ou, pour les marchés de droit privé, dans les conditions prévues par le code civil.

Article R2197-23

En cas de différend concernant l'exécution des marchés, les acheteurs et les titulaires peuvent recourir au médiateur des entreprises.

Le médiateur des entreprises agit comme tierce partie, sans pouvoir décisionnel, afin d'aider les parties, qui en ont exprimé la volonté, à trouver une solution mutuellement acceptable à leur différend.

Article R2197-24

La saisine du médiateur des entreprises **interrompt les délais de recours contentieux** pour les marchés qui sont des contrats administratifs.

Interruption du délai de recours contentieux

TA de Nantes, 6 novembre 2024, n° 2105701

« La société Askco soutient que, conformément aux dispositions de l'article L. 2197-4 du code de la commande publique, cité au point précédent, la saisine du médiateur des entreprises le 9 mars 2021 a eu pour effet de proroger ce délai à compter du 19 avril 2021, date à laquelle ce médiateur a notifié la fin de sa mission en raison du refus du CHU de Nantes de se soumettre à une médiation. Toutefois, en application des dispositions de l'article 20 de l'ordonnance du 26 novembre 2018, également cité au point précédent, les dispositions dont se prévaut la requérante ne sont pas applicables au marché litigieux. Les dispositions applicables sont donc celles de l'article L. 213-6 du code de justice administrative, **desquelles il résulte que l'interruption du délai de recours contentieux n'est applicable qu'à la condition que la médiation soit effective. Or, il ne résulte pas de l'instruction que le CHU de Nantes aurait donné son accord pour une médiation.** En effet, contrairement à ce que soutient la requérante, le courrier du 15 décembre 2020 par lequel le CHU de Nantes lui a adressé les coordonnées du médiateur des entreprises et du comité consultatif interrégional de règlement amiable des différends relatifs aux marchés publics ne saurait être regardé comme constituant un accord de médiation. »

CE, 17 mars 2017, n°403768, M.B...A

« Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article L. 462-2 du code de commerce : " L'Autorité est obligatoirement consultée par le Gouvernement sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet : (...) 2° D'établir des droits exclusifs dans certaines zones " ; que l'Ordre des avocats de Paris soutient que la règle selon laquelle la saisine du médiateur des entreprises interrompt le cours des délais contentieux est constitutive d'un droit exclusif au sens de ces dispositions ; que, toutefois, **il est loisible aux parties à un marché public de prévoir l'intervention, préalablement à la saisine du juge, en cas de différend, d'un organisme chargé d'une mission de conciliation et de médiation et qu'elles peuvent ainsi, si elles le souhaitent, donner un effet interruptif des délais de recours à la saisine du médiateur de leur choix** ; qu'au surplus, un tel effet était déjà attaché de plein droit, avant l'intervention du décret contesté, à la saisine d'un comité consultatif de règlement amiable des différends, organisme également placé auprès du ministre chargé de l'économie, les dispositions en cause se bornant à étendre cette règle au médiateur des entreprises ; qu'elles ne peuvent être regardées comme ayant pour objet ou pour effet d'instituer un " régime nouveau " établissant un droit exclusif au sens des dispositions précitées du code de commerce ; qu'elles n'avaient pas, par suite, à être soumises à l'avis de l'Autorité de la concurrence ».

Section 2 - Transaction

Article L2197-5

Les parties peuvent recourir à une transaction ainsi que le prévoit l'article 2044 du code civil.

Validité de la transaction

CAA Marseille, 18 mars 2024, n°22MA00453

« En troisième lieu, ainsi qu'il a été dit au point 1, **les parties ont renoncé à la médiation qui avait été initiée, l'article 3 de la transaction précisant au demeurant que " le présent accord ne s'inscrit pas dans le cadre de ladite médiation "**. La société VENAP ne peut par suite utilement soutenir que la recevabilité de la demande d'homologation doit s'apprécier au regard des dispositions de l'article L. 213-4 du code de justice administrative applicables " dans tous les cas où un processus de médiation a été engagé " à " l'accord issu de la médiation " ».

Recours à la transaction sans publicité ni mise en concurrence

CAA de Paris, 14 avril 2023, n°20PA01615

« En quatrième lieu, si l'avenant litigieux fait improprement référence, concernant l'estimation des

préjudices financiers subis, à l'introduction de " trois prix nouveaux ", pour autant celui-ci, uniquement destiné à prévenir un litige à naître, n'avait ni pour objet ni pour effet de modifier les prestations prévues par le marché initial. Il n'avait pas davantage pour finalité de compenser une absence de résiliation qui, si elle avait été envisagée, n'aurait en tout état de cause pu être prononcée que pour un motif d'intérêt général, ouvrant ainsi un droit à indemnisation de la société titulaire. **L'avenant n'avait donc pas, contrairement à ce que soutient le haut-commissaire de la République en Polynésie française, à être soumis à des mesures préalables de publicité et de mise en concurrence et n'était dès lors pas entaché d'un détournement de pouvoir ».**

Section 3 - Arbitrage

Sous-section 1 - Recours à l'arbitrage par les acheteurs de droit public

Article L2197-6

Par dérogation aux dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du code civil, le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant les personnes publiques à leurs cocontractants dans l'exécution des marchés publics est possible pour les litiges relatifs à l'exécution financière des marchés publics de travaux et de fournitures de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux ainsi que dans les autres cas où la loi le permet.

Article R2197-25

Pour l'Etat, le recours à l'arbitrage dans les cas mentionnés à l'article L. 2197-6 est autorisé par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie.

Sous-section 2 - Recours à l'arbitrage par les acheteurs de droit privé

Article L2197-7

Le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant des personnes privées dans l'exécution des marchés est possible dans les conditions définies par le livre IV du code de procédure civile.

Livre II - DISPOSITIONS PROPRES AUX MARCHÉS DE PARTENARIAT

Article L2200-1

Sous réserve des dispositions du livre V de la présente partie relative aux autres marchés publics, les marchés de partenariat définis à l'article L. 1112-1 sont régis par les dispositions du livre Ier, à l'exception des dispositions de la sous-section 4 de la section unique du chapitre Ier du titre VII relatives aux caractéristiques des marchés globaux, des dispositions de la section 2 du chapitre III du titre Ier relatives à l'allotissement, des dispositions des sections 1 à 3 du chapitre Ier du titre IX relatives aux avances, aux acomptes et au régime des paiements ainsi qu'aux dispositions du chapitre III du titre IX relatives à la sous-traitance.

Titre Ier - PRÉPARATION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT

Chapitre Ier - Conditions de recours au marché de partenariat

Section 1 - Acheteurs autorisés

Article L2211-1

Tout acheteur est autorisé à conclure un marché de partenariat, à l'exception des acheteurs mentionnés au second alinéa.

Au sens du présent livre, les acheteurs non autorisés sont les organismes, autres que l'Etat, relevant de la catégorie des administrations publiques centrales dont la liste est établie par l'arrêté mentionné au I de l'article 12 de la loi du 28 décembre 2010 de programmation des finances publiques pour les années 2011 à 2014, ainsi que les établissements publics de santé et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique.

Article 12 de la loi du 28 décembre 2010

« Nonobstant toute disposition contraire des textes qui leur sont applicables, ne peuvent contracter auprès d'un établissement de crédit ou d'une société de financement un emprunt dont le terme est supérieur à douze mois, ni émettre un titre de créance dont le terme excède cette durée les organismes français relevant de la catégorie des administrations publiques centrales, au sens du règlement relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux en vigueur, autres que l'Etat, la Caisse d'amortissement de la dette sociale, la Caisse de la dette publique, le fonds de garantie des dépôts et de résolution et la Société de prises de participation de l'Etat. Un arrêté du ministre chargé du budget établit la liste des organismes auxquels s'applique cette interdiction.

Pour tout organisme nouvellement entrant dans la liste mentionnée au premier alinéa, l'interdiction s'applique un an après la publication de l'arrêté modifiant ladite liste ».

Arrêté du 6 septembre 2012 modifiant l'arrêté du 28 septembre 2011 fixant la liste des organismes divers d'administration centrale ayant interdiction de contracter auprès d'un établissement de crédit un emprunt dont le terme est supérieur à douze mois ou d'émettre un titre de créance dont le terme excède cette durée

Article L2211-2

Un marché de partenariat peut être conclu pour la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'une autre personne morale de droit public ou privé en vue de l'exercice de ses missions. Dans ce cas, une convention est signée entre l'acheteur qui conclut le marché de partenariat et l'organisme pour les besoins duquel le marché de partenariat est conclu.

Article L2211-3

L'Etat peut conclure un marché de partenariat pour le compte d'un acheteur non autorisé, sous réserve que :

- 1° Le ministère de tutelle ait procédé à l'instruction du projet ;
- 2° L'opération soit soutenable au regard de ses conséquences sur les finances publiques et sur la

situation financière de la personne publique.

Article L2211-4

Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs acheteurs, ces derniers peuvent désigner par convention celui d'entre eux qui réalisera l'évaluation préalable, conduira la procédure de passation et, éventuellement, signera le contrat et en suivra l'exécution.

Le cas échéant, cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme.

Section 2 - Seuils

Article L2211-5

Les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si la valeur de ce marché est supérieure aux seuils fixés par voie réglementaire en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru.

Article R2211-1

Les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si sa valeur est supérieure à un seuil fixé à :

1° 2 millions d'euros hors taxes lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des biens immatériels, des systèmes d'information ou des équipements autres que des ouvrages ainsi que lorsque le contrat comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique et prévoit que la rémunération du titulaire tient compte de l'atteinte de ces objectifs ;

2° 5 millions d'euros hors taxes lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur :
a) Des ouvrages d'infrastructure de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie, des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement ;

b) Des ouvrages de bâtiment lorsque la mission confiée au titulaire ne comprend aucun des éléments mentionnés aux 2° et 3° de L. 1112-1 ;

3° 10 millions d'euros hors taxes lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des prestations ou des ouvrages autres que ceux mentionnés aux 1° et 2° du présent article.

Article R2211-2

La valeur du marché de partenariat prise en compte pour l'application du seuil mentionné à l'article R. 2211-1 est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence à la publication. Cette valeur comprend :

1° La rémunération du titulaire versée par l'acheteur ;

2° Le cas échéant, les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine ;

3° Le cas échéant, les éventuels concours publics.

Section 3 - Bilan plus favorable

Article L2211-6

La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage.

Les modalités d'établissement de ce bilan sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

CAA Marseille, 30 sept. 2019, n° 19MA01715, Ville de Marseille

« En l'état de l'instruction, aucun des moyens invoqués par la ville de Marseille ne paraît, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier l'annulation ou la réformation du jugement attaqué [TA Marseille, 3e chambre, 12 Février 2019 - n° 1709848] ».

TA Marseille, 3e chambre, 12 Février 2019 - n° 1709848

« **La délibération par laquelle l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale se prononce sur le choix d'une catégorie contractuelle, tel le marché de partenariat, n'est ni un acte préparatoire ni un acte détachable du contrat mais un acte autonome susceptible de faire l'objet d'un recours** pour excès de pouvoir dès lors qu'il appartient à la personne publique de démontrer à ce stade que les conditions de recours au marché de partenariat sont réunies et que le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable que celui des autres montages contractuels possibles. Le conseil national et le conseil régional de l'ordre des architectes justifient d'un intérêt à demander l'annulation de la délibération attaquée, dès lors que la passation du contrat de partenariat auquel la ville décide de recourir par cette délibération, d'un coût global de 670 842 986 euros, est de nature à affecter les droits conférés aux architectes qu'ils défendent lorsque leur intervention est requise en application de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977.

Au terme de l'analyse comparative des coûts portant sur les deux montages - en maîtrise d'ouvrage publique et en marché de partenariat - et avant prise en compte des risques, l'évaluation préalable fait apparaître que **le marché de partenariat présente un coût global plus élevé, de l'ordre de 8,9 %, que celui de la maîtrise d'ouvrage publique. Si selon l'évaluation préalable, le coût du marché de partenariat, après valorisation des risques et après prise en compte supplémentaire de la valorisation des bénéfices socio-économiques du projet, devient inférieur de 8,6 % par rapport à la maîtrise d'ouvrage publique dont le coût global, après valorisation des risques, augmente de 18,3 %, la ville de Marseille n'apporte pas de justifications suffisantes quant aux paramètres qu'elle a retenus dans l'identification de ces risques, qui doivent être propres au projet en cause et qui ne peuvent être la simple reprise des documents publiés par Fin Infra (service de la direction générale du Trésor à compétence nationale chargé en particulier de l'évaluation des marchés de partenariat et plus largement des différents modes de réalisation) dans le guide d'utilisation du modèle financier d'évaluation préalable.** La ville de Marseille ne démontre pas ainsi que le recours à un marché de partenariat pour mener à bien son projet « écoles » présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Dans ces conditions, la délibération du conseil municipal approuvant le choix de recourir à un accord-cadre de partenariat permettant de conclure six marchés subséquents est annulée ».

Article R2211-3

Pour établir le bilan prévu à l'article L. 2211-6, l'acheteur tient compte de ses capacités à conduire le projet, des caractéristiques, du coût et de la complexité de celui-ci, des objectifs poursuivis ainsi que, le cas échéant, des exigences du service public ou de la mission d'intérêt général dont il est chargé.

Article R2211-4

Pour démontrer que le bilan mentionné à l'article R. 2211-3 est plus favorable que celui des autres modes de réalisation de ce projet envisageables, l'acheteur procède à une appréciation globale des avantages et des inconvénients du recours à un marché de partenariat, compte tenu notamment :

- 1° De l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage du projet au titulaire de ce marché ;
- 2° Du périmètre des missions susceptibles d'être confiées au titulaire ;
- 3° Des modalités de partage de risques entre l'acheteur et le titulaire ;
- 4° Du coût global du projet compte tenu notamment de la structure de financement envisagée.

Section 1 - Evaluation du mode de réalisation du projet**Article L2212-1**

Avant de décider de recourir à un marché de partenariat, l'acheteur procède à une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte une analyse en coût complet ainsi que tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation du projet.

Article R2212-1

L'instruction du projet inclut l'évaluation du mode de réalisation du projet et l'étude de soutenabilité budgétaire.

Article L2212-2

L'évaluation du mode de réalisation du projet est soumise pour avis à un organisme expert créé par voie réglementaire.

Article R2212-2

L'évaluation du mode de réalisation du projet et l'étude de soutenabilité budgétaire sont actualisées à tout moment de la procédure de passation en cas de circonstances nouvelles susceptibles de modifier substantiellement son économie générale.

Article R2212-3

Lorsque le marché de partenariat est passé sous la forme d'un accord-cadre, l'évaluation du mode de réalisation du projet et l'étude de soutenabilité budgétaire sont réalisées avant le lancement de la procédure de passation de l'accord-cadre.

Section 2 - Etude de soutenabilité budgétaire**Article L2212-3**

Avant de décider de recourir à un marché de partenariat, l'acheteur réalise une étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits.

Article L2212-4

L'étude de soutenabilité budgétaire est soumise pour avis au service de l'Etat compétent.

Article R2212-4

L'évaluation du mode de réalisation du projet mentionnée à l'article L. 2212-1 comporte :

- 1° Une présentation générale ;
- 2° Une analyse comparative en valeur actualisée des différentes options de montages contractuels et institutionnels de la commande publique envisageables pour mettre en œuvre le projet ;
- 3° Une présentation des principaux risques du projet comprenant les risques financiers et la répartition des risques entre l'acheteur et le titulaire et, le cas échéant, une valorisation financière de ces risques ;
- 4° Une analyse de la compatibilité du projet avec les orientations de la politique immobilière de l'acheteur lorsque le marché de partenariat emporte occupation du domaine public ou privé.

Article R2212-5

La présentation générale mentionnée à l'article R. 2212-4 comporte notamment :

1° L'objet du projet, son historique, son contexte, ses enjeux et les caractéristiques de son équilibre économique ;
2° Les compétences de l'acheteur, son statut et ses capacités financières.

Article R2212-6

L'analyse comparative en valeur actualisée des différentes options de montages contractuels et institutionnels de la commande publique envisageables mentionnée à l'article R. 2212-4 comprend :

1° Une description d'ensemble, incluant notamment le périmètre, les procédures et le calendrier pour chacune des phases de réalisation du projet, ainsi que la durée totale du contrat ;

2° Une estimation en coût complet des différentes options comprenant notamment les coûts de programmation, de conception, de réalisation, de financement et de fonctionnement pour l'acheteur et pour le titulaire avec leur évolution dans le temps jusqu'à la fin de vie ainsi que, le cas échéant, des recettes résultant du projet et le traitement comptable et fiscal retenu.

Article R2212-7

L'organisme expert, placé auprès du ministre chargé de l'économie, rend un avis sur l'évaluation du mode de réalisation du projet dans un délai de six semaines suivant sa saisine. A défaut, son avis est réputé favorable.

Article R2212-8

Les modalités d'organisation et de fonctionnement de l'organisme expert mentionné à l'article R. 2212-7 sont précisées par le décret n° 2016-522 du 27 avril 2016 relatif à la mission d'appui au financement des infrastructures.

Section 3 - Etude de soutenabilité budgétaire

Article R2212-9

L'étude de soutenabilité budgétaire prend en compte tous les aspects financiers du projet de marché de partenariat.

Celle-ci inclut notamment :

1° Le coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle ;

2° L'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur et son effet sur sa situation financière ;

3° L'impact du contrat sur l'évolution des dépenses obligatoires de l'acheteur, ses conséquences sur son endettement et ses engagements hors bilan ;

4° Une analyse des coûts résultant d'une rupture anticipée du contrat.

Article R2212-10

Le ministre chargé du budget, auquel l'évaluation du mode de réalisation du projet est communiquée, émet un avis motivé sur l'étude de soutenabilité budgétaire.

Il se prononce dans un délai de six semaines suivant sa saisine.

A défaut, son avis est réputé favorable.

Section 4 - Instruction des projets pour le compte des acheteurs non autorisés

Article R2212-11

Les projets de marchés de partenariat conclus pour le compte des acheteurs non autorisés sont instruits par le ministre de tutelle.

Article R2212-12

Au sens du présent livre, le ministre de tutelle est :

1° Le ou les ministres exerçant la tutelle en application des textes législatifs ou réglementaires en vigueur ;

2° Pour les groupements d'intérêt public, le ou les ministres ayant approuvé la convention constitutive ;

3° Pour les associations et les fondations, le ou les ministres représentés au sein de leurs organes décisionnels ;

4° Pour les établissements publics de santé et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique, le ministre chargé de la santé.

Pour les autorités administratives indépendantes, les autorités publiques indépendantes et les organismes non mentionnés aux 1° à 4°, est assimilé au ministre de tutelle au sens du présent livre, le ou les ministres compétents dans les domaines dans lesquels ces autorités et organismes exercent leurs missions.

Article R2212-13

Pour procéder à l'instruction du projet, le ou les ministres de tutelle peuvent faire appel aux services d'un autre ministre, à un groupement d'intérêt public ou à un établissement public, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires déterminant les compétences ou les attributions de ceux-ci.

Les acheteurs peuvent être consultés pour les besoins de cette instruction.

Chapitre III - Contenu du marché de partenariat

Article L2213-1

Le marché de partenariat comprend les missions principales obligatoires mentionnées au premier alinéa de L. 1112-1 et, le cas échéant, tout ou partie des missions complémentaires mentionnées du 1° au 3° du même article.

Il fixe également les conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre l'acheteur et le titulaire.

Section 1 - Durée du marché de partenariat

Article L2213-2

La durée du marché de partenariat est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues.

Section 2 - Conditions d'exécution du marché de partenariat

Article L2213-3

Lorsque l'acheteur confie tout ou partie de la conception des ouvrages au titulaire, les conditions d'exécution du marché doivent comprendre l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation.

Lorsque l'acheteur ne confie au titulaire qu'une partie de la conception de l'ouvrage, il peut lui-même, par dérogation à l'obligation prévue à l'article L. 2431-3, faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'il assume.

Article R2213-5

La part minimale que le titulaire s'engage à confier, directement ou indirectement, à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans mentionnés à l'article R. 2151-13 est fixée à 20 % du montant prévisionnel du marché de partenariat hors coût de financement, sauf lorsque la structure économique du secteur concerné ne le permet pas.

Le taux mentionné au premier alinéa peut être modifié par décret.

Section 3 - Financement du projet et rémunération du titulaire

Sous-section 1 - Financement des investissements
Paragraphe 1 - Dispositions générales

Article L2213-4

Une personne publique peut concourir au financement des investissements.

Article L2213-5

Les marchés de partenariat peuvent donner lieu à des subventions et autres participations financières. Les modalités et l'échéancier de versement de ces subventions et autres participations financières peuvent être adaptés à la durée du contrat.

Paragraphe 2 - Dispositions applicables à la constitution d'une société dédiée à la réalisation du projet

Article L2213-6

Le concours de l'Etat, des collectivités territoriales ou d'autres organismes publics au financement des investissements peut prendre la forme d'une participation minoritaire au capital du titulaire lorsque celui-ci est constitué en société dédiée à la réalisation du projet. Dans ce cas, les statuts de cette société de projet précisent la répartition des risques entre les actionnaires ainsi que les mesures prises afin de prévenir les conflits d'intérêt.

Article L2213-7

Le marché de partenariat fixe les conditions dans lesquelles l'actionnariat du titulaire, lorsque celui-ci est constitué en société dédiée à la réalisation du projet, peut être modifié. Il prévoit notamment les modalités d'information de l'acheteur et, le cas échéant, les modalités de partage de la plus-value de cession des titres.

Sous-section 2 - Rémunération du titulaire

Article L2213-8

La rémunération du titulaire fait l'objet d'un paiement par l'acheteur à compter de l'achèvement des missions principales obligatoires mentionnées au premier alinéa de l'article L. 1112-1 et pendant toute la durée du contrat.
 Cette rémunération est liée à des objectifs de performance assignés au titulaire pour chaque phase du contrat.

Article L2213-9

Le contrat détermine les conditions dans lesquelles les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine par le titulaire viennent diminuer le montant de la rémunération versée par l'acheteur.

Article R2213-1

Pour le calcul de la rémunération du titulaire, le marché de partenariat précise les conditions dans lesquelles sont pris en compte et identifiés :

- 1° Les coûts d'investissement, notamment les coûts d'étude et de conception, les coûts de construction, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires ;
- 2° Les coûts de fonctionnement, notamment les coûts d'entretien, de maintenance et de renouvellement des ouvrages et des équipements ;
- 3° Les coûts de financement ;
- 4° Le cas échéant, les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine.

Article R2213-2

Le marché de partenariat prévoit les motifs et les modalités de variation de la rémunération ainsi que les modalités de paiement du titulaire pendant toute sa durée.

Article R2213-3

Le marché de partenariat peut prévoir les conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par l'acheteur au titulaire et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation.

Article R2213-4

Le marché de partenariat prévoit les modalités d'ajustement de la rémunération du titulaire en cas de modification des conditions de financement non prévue dans le plan de financement initialement retenu dans le contrat.

Section 4 - Dispositions relatives à l'occupation domaniale par le titulaire du marché de partenariat

Sous-section 1 - Autorisation d'occupation du domaine public

Article L2213-10

Lorsque le marché de partenariat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.

Sous-section 2 - Mise à disposition de l'acheteur des ouvrages, équipements ou biens immatériels

Article L2213-11

Le marché de partenariat fixe les conditions dans lesquelles les ouvrages, équipements ou biens immatériels sont mis à la disposition de l'acheteur. Il garantit notamment le respect de l'affectation des ouvrages, équipements ou biens immatériels au service public dont l'acheteur est chargé et le respect des exigences du service public.

Sous-section 3 - Acquisition des installations édifiées dans le cadre du contrat

Article L2213-12

Le marché de partenariat peut prévoir la possibilité pour l'acheteur d'exercer une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les installations édifiées dans le cadre du contrat.

Sous-section 4 - Propriété des ouvrages, équipements ou biens immatériels en fin de contrat

Article L2213-13

Le marché de partenariat prévoit les conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat en ce qui concerne la propriété des ouvrages, équipements ou biens immatériels.

Section 5 - Part d'exécution du contrat réservée aux PME

Article L2213-14

Le marché de partenariat prévoit la part minimale de l'exécution du contrat que le titulaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans. Cette part minimale est établie dans

des conditions fixées par voie réglementaire.

Titre II - PASSATION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT

Chapitre Ier - Autorisations préalables à l'engagement de la procédure

Section 1 - Dispositions applicables à l'Etat, ses établissements publics et aux acheteurs non autorisés

Article L2221-1

Pour les marchés de partenariat conclus par l'Etat et ceux de ses établissements publics, le lancement de la procédure de passation du marché de partenariat par l'acheteur est soumis à l'autorisation des autorités administratives compétentes dans des conditions fixées par voie réglementaire. Ces dispositions sont applicables aux marchés de partenariat conclus par l'Etat pour le compte des acheteurs non autorisés à conclure leurs propres marchés de partenariat.

Article R2221-1

Pour les projets de l'Etat, les ministres chargés du budget et de l'économie autorisent le lancement de la procédure de passation du marché de partenariat. Leur accord est réputé acquis à défaut de réponse expresse dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de l'évaluation du mode de réalisation du projet et de l'étude de soutenabilité budgétaire ainsi que des avis mentionnés aux articles R. 2212-7 et R. 2212-10, ou, lorsqu'ils sont tacites, à compter de la date à laquelle ceux-ci sont réputés acquis.

Article R2221-2

Pour les projets des établissements publics de l'Etat, l'évaluation et l'étude préalables et les avis mentionnés aux articles R. 2212-7 et R. 2212-10 sont présentés à l'organe délibérant, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat.

Article R2221-3

Pour les projets des acheteurs non autorisés, l'autorisation préalable au lancement de la procédure de passation est donnée par les ministres chargés du budget et de l'économie.

Section 2 - Dispositions applicables aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux

Article L2221-2

Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, l'évaluation du mode de réalisation du projet, l'étude de soutenabilité budgétaire et les avis sur celles-ci sont présentés à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat.

Section 3 - Dispositions applicables aux autres acheteurs

Article L2221-3

Pour les autres acheteurs, l'évaluation du mode de réalisation du projet, l'étude de soutenabilité budgétaire et les avis sur celles-ci sont présentés à l'organe décisionnel, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat.

Chapitre II - Présentation des documents de la consultation, des offres et critères d'attribution

Section 1 - Caractère ajustable des modalités de financement

Article L2222-1

L'acheteur peut prévoir que les modalités de financement indiquées dans l'offre finale présentent un caractère ajustable. Ces ajustements ne peuvent avoir pour effet de remettre en cause les conditions de mise en concurrence en exonérant l'acheteur de l'obligation de respecter le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ni de permettre au titulaire pressenti de bouleverser l'économie de son offre. L'ajustement de l'offre ne porte que sur la composante financière du coût global du contrat et est seulement fondé sur la variation des modalités de financement à l'exclusion de tout autre élément.

Article R2222-1

Lorsque l'acheteur prévoit que les modalités de financement du projet peuvent présenter un caractère ajustable, il le mentionne dans les documents de la consultation.

Article L2222-2

Le soumissionnaire auquel il est envisagé d'attribuer le marché de partenariat présente le financement définitif dans un délai fixé par l'acheteur. A défaut, le marché de partenariat ne peut lui être attribué et le soumissionnaire dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne peut être sollicité pour présenter le financement définitif de son offre dans le même délai.

Section 2 - Contenu de l'offre du soumissionnaire en cas de conception d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels

Article L2222-3

Lorsque le marché de partenariat confie au titulaire tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels, les offres comportent, pour les bâtiments, un projet architectural.

Article R2222-2

Lorsque l'acheteur décide de mettre en œuvre les dispositions de l'article L. 2213-6, l'avis d'appel à la concurrence, ou à défaut, les documents de la consultation mentionnent que le concours de l'Etat, des collectivités territoriales ou d'autres personnes publiques au financement des investissements prend la forme d'une participation minoritaire au capital du titulaire et précise les principales caractéristiques de la société de projet à constituer.

Article R2222-3

Lorsque l'acheteur décide de mettre en œuvre les dispositions de l'article L. 2213-6, les offres sont accompagnées du projet de statut de cette société.

Section 3 - Critères d'attribution

Article L2222-4

L'acheteur tient compte, parmi les critères d'attribution du contrat, de la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans.

Article L2222-5

Lorsque le marché de partenariat confie au titulaire tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels, l'acheteur tient compte, parmi les critères d'attribution du marché, de la qualité globale des ouvrages, équipements ou biens immatériels.

Chapitre III - Achèvement de la procédure

Section 1 - Accord préalable à la signature

Sous-section 1 - Dispositions applicables à l'Etat, ses établissements publics et aux acheteurs

non autorisés**Article L2223-1**

Les autorités administratives compétentes autorisent la signature des marchés de partenariat de l'Etat et de ses établissements publics, dans des conditions fixées par voie réglementaire. Ces dispositions sont applicables aux marchés de partenariat conclus par l'Etat pour le compte des acheteurs non autorisés.

Article R2223-1

Un marché de partenariat ne peut être signé par l'Etat qu'après accord des ministres chargés du budget et de l'économie. Leur accord est réputé acquis à défaut de réponse expresse dans un délai d'un mois à compter de la réception du projet de marché de partenariat.

Article R2223-2

Un marché de partenariat ne peut être signé pour un établissement public de l'Etat qu'après accord des ministres chargés du budget, de l'économie et du ministre de tutelle. L'accord de chacun des ministres est réputé acquis à défaut de réponse dans un délai d'un mois à compter de la réception du projet de marché de partenariat.

Article R2223-3

Lorsque la procédure de passation d'un marché de partenariat a été lancée pour le compte d'un acheteur non autorisé, ce marché ne peut être signé qu'après accord exprès des ministres chargés du budget et de l'économie.

Sous-section 2 - Dispositions applicables aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux**Article L2223-2**

L'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou l'organe délibérant de l'établissement public local autorise la signature du marché de partenariat par l'organe exécutif.

Article R2223-4

Préalablement à l'autorisation de signature du marché de partenariat, la collectivité territoriale ou l'établissement public local concerné peut solliciter l'avis de l'organisme expert mentionné à l'article R. 2212-7 sur le projet de marché de partenariat.

Lorsqu'il est saisi, l'organisme expert émet un avis dans un délai de six semaines. A défaut, l'avis est réputé rendu.

Dans le cadre de cette saisine, l'organisme expert peut solliciter l'avis des services du ministre chargé du budget sur la soutenabilité budgétaire du marché de partenariat.

Sous-section 3 - Dispositions applicables aux autres acheteurs**Article L2223-3**

L'organe décisionnel des autres acheteurs autorise la signature du marché de partenariat.

Section 2 - Transmission à l'organisme expert**Article L2223-4**

Une fois signés, les marchés de partenariat et leurs annexes sont communiqués à l'organisme expert mentionné à l'article L. 2212-2.

Les informations et documents communiqués ne sont utilisés qu'à des fins de recensement et d'analyse économique.

Article R2223-5

Le ou les ministres de tutelle signent les marchés de partenariat pour le compte des acheteurs non autorisés.

A compter de la signature du marché de partenariat, ces acheteurs assument la totalité des droits et obligations qui y sont attachés.

Titre III - EXECUTION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT**Chapitre Ier - Acquisition des biens et cession de contrats****Article L2231-1**

Sur décision de l'acheteur, le titulaire du marché de partenariat peut être chargé d'acquiescer les biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par voie d'expropriation. Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par l'acheteur pouvant concourir à l'exécution de sa mission.

Chapitre II - Exécution financière**Section 1 - Règles applicables au titulaire du marché de partenariat****Sous-section 1 - Avances et acomptes****Article L2232-1**

Par dérogation aux dispositions de l'article L. 2213-8, les marchés de partenariat peuvent donner lieu à des versements à titre d'avances et d'acomptes.

Article R2232-1

En application de l'article L. 2232-7, le délai de paiement applicable aux prestations exécutées par des petites et moyennes entreprises ou des artisans au sens de l'article R. 2151-13 est celui qui s'impose à l'acheteur en application de la section 2 du chapitre II du titre IX du livre Ier de la présente partie.

Sous-section 2 - Cessions de créance, crédits-bails et hypothèques**Article L2232-2**

La rémunération due par l'acheteur peut être cédée conformément aux dispositions des articles L. 313-29-1 et suivants du code monétaire et financier.

Article L2232-3

Le financement des investissements peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

Article L2232-4

Les ouvrages sur lesquels le titulaire dispose de droits réels ou dont il est propriétaire ne peuvent être hypothéqués qu'en vue de garantir des emprunts contractés pour financer la réalisation des obligations qu'il tient du marché de partenariat.

Le contrat constituant l'hypothèque doit, à peine de nullité, être approuvé par l'acheteur et, le cas échéant, par la personne propriétaire du domaine.

Seuls les créanciers hypothécaires peuvent exercer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution sur les droits immobiliers résultant du contrat.

Sous-section 3 - Encaissement des paiements des usagers

Article L2232-5

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

Section 2 - Règles applicables aux relations entre le titulaire et ses fournisseurs

Article L2232-6

Le titulaire constitue, à la demande de tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat, un cautionnement auprès d'un organisme financier afin de garantir au prestataire qui en fait la demande le paiement des sommes dues.

Article L2232-7

Par dérogation aux dispositions de l'article L. 441-6 du code de commerce, les prestations mentionnées à l'article L. 2213-14 sont payées par le titulaire du marché de partenariat, dans des délais fixés par voie réglementaire.

Chapitre III - Valorisation domaniale par le titulaire du marché de partenariat

Article L2233-1

Afin de valoriser une partie du domaine, l'acheteur peut, après avoir procédé, s'il y a lieu, à une délimitation des biens appartenant au domaine public, autoriser le titulaire :

- 1° A consentir des autorisations d'occupation du domaine public ;
- 2° A consentir des baux de droit privé pour des biens appartenant au domaine privé et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée ;
- 3° A procéder à des cessions pour des biens qui lui ont été préalablement cédés.

L'accord de l'acheteur doit être expressément formulé pour chacune des autorisations ou des baux mentionnés aux 1° et 2° du présent article.

Article L2233-2

Lorsque le marché de partenariat est conclu par l'acheteur pour la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'une autre personne morale de droit public ou privé pour l'exercice de ses missions ou lorsque l'opération est réalisée sur le domaine d'une autre personne morale de droit public ou privé, le titulaire peut être autorisé à valoriser une partie du domaine, après accord du propriétaire du domaine.

Article L2233-3

Lorsque les baux sont consentis par le titulaire pour une durée excédant celle du marché de partenariat, les conditions de reprise du bail par l'acheteur doivent faire l'objet d'une convention entre l'acheteur, le titulaire, le preneur et, le cas échéant, le propriétaire du domaine.

Chapitre IV - Suivi et contrôle de l'exécution du marché de partenariat

Section 1 - Rapport annuel du titulaire

Article L2234-1

Le titulaire du marché de partenariat établit un rapport annuel permettant d'en suivre l'exécution. Ce rapport est adressé, chaque année, à l'acheteur dans les quarante-cinq jours suivant la date anniversaire de la signature du contrat.

Article R2234-1

Le rapport annuel mentionné à l'article L. 2234-1 est établi par le titulaire et doit permettre la comparaison entre l'année qu'il retrace et les précédentes. Il comprend notamment :

- 1° Des données économiques et comptables ;
- 2° Le suivi de plusieurs indicateurs.

Article R2234-2

Les données économiques et comptables mentionnées à l'article R. 2234-1 comprennent :

- 1° Le compte annuel de résultat de l'exploitation de l'opération objet du marché de partenariat, rappelant les données présentées l'année précédente au même titre et présentant les données utilisées pour les révisions et indexations contractuelles et les justifications des prestations extérieures facturées à l'exploitation ;
- 2° Une présentation des méthodes et des éléments de calcul économique retenus pour la détermination des produits et charges imputés au compte de résultat de l'exploitation avec, le cas échéant, la mention des changements, exceptionnels et motivés, intervenus au cours de l'exercice dans ces méthodes et éléments de calcul ;
- 3° Un état des variations du patrimoine immobilier intervenues dans le cadre du marché et le tableau d'amortissement de ce patrimoine ;
- 4° Un compte rendu de la situation des autres biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation de l'ouvrage, de l'équipement ou du bien immatériel objet du marché, mise en comparaison le cas échéant avec les tableaux relatifs à l'amortissement et au renouvellement de ces biens et immobilisations ;
- 5° Un état des autres dépenses de renouvellement réalisées dans l'année ;
- 6° Les engagements à incidences financières liés au marché et nécessaires à la continuité du service public ;
- 7° Les ratios annuels de rentabilité économique et de rentabilité interne du projet ainsi que la répartition entre le coût des fonds propres et le coût de la dette afférents au financement des biens et activités objets du marché.

Article R2234-3

Les indicateurs mentionnés à l'article R. 2234-1 comprennent les indicateurs correspondant :

- 1° Aux objectifs de performance prévus à l'article L. 2213-8 ;
- 2° A la part d'exécution du marché confiée à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans en application de l'article L. 2213-14 ;
- 3° Au suivi des recettes annexes perçues par le titulaire en application de l'article L. 2213-9 ;
- 4° Aux pénalités demandées et à celles acquittées par le titulaire.

Article R2234-4

Les pièces justificatives des données mentionnées à la présente section sont transmises à l'acheteur à sa demande.

Section 2 - Contrôle de l'exécution du marché de partenariat par l'acheteur

Article L2234-2

L'acheteur exerce un contrôle sur l'exécution du marché de partenariat. Ce contrôle intervient, au minimum, en cours et à la fin de chacune des phases d'exécution des missions prévues par le contrat et donne lieu à un compte rendu.

Article R2234-5

En phase de construction, le contrôle mentionné à l'article L. 2234-2 porte notamment sur la qualité des ouvrages construits et leur conformité au programme fonctionnel prévu dans le contrat, sur les coûts et délais définitifs de l'ouvrage construit et du plan de financement

retenu.

Article R2234-6

En phase d'exploitation des ouvrages ou du service public, le contrôle mentionné à l'article L. 2234-2 porte notamment sur la qualité, le respect des objectifs de performance et le niveau de coût des prestations de service offertes par le titulaire.

Article R2234-7

En fin de contrat, le contrôle mentionné à l'article L. 2234-2 porte notamment sur les coûts définitifs du projet en construction et en exploitation, la qualité de l'exécution des prestations de service prévues dans le contrat, le respect des objectifs de performance ainsi que l'évaluation de l'état de l'ouvrage en fin de contrat et de sa valeur patrimoniale.

Article R2234-8

L'acheteur peut demander au titulaire tout document utile au contrôle de l'exécution du marché de partenariat dans le respect de l'article L. 2132-1.

Article L2234-3

Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, le rapport annuel établi par le titulaire mentionné à l'article L. 2234-1 et les comptes rendus des contrôles menés par l'acheteur mentionnés à l'article L. 2234-2 sont transmis à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant et font l'objet d'un débat.

Chapitre V - Indemnisation en cas d'annulation ou de résiliation du marché de partenariat

Article L2235-1

En cas d'annulation ou de résiliation du contrat par le juge, faisant suite au recours d'un tiers, le titulaire du marché de partenariat peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'acheteur.

Article L2235-2

Parmi les dépenses mentionnées à l'article L. 2235-1 figurent, s'il y a lieu, les frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat, y compris, le cas échéant, les coûts pour le titulaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat.
La prise en compte des frais liés au financement est subordonnée à la mention, dans les annexes au marché de partenariat, des principales caractéristiques des financements à mettre en place pour les besoins de l'exécution du marché.

Article L2235-3

Lorsque une clause du marché de partenariat fixe les modalités d'indemnisation du titulaire en cas d'annulation ou de résiliation du contrat par le juge, elle est réputée divisible des autres stipulations du contrat.

Chapitre VI - Recours à l'arbitrage

Article L2236-1

Les parties peuvent recourir à l'arbitrage pour le règlement des litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat, avec application de la loi française.

Article R2236-1

Pour l'Etat, le recours à l'arbitrage mentionné à l'article L. 2236-1 est autorisé par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie.

Livre III - DISPOSITIONS APPLICABLES AUX MARCHÉS DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ

Article L2300-1

Sous réserve des dispositions de l'article L. 2500-1, les marchés de défense ou de sécurité définis à l'article L. 1113-1 sont régis par les dispositions du présent livre.

Article R2300-1

Un arrêté du Premier ministre fixe les conditions dans lesquelles est assurée la protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'Etat dans les marchés publics et autres contrats.

Des dispositions particulières peuvent être prises par voie réglementaire pour la passation et l'exécution des marchés publics passés par les services placés sous l'autorité du ministre de la défense dans les situations définies aux articles L. 1111-2 et L. 2141-1 à L. 2141-4 du code de la défense.

Titre Ier - PRÉPARATION DU MARCHÉ

Chapitre Ier - Définition du besoin

Section 1 - Aide à la définition du besoin

Article L2311-1

Les dispositions du chapitre Ier du titre Ier du livre Ier s'appliquent.

Article R2311-1

Les dispositions des articles R. 2111-1 et R. 2111-2 s'appliquent.

Section 2 - Formalisation du besoin par des spécifications techniques

Sous-section 1 - Contenu des spécifications techniques

Article R2311-2

Les dispositions des articles R. 2111-4 et R. 2111-5 s'appliquent.

Article R2311-3

Chaque fois que cela est possible, les spécifications techniques sont établies de manière à prendre en compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou des critères de fonctionnalité pour tous les utilisateurs.

Sous-section 2 - Formulation des spécifications techniques

Article R2311-4

Les dispositions des articles R. 2111-7 et R. 2111-8 s'appliquent.

Article R2311-5

Les spécifications techniques sont choisies par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats.

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

- 1° Les normes civiles nationales transposant des normes européennes ;
- 2° Les agréments techniques européens ;
- 3° Les spécifications techniques civiles communes ;
- 4° Les normes civiles nationales transposant des normes internationales ;
- 5° Les autres normes civiles internationales ;
- 6° Les autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de

normalisation, ou, en leur absence, les normes civiles nationales, les agréments techniques nationaux ou les spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et d'utilisation des fournitures ;

7° Les spécifications techniques civiles définies par les entreprises et largement reconnues par elles ;

8° Les « normes défense » nationales et spécifications relatives aux équipements militaires qui sont similaires à ces normes.

Les règles européennes relatives à la nature et au contenu des spécifications techniques sont publiées au Journal officiel de la République française.

Article R2311-6

Les dispositions des articles R. 2111-10 et R. 2111-11 s'appliquent.

Article R2311-7

La formulation des spécifications techniques ne doit faire obstacle ni au respect de règles techniques nationales obligatoires, y compris celles relatives à la sécurité des produits, ni à la satisfaction d'exigences techniques destinées à garantir l'interopérabilité requise par des accords internationaux de normalisation dont la France est signataire.

Section 3 - Utilisation d'écolabels

Article R2311-8

Lorsque les performances ou les exigences fonctionnelles comportent des caractéristiques environnementales, celles-ci peuvent être définies par référence à tout ou partie d'un écolabel pour autant :

- 1° Que cet écolabel soit approprié pour définir les caractéristiques des fournitures ou des prestations faisant l'objet du marché ;
- 2° Que les mentions figurant dans l'écolabel aient été établies sur la base d'une information scientifique ;
- 3° Que l'écolabel soit établi par une procédure ouverte et transparente ;
- 4° Que l'écolabel et ses spécifications détaillées soient accessibles à toute personne intéressée.

Article R2311-9

L'acheteur peut indiquer, dans les documents de la consultation, que les produits ou services ayant obtenu un écolabel sont présumés satisfaire aux caractéristiques environnementales mentionnées dans les spécifications techniques mais est tenu d'accepter tout moyen de preuve approprié.

Chapitre II - Contenu du marché

Section 1 - Règles générales

Article L2312-1

Les dispositions du chapitre II du titre Ier du livre Ier s'appliquent.

Article L2312-2

Pour l'application du premier alinéa de l'article L. 2112-3, le cycle de vie de l'équipement s'entend comme l'ensemble des états successifs qu'il peut connaître, y compris la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait, le démantèlement et l'élimination.

Article R2312-1

Les dispositions de l'article R. 2112-1 s'appliquent.

Article R2312-2

Les clauses d'un marché de défense ou de sécurité peuvent être déterminées par référence à des documents généraux.

Article R2312-3

Les dispositions de l'article R. 2112-3 s'appliquent.

Article R2312-4

Les conditions d'exécution particulières d'un marché de défense ou de sécurité peuvent, notamment, comporter :

- 1° Des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social ;
- 2° Des exigences relatives à la sécurité d'approvisionnement ;
- 3° Des exigences relatives aux sous-contrats prévues au chapitre III du titre IX ;
- 4° Des exigences relatives à la sécurité des informations ;
- 5° Des exigences relatives à la localisation sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne ou des parties à l'Espace économique européen du lieu d'exécution de tout ou partie des prestations ou des moyens utilisés pour exécuter tout ou partie du marché, maintenir ou moderniser les produits acquis.

Section 2 - Durée

Article R2312-5

Les dispositions de l'article R. 2112-4 s'appliquent.

Section 3 - Prix

Article R2312-6

Les dispositions de l'article R. 2112-5 s'appliquent.

Sous-section 1 - Forme des prix

Article R2312-7

Les dispositions de l'article R. 2112-6 s'appliquent.

Sous-section 2 - Prix définitifs

Article R2312-8

L'acheteur conclut, sous réserve des dispositions de la sous-section 3, un marché à prix définitif.

Article R2312-9

Les dispositions de l'article R. 2112-8 s'appliquent.

Article R2312-10

Les dispositions des articles R. 2112-9 à R. 2112-11 s'appliquent.

Article R2312-10-1

Dans les marchés publics à tranches, le prix de chaque tranche peut être actualisé dans les

conditions déterminées aux articles R. 2112-10 et R. 2112-11.

Article R2312-11

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

Lorsque le prix est révisable, les clauses du marché fixent la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre. Les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées :

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

Article R2312-12

Les marchés de défense ou de sécurité d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent pour leur réalisation le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement et substantiellement affecté par les fluctuations de cours mondiaux comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, conformément aux dispositions de l'article R. 2312-11.

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

Sous-section 3 - Prix provisoires

Article R2312-13

Les acheteurs ne peuvent conclure un marché de défense ou de sécurité à prix provisoires que dans les cas suivants :

- 1° Lorsque, pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse ou résultant d'une situation d'urgence de crise, soit des aléas techniques importants, l'exécution du marché doit commencer alors que la détermination d'un prix initial définitif n'est pas encore possible ;
- 2° Lorsque les résultats d'une enquête de coût de revient portant sur des prestations comparables commandées au titulaire d'un marché antérieur ne sont pas encore connus ;
- 3° Lorsque les prix des dernières tranches d'un marché à tranches sont fixés au vu des résultats, non encore connus, d'une enquête de coût de revient portant sur les premières tranches, conclues à prix définitifs ;
- 4° Lorsque les prix définitifs de prestations comparables ayant fait l'objet de marchés antérieurs sont remis en cause par le candidat pressenti ou par l'acheteur, sous réserve que ce dernier ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs ;
- 5° Lorsque les prestations font l'objet d'un partenariat d'innovation ou font appel principalement à des technologies innovantes ou évolutives ne permettant pas de conclure le marché à prix définitif ;
- 6° Lorsque les résultats de la mise en concurrence d'une partie du marché que le titulaire a prévu de confier à un sous-contractant ne sont pas encore connus au moment de la conclusion du marché.

Article R2312-14

Les dispositions des articles R. 2112-16 et R. 2112-18 s'appliquent.

Chapitre III - Organisation de l'achat

Article L2313-1

Pour organiser son achat, l'acheteur peut :

- 1° Procéder à une mutualisation de ses besoins avec d'autres acheteurs, dans les conditions prévues à la section 1 ;
- 2° Procéder à l'allotissement des prestations objet du marché, dans les conditions prévues à la section 2. Il peut également décider de passer un marché global dans les conditions prévues au chapitre Ier du titre VII ;
- 3° Réserver des marchés à certains opérateurs économiques, dans les conditions prévues à la section 3.

Section 1 - Mutualisation de l'achat

Article L2313-2

Une centrale d'achat est un acheteur ou un organisme public de l'Union européenne qui a pour objet d'exercer l'une des activités d'achat centralisées suivantes :

- 1° L'acquisition de fournitures ou de services de défense ou de sécurité destinés à des acheteurs ;
- 2° La passation de marchés de défense ou de sécurité destinés à des acheteurs.

Article L2313-3

L'acheteur qui recourt à une centrale d'achat est considéré comme ayant respecté ses obligations de publicité et de mise en concurrence, pour autant que cette centrale d'achat respecte les dispositions du présent livre ou les objectifs de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, et que les marchés attribués puissent faire l'objet de recours efficaces.

Article L2313-4

Les dispositions des articles L. 2113-6 à L. 2113-8 relatives aux groupements de commande, ainsi que les dispositions de l'article L. 2113-9 relatives aux entités communes transnationales s'appliquent.

Section 2 - Allotissement

Article L2313-5

Les marchés de défense ou de sécurité peuvent être passés en lots séparés. L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots.

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

Article R2313-1

L'acheteur qui décide d'allotir un marché de défense ou de sécurité indique, s'il y a lieu, les règles d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire dans les documents de la consultation.

Section 3 - Marchés à tranches

Article R2313-2

Les dispositions des articles R. 2113-4 à R. 2113-6 s'appliquent.

Section 4 - Réserve

Article L2313-6

Les dispositions de l'article L. 2113-12 s'appliquent.

Article R2313-3

Lorsque l'acheteur réserve un marché ou des lots d'un marché aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés, l'avis d'appel à la concurrence renvoie à l'article L. 2113-12.

La proportion minimale mentionnée à ce même article est fixée à 50 %.

Titre II - CHOIX DE LA PROCÉDURE DE PASSATION

Article L2320-1

Les marchés de défense ou de sécurité sont passés, selon leur montant, leur objet ou les circonstances de leur conclusion :

- 1° Soit sans publicité ni mise en concurrence préalables, dans les conditions prévues au chapitre II ;
- 2° Soit selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues au chapitre III ;
- 3° Soit selon une procédure formalisée, dans les conditions prévues au chapitre IV.

Chapitre Ier - Calcul de la valeur estimée du besoin

Section 1 - Dispositions générales

Article R2321-1

L'acheteur procède au calcul de la valeur estimée du besoin sur la base du montant total hors taxes du ou des marchés envisagés.

Il tient compte des options, des reconductions ainsi que de l'ensemble des lots, et le cas échéant, des primes ou des paiements prévus au profit des candidats ou soumissionnaires.

Article R2321-2

Les dispositions des articles R. 2121-2 et R. 2121-3 s'appliquent.

Article R2321-3

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

Section 2 - Prise en compte de la nature des prestations

Article R2321-4

Les dispositions des articles R. 2121-5 à R. 2121-7 s'appliquent.

Section 3 - Dispositions propres aux accords-cadres et aux partenariats d'innovation

Article R2321-5

Pour les accords-cadres mentionnés à l'article L. 2325-1, la valeur estimée du besoin est déterminée en prenant en compte la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés à passer ou des bons de commande à émettre pendant la durée totale de l'accord-cadre.

Article R2321-6

Les dispositions de l'article R. 2121-9 s'appliquent.

Section 4- Dispositions propres aux marchés non écrits conclus par carte d'achat

Article R2321-7

Sans préjudice des dispositions de l'article R. 2121-7, pour les marchés non écrits conclus par carte d'achat, l'acheteur vérifie, après leur conclusion et au moins trimestriellement, que la valeur de ces marchés par catégorie homogène telle que définie à l'article R. 2121-6 n'excède pas les seuils de publicité et de mise en concurrence. Si cette valeur atteint ou excède le seuil défini à l'article R. 2322-14, les marchés suivants dans la catégorie considérée sont passés conformément aux dispositions de l'article L. 2320-1 pour la période considérée.

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

Article L2322-1

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

Première procédure infructueuse

CAA Toulouse, 05 décembre 2023, n°22TL21015, Société Architecture rhétorique technique esthétique

« Pour justifier de sa décision d'infructuosité du 12 mars 2019 quant au marché négocié de maîtrise d'œuvre concernant la construction d'une cuisine centrale, la communauté de communes Terres des Confluences soutient que les honoraires de rémunération présentés dans sa dernière offre par le maître d'œuvre, soit la société appelante, excédaient les crédits budgétaires alloués à ce marché de maîtrise d'œuvre et qu'en conséquence l'offre présentait un caractère inacceptable.

6. Il ressort des pièces du dossier, notamment de la délibération du conseil communautaire de la communauté de communes Terres des Confluences du 5 juin 2018 et de l'analyse des négociations, que le pouvoir adjudicateur avait fait voter un budget prévisionnel pour les travaux de construction de la cuisine centrale et les équipements d'un montant de 2 070 000 euros hors taxes, et **avait limité les d'honoraires de la maîtrise à un taux de 9,42 %, proche du taux usuellement pratiqué de 10 %, ce qui équivaut à des honoraires de maîtrise d'œuvre d'un montant de 195 128,55 euros hors taxes**. Or, la société Architecture Rhétorique Technique Esthétique a présenté une seconde offre à l'issue de la phase de négociation prévoyant des honoraires de maîtrise d'œuvre à hauteur de 341 291,25 euros hors taxes, soit 282 296,25 euros pour la mission de base et 58 995 euros pour les missions complémentaires, avec un taux de rémunération de 13,64 %, un taux de base de 10,91 % et un taux de complexité de 1,25%, cette offre excédant ainsi de 74,9 % le budget prévisionnel d'honoraires, fixé à 9,42 % de l'enveloppe budgétaire du marché de travaux, soit 195 128,55 euros hors taxes. Ainsi c'est à bon droit que les premiers juges ont estimé que, compte tenu de l'ampleur manifeste de cet écart, le montant de l'offre de la société Architecture rhétorique technique et esthétique était très nettement supérieur aux crédits budgétaires alloués dans le cadre de ce marché public et pouvait, dès lors, être valablement regardé comme inacceptable au sens des dispositions de l'article 59 du décret du 25 mars 2016 ».

Article R2322-1

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque, soit seules des offres irrégulières définies à l'article L. 2152-2, soit seules des offres inacceptables définies à l'article L. 2152-3 ont été présentées. Les conditions initiales du marché ne peuvent alors être substantiellement modifiées et l'acheteur ne doit faire participer à la négociation que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation.

Article R2322-2

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables définies à l'article R. 2344-4, soit seules des offres inappropriées définies à l'article L. 2152-4, ont été présentées. Les conditions initiales du marché ne peuvent alors être substantiellement modifiées.

Pour les marchés dont la valeur estimée du besoin est supérieure aux seuils de procédure formalisée, un rapport est communiqué à la Commission européenne si celle-ci le demande.

Article R2322-3

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais minimaux d'urgence prévus aux articles R. 2361-2 et R. 2361-6 dans la procédure d'appel d'offres restreint ou à l'article R. 2361-8 dans la procédure avec négociation, parce qu'il est conclu pour faire face à une urgence résultant d'une crise en France ou à l'étranger, notamment avec des opérateurs ayant mis en place ou maintenu, en exécution d'un autre marché, les capacités nécessaires pour faire face à une éventuelle augmentation des besoins.

Au sens du présent livre, une crise est un conflit armé ou une guerre ou toute situation dans laquelle ont été causés, ou bien sont imminents, des dommages dépassant clairement ceux de la vie courante et, qui compromettent substantiellement la vie et la santé de la population ou qui ont des effets substantiels sur la valeur des biens ou qui nécessitent des mesures concernant l'approvisionnement de la population en produits de première nécessité.

Lorsque l'urgence résultant d'une crise est incompatible avec la préparation des documents de la consultation, la passation du marché fait au moins l'objet d'un échange de lettres.

Article R2322-4

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais minimaux d'urgence prévus aux articles R. 2361-2 et R. 2361-6 dans la procédure d'appel d'offres restreint ou à l'article R. 2361-8 dans la procédure avec négociation, et dont l'objet est strictement limité aux mesures nécessaires pour faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles et extérieures, notamment les catastrophes technologiques ou naturelles.

Lorsque l'urgence impérieuse est incompatible avec la préparation des documents de la consultation, la passation du marché fait au moins l'objet d'un échange de lettres.

Article R2322-5

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé, pour des raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité, ou pour des raisons techniques comme, par exemple, des exigences spécifiques d'interopérabilité ou de sécurité qui doivent être satisfaites pour garantir le fonctionnement des forces armées ou de sécurité, ou la stricte impossibilité technique, pour un candidat autre que l'opérateur économique retenu, de réaliser les objectifs requis, ou la nécessité de recourir à un savoir-faire, un outillage ou des moyens spécifiques dont ne dispose qu'un seul opérateur, notamment en cas de modification ou de mise en conformité rétroactive d'un équipement particulièrement complexe.

Article R2322-6

L'acheteur peut passer sans publicité ni mise en concurrence préalables un marché de services de recherche et développement pour lequel l'acheteur acquiert la propriété exclusive des résultats et finance entièrement la prestation.

Article R2322-7

L'acheteur peut passer sans publicité ni mise en concurrence préalable un marché qui concerne des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche et de développement à l'exception de la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement.

Article R2322-8

L'acheteur peut passer sans publicité ni mise en concurrence préalable un marché pour les achats complémentaires de fournitures qui sont exécutés par le titulaire du marché et qui sont destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de titulaire obligerait à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées.

La durée de ces marchés complémentaires de fournitures, périodes de reconduction comprises, ne peut dépasser cinq ans sauf dans des circonstances exceptionnelles déterminées en tenant compte de la durée de vie prévue des objets, installations ou systèmes livrés, ainsi que des difficultés techniques que peut occasionner un changement de titulaire.

Article R2322-9

L'acheteur peut passer sans publicité ni mise en concurrence préalable un marché qui a pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées en bourse.

Article R2322-10

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

Article R2322-11

L'acheteur peut passer sans publicité ni mise en concurrence préalable des marchés de services ou de travaux complémentaires qui consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation des travaux tels qu'ils sont décrits dans le marché initial, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a exécuté ce service ou réalisé ces travaux lorsque :

- 1° Soit ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour l'acheteur ;
- 2° Soit ces services ou travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement.

Le montant cumulé de ces marchés complémentaires de services ou de travaux ne peut dépasser 50 % du montant du marché initial.

Article R2322-12

L'acheteur peut passer sans publicité ni mise en concurrence préalable des marchés ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence. Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux travaux ou services.

La durée pendant laquelle les marchés de services ou de travaux similaires peuvent être conclus ne peut dépasser cinq ans à compter de la notification du marché initial, sauf dans des circonstances exceptionnelles déterminées en tenant compte de la durée de vie prévue des objets, installations ou systèmes livrés, ainsi que des difficultés techniques que peut occasionner un changement de titulaire.

Article R2322-13

L'acheteur peut passer sans publicité ni mise en concurrence préalable un marché lié à la fourniture de services de transport maritime et aérien pour les forces armées ou les forces de sécurité d'un Etat membre, qui sont ou vont être déployées à l'étranger, lorsque l'acheteur doit obtenir ces services d'opérateurs économiques qui garantissent la validité de leur offre uniquement pour des périodes très brèves de sorte que les délais applicables aux procédures formalisées ne peuvent être respectés.

Article R2322-14

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalable pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros hors taxes ou pour les lots dont le montant est inférieur à 80 000 euros hors taxes et qui remplissent les conditions prévues au b du 2° de l'article R. 2323-1.

L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin.

Article R2322-15

L'acheteur peut passer sans publicité ni mise en concurrence préalable un marché ayant pour objet des fournitures ou des services dont la valeur estimée est inférieure au seuil de procédure formalisée et qui sont nécessaires à l'exécution de tâches scientifiques ou techniques sans objectif de rentabilité et spécialisées dans le domaine de la recherche, du développement, de l'étude ou de l'expérimentation, à l'exclusion des prestations de fonctionnement courant du service.

Article R2322-16

L'acheteur peut passer un marché public sans publicité ni mise en concurrence préalable portant sur des travaux, fournitures ou services innovants au sens du second alinéa de l'article L. 2172-3 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 300 000 euros hors taxes.

Ces dispositions sont également applicables aux lots dont le montant est inférieur à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services innovants ou à 100 000 euros hors taxes pour des travaux innovants et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R. 2123-1.

Lorsqu'il fait usage de cette faculté, l'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin.

Chapitre III - Marchés passés selon une procédure adaptée

Section 1 - Conditions de recours à une procédure adaptée

Article L2323-1

Les dispositions de l'article L. 2123-1 s'appliquent.

Article R2323-1

Sans préjudice des dispositions de l'article R. 2322-14, l'acheteur peut recourir à une procédure adaptée pour passer :

1° Un marché de défense ou de sécurité dont la valeur estimée hors taxes du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code ;

2° Un lot d'un marché de défense ou de sécurité alloti dont le montant total est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée et qui remplit les deux conditions suivantes :

- a) La valeur estimée de chaque lot concerné est inférieure à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services ou à 1 million d'euros hors taxes pour des travaux ;
- b) Le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.

Article R2323-2

Quelle que soit la valeur estimée du besoin, sont passés selon une procédure adaptée les marchés de défense ou de sécurité ayant pour objet des services autres que ceux mentionnés ci-dessous :

- 1° Services d'entretien et de réparation ;
- 2° Services liés à l'aide militaire aux pays étrangers ;
- 3° Services de défense, services de défense militaires et services de défense civils ;
- 4° Services d'enquête et de sécurité ;
- 5° Services de transports terrestres ;
- 6° Services de transports aériens : transports de voyageurs et de marchandises, à l'exclusion des transports de courrier ;
- 7° Transports de courrier par transport terrestre et par air ;
- 8° Services de transports ferroviaires ;
- 9° Services de transport par eau ;
- 10° Services annexes et auxiliaires des transports ;
- 11° Services de télécommunications ;
- 12° Services financiers : services d'assurances ;
- 13° Services informatiques et services connexes ;
- 14° Services de recherche et de développement et tests d'évaluation, à l'exclusion des services de recherche et de développement exclus du champ d'application du présent livre en application de l'article L. 2515-1 ;
- 15° Services comptables, d'audit et de tenue de livres ;
- 16° Services de conseil en gestion, à l'exclusion des services d'arbitrage et de conciliation, et services connexes ;
- 17° Services d'architecture, services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie, services d'aménagement urbain et d'ingénierie paysagère, services connexes de consultations scientifiques et techniques, services d'essais et d'analyses techniques ;
- 18° Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés ;
- 19° Services de voirie et d'enlèvement des ordures : services d'assainissement et services analogues ;
- 20° Services de simulation et de formation dans les domaines de la défense et de la sécurité.

Article R2323-3

Lorsqu'un marché a pour objet à la fois des prestations de services mentionnées à l'article R. 2323-2 et des prestations de services qui n'y sont pas mentionnées, il est passé conformément aux règles qui s'appliquent à celle de ces deux catégories de prestations de services dont la valeur estimée est la plus élevée.

Section 2 - Règles applicables

Article R2323-4

Les dispositions des articles R. 2123-4 à R. 2123-6 s'appliquent.

Chapitre IV - Marchés passés selon une procédure formalisée

Article L2324-1

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

Article R2324-1

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

Section 1 - Appel d'offres restreint

Article L2324-2

Lorsque l'acheteur choisit de recourir à l'appel d'offres défini à l'article L. 2124-2, cet appel d'offres est restreint.

Article R2324-2

En cas de passation du marché de défense ou de sécurité selon la procédure de l'appel d'offres mentionnée à l'article L. 2124-2, cet appel d'offres est restreint. Seuls les candidats sélectionnés par l'acheteur sont ainsi autorisés à soumissionner.

Section 2 - Procédure avec négociation

Article L2324-3

Les dispositions de l'article L. 2124-3 s'appliquent.

Article R2324-3

Lorsque l'acheteur recourt, pour la passation d'un marché de défense ou de sécurité, à la procédure avec négociation, il ne négocie les conditions du marché qu'avec le ou les opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations

Section 3 - Dialogue compétitif

Article L2324-4

Les dispositions de l'article L. 2124-4 s'appliquent.

Article R2324-4

L'acheteur peut, pour la passation d'un marché de défense ou de sécurité, recourir à la procédure du dialogue compétitif mentionnée à l'article L. 2124-4, lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie :

- 1° L'acheteur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;
- 2° L'acheteur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

Chapitre V - Techniques d'achat

Article L2325-1

Pour passer un marché de défense ou de sécurité, l'acheteur peut, dans le respect des règles applicables aux procédures définies au présent titre, recourir à des techniques d'achat pour procéder à la présélection d'opérateurs économiques susceptibles de satisfaire son besoin ou permettre la présentation des offres ou leur sélection, selon des modalités particulières.

Les techniques d'achat sont les suivantes :

1° L'accord-cadre, qui permet de présélectionner un ou plusieurs opérateurs économiques en vue de conclure un contrat établissant tout ou partie des règles relatives aux commandes à passer au cours d'une période donnée. La durée des accords-cadres ne peut dépasser sept ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, déterminés en tenant compte de la durée de vie prévue des objets, installations ou systèmes livrés, ainsi que des difficultés techniques que peut occasionner un changement de fournisseur. Le dépassement de cette durée peut notamment être justifié par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure ;

2° Le catalogue électronique, qui permet la présentation d'offres ou d'un de leurs éléments de manière électronique et sous forme structurée ;

3° Les enchères électroniques, qui ont pour but de sélectionner par voie électronique, pour un marché de fournitures d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée, des offres en permettant aux candidats de réviser leurs prix à la baisse ou de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leurs offres.

Titre III - ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE DE PASSATION

Chapitre Ier - Publicité préalable

Article L2331-1

Les dispositions de l'article L. 2131-1 s'appliquent.

Section 1 - Support de publicité

Sous-section 1 - Avis de préinformation

Article R2331-1

Les acheteurs peuvent faire connaître leur intention de passer un marché de défense ou de sécurité par le biais de la publication d'un avis de préinformation.

Cet avis est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés.

Article R2331-2

L'avis de préinformation peut être :

1° Soit adressé pour publication à l'Office des publications de l'Union européenne ;

2° Soit publié par l'acheteur sur son profil d'acheteur mentionné à l'article R. 2332-3. L'acheteur envoie alors à l'Office des publications de l'Union européenne un avis annonçant cette publication. La date de cet envoi est mentionnée sur l'avis de préinformation publié sur le profil d'acheteur.

L'avis de préinformation est adressé pour publication à l'Office des publications de l'Union européenne ou publié sur le profil d'acheteur le plus rapidement possible après la décision de réaliser le projet pour lequel l'acheteur envisage de passer des marchés.

Article R2331-3

Pour les marchés de fournitures ou de services, l'avis de préinformation indique la valeur totale estimée du besoin, pour chacune des catégories de produits ou de services homogènes que l'acheteur envisage de passer au cours des douze mois suivant la

publication de cet avis.

Article R2331-4

Pour les marchés de travaux, l'avis de préinformation indique les caractéristiques essentielles des marchés que l'acheteur entend passer.

Sous-section 2 - Avis de marché

Paragraphe 1 - Avis de marché pour les marchés passés selon une procédure adaptée en raison de leur montant

Article R2331-5

Pour ses marchés passés selon une procédure adaptée, l'acheteur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.

Paragraphe 2 - Avis de marché pour les marchés passés selon une procédure adaptée en raison de leur objet

Article R2331-7

Pour les marchés de services soumis à la section 2 du chapitre III du titre II, l'acheteur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des services en cause.

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

Article R2331-8

Pour les marchés passés selon l'une des procédures formalisées énumérées aux articles R. 2324-2 à R. 2324-4, l'acheteur publie un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés.

Paragraphe 4 - Publicité supplémentaire de l'avis de marché

Article R2331-9

L'acheteur peut faire paraître une publicité supplémentaire sur un autre support que celui choisi à titre principal dans les conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe au présent code.

La publicité supplémentaire peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché publié à titre principal à condition qu'elle indique les références de cet avis.

Section 2 - Publication

Article R2331-10

Les dispositions de l'article R. 2131-19 s'appliquent.

Article R2331-11

Les publications au niveau national ne peuvent être effectuées avant l'envoi à l'Office des publications de l'Union européenne de la demande de publication au Journal officiel de l'Union européenne.

Ces publications ne peuvent fournir plus de renseignements que ceux envoyés à l'Office des publications de l'Union européenne. Elles mentionnent la date de cet envoi.

Chapitre II - Communication et échanges d'informations

Section 1 - Confidentialité

Article L2332-1

L'acheteur ne peut communiquer, sous réserve des droits acquis par contrat, les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, notamment du montant total ou du prix détaillé des offres en cours de consultation.

Toutefois, l'acheteur peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées. L'acheteur peut imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'ils communiquent dans le cadre de la procédure de passation d'un marché.

Section 2 - Dématérialisation des communications et échanges d'informations

Article L2332-2

Les communications et les échanges d'informations peuvent être réalisés par voie électronique.

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

Article R2332-1

Les dispositions de l'article R. 2132-1 s'appliquent.

Article R2332-2

Les documents de la consultation sont remis gratuitement aux opérateurs économiques qui en font la demande. Toutefois, l'acheteur peut décider que ces documents lui sont remis contre paiement des frais de reproduction. Le montant et les modalités de paiement de ces frais figurent dans les documents de la consultation.

Article R2332-3

Lorsque l'acheteur décide d'autoriser ou imposer la transmission des candidatures ou des offres par voie électronique conformément aux dispositions de l'article R. 2332-11, les documents de la consultation sont publiés sur un profil d'acheteur.

Lorsque les spécifications techniques sont fondées sur des documents gratuitement disponibles par des moyens électroniques, l'indication de la référence de ces documents est considérée comme suffisante.

L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont accessibles est indiquée dans l'avis.

Article R2332-4

Pour autant que les opérateurs économiques les aient demandés en temps utile, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sont envoyés au plus tard :

- 1° En cas d'appel d'offres restreint, quatre jours avant la date limite fixée pour la réception des offres ;
- 2° En cas de procédure avec négociation, six jours avant la date limite fixée pour la réception des offres. Toutefois, en cas de délais réduits du fait de l'urgence, ce délai est de quatre jours ;
- 3° En cas de dialogue compétitif, six jours avant la date limite fixée pour la réception des offres finales.

Article R2332-5

Les dispositions de l'article R. 2132-3 s'appliquent.

Sous-section 2 - Support des communications et échanges d'informations

Article R2332-6

Les moyens de transmission des documents et des informations qui sont choisis par l'acheteur sont accessibles, sans discrimination, à tous les opérateurs économiques et ne peuvent avoir pour effet de restreindre l'accès des candidats et soumissionnaires à la procédure d'attribution.

Article R2332-7

Les transmissions, les échanges et le stockage d'informations sont effectués de manière à assurer l'intégrité des données, la confidentialité des candidatures et des offres et à garantir que l'acheteur ne prend connaissance du contenu des candidatures et des offres qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci.

Article R2332-8

Lorsque la consultation implique la communication d'informations ou de supports classifiés ou protégés dans l'intérêt de la sécurité nationale, l'avis d'appel à la concurrence précise les exigences assurant la protection de ces informations ou supports et l'obligation pour les candidats et soumissionnaires de veiller à ce que les sous-contractants respectent ces exigences.

L'arrêté du Premier ministre mentionné à l'article R. 2300-1 détermine la nature de ces exigences.

Article R2332-9

Dans toutes les procédures de passation des marchés, les communications et échanges d'informations effectués en application du présent livre peuvent être effectués par des moyens de communication électronique ou par la production de supports physiques électroniques, selon les dispositions prévues à la présente sous-section.

Un moyen de communication électronique est un équipement électronique de traitement, y compris la compression numérique, et de stockage de données diffusées, acheminées et reçues par fil, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.

Article R2332-10

Les outils et les dispositifs de communication et d'échanges d'information par voie électronique répondent à des exigences minimales mentionnées dans un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe au présent code.

Article R2332-11

L'acheteur peut autoriser ou imposer la transmission des candidatures ou des offres par voie électronique.

Le mode de transmission des candidatures ou des offres est indiqué dans l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation. Pour chaque étape de la procédure, les candidats et soumissionnaires appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils transmettent à l'acheteur.

Article R2332-12

Dans les cas où la transmission électronique est une faculté donnée aux candidats ou soumissionnaires et dans ceux où elle est obligatoire, l'acheteur assure la confidentialité et la sécurité des transactions, selon des modalités figurant dans un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.

Dans le cas des marchés passés selon une procédure adaptée, ces modalités tiennent compte des caractéristiques du marché, notamment de la nature et du montant des travaux, fournitures ou services en cause.

Article R2332-13

Les frais d'accès au réseau informatique sont à la charge de chaque candidat ou soumissionnaire.

Article R2332-14

Les dispositions de l'article R. 2132-11 s'appliquent.

Article R2332-15

Dans le cadre des marchés passés par un groupement de commandes, le coordonnateur désigné par le groupement assume les obligations mises à la charge de l'acheteur mentionnées aux articles R. 2332-9 à R. 2332-14.

Article R2332-16

Dans le cas de candidatures d'un groupement d'opérateurs économiques, le mandataire assure la sécurité et l'authenticité des informations transmises au nom des membres du groupement.

Article R2332-17

L'acheteur peut, si nécessaire, exiger l'utilisation d'outils et de dispositifs qui ne sont pas communément disponibles, tels que des outils de modélisation électronique des données du bâtiment ou des outils similaires.

Dans ces cas, l'acheteur offre d'autres moyens d'accès appropriés au sens de l'article R. 2332-18, jusqu'à ce que ces outils et dispositifs soient devenus communément disponibles aux opérateurs économiques.

Article R2332-18

L'acheteur est réputé offrir d'autres moyens d'accès appropriés dans tous les cas suivants :

1° Lorsqu'il offre gratuitement un accès sans restriction, complet et direct par moyen électronique aux outils et dispositifs mentionnés au premier alinéa de l'article R. 2332-17 à partir de la date de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, à compter du lancement de la consultation. Le texte de l'avis précise l'adresse internet à laquelle ces outils et dispositifs sont accessibles ;

2° Lorsqu'il veille à ce que les opérateurs économiques n'ayant pas accès à ces outils et dispositifs ni la possibilité de se les procurer dans les délais requis, à condition que l'absence d'accès ne soit pas imputable à l'opérateur économique concerné, participent gratuitement à la procédure de passation des marchés en utilisant des jetons provisoires mis gratuitement à disposition en ligne ;

3° Lorsqu'il assure la disponibilité d'une autre voie de présentation électronique des offres.

Titre IV - PHASE DE CANDIDATURE

Chapitre Ier - Motifs d'exclusions de la procédure de passation

Section 1 - Exclusions de plein droit

Article L2341-1

Sont exclues de la procédure de passation des marchés de défense ou de sécurité les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-

2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

La condamnation définitive pour l'une de ces infractions ou pour recel d'une de ces infractions d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale entraîne l'exclusion de la procédure de passation des marchés de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions.

Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente par une décision de justice définitive, l'exclusion de la procédure de passation des marchés au titre du présent article s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation.

Cette exclusion n'est pas applicable en cas d'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du même code ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 dudit code ou des articles 702-1 ou 703 du code de procédure pénale.

Article L2341-2

Les dispositions des articles L. 2141-2 à L. 2141-5 et L. 2141-6-1 s'appliquent.

Article L2341-3

Sont exclues des marchés de défense ou de sécurité :

1° Les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 226-13, 222-52 à 222-59 et 413-10 à 413-12 du code pénal, aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense et à l'article L. 317-8 du code de la sécurité intérieure. L'exclusion de la procédure de passation des marchés s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la décision du juge sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente ;

2° Les personnes qui, par une décision de justice définitive, ont vu leur responsabilité civile engagée depuis moins de cinq ans pour méconnaissance de leurs engagements en matière de sécurité d'approvisionnement ou en matière de sécurité de l'information, à moins qu'elles aient entièrement exécuté les décisions de justice éventuellement prononcées à leur encontre et qu'elles établissent, par tout moyen, que leur intégrité professionnelle ne peut plus être remise en cause ;

3° Les personnes au sujet desquelles il est établi, par tout moyen et, le cas échéant, par des sources de données protégées, qu'elles ne possèdent pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat.

Article L2341-4

Les acheteurs peuvent autoriser un opérateur économique qui est dans un cas d'exclusion prévu à la présente section à participer à un marché pour des raisons impérieuses d'intérêt général.

Section 2 - Exclusions à l'appréciation de l'acheteur

Article L2341-5

Les dispositions des articles L. 2141-7 à L. 2141-11 s'appliquent.

Section 3 - Changement de situation des opérateurs économiques au regard des motifs d'exclusion

Article L2341-6

Lorsqu'un opérateur économique est, au cours de la procédure de passation d'un marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux sections 1 et 2, il informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation.

Dans cette hypothèse, l'acheteur exclut le candidat ou le soumissionnaire de la procédure de passation du marché pour ce motif.

Section 4 - Groupements d'opérateurs économiques et sous-traitants

Article L2341-7

Les dispositions des articles L. 2141-13 et L. 2141-14 s'appliquent.

Chapitre II - Conditions de participation

Article L2342-1

Les dispositions de l'article L. 2142-1 s'appliquent.

Article L2342-2

L'acheteur peut ne pas accepter un opérateur économique qui, au regard notamment de l'implantation géographique hors du territoire de l'Union européenne de l'outillage, du matériel, de l'équipement technique, du personnel, du savoir-faire et des sources d'approvisionnement dont il dispose, ne présente pas les capacités techniques pour exécuter le marché, pour faire face à d'éventuelles augmentations des besoins par suite d'une crise ou pour assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché.

Section 1 - Dispositions générales

Sous-section 1 - Conditions générales

Article R2342-1

Les conditions de participation à la procédure de passation relatives aux capacités du candidat, mentionnées à l'article L. 2142-1, ainsi que les moyens de preuve acceptables, sont indiqués par l'acheteur dans l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation.

Article R2342-2

Les dispositions des articles R. 2142-2 à R. 2142-4 s'appliquent.

Article R2342-3

Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité.

Sous-section 2 - Conditions relatives à l'aptitude à exercer une activité professionnelle

Article R2342-4

Les dispositions de l'article R. 2142-5 s'appliquent.

Sous-section 3 - Conditions relatives aux capacités économiques et financières

Article R2342-5

Les dispositions des articles R. 2142-6, R. 2142-11 et R. 2142-12 s'appliquent.

Sous-section 4 - Conditions relatives aux capacités techniques et professionnelles

Article R2342-6

Les dispositions des articles R. 2142-13 et R. 2142-14 s'appliquent.

Sous-section 5 - Conditions de participation des opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen

Article R2342-7

L'acheteur indique dans l'avis d'appel à la concurrence si la procédure de passation est ouverte aux opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen.

Article R2342-8

Lorsque l'acheteur décide d'ouvrir la procédure de passation aux opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen, il indique, dans l'avis d'appel à la concurrence, les critères d'accessibilité sur le fondement desquels l'autorisation de participer à la procédure peut être accordée.

Ces critères sont établis notamment au regard des impératifs de sécurité d'information et d'approvisionnement, de la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'Etat, de l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense européenne, des objectifs de développement durable, de l'obtention d'avantages mutuels et des exigences de réciprocité.

Section 2 - Réduction du nombre de candidats

Article R2342-9

L'acheteur peut limiter le nombre de candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue dans les conditions définies à la présente section.

Article R2342-10

L'acheteur qui entend limiter le nombre de candidats indique, dans l'avis d'appel à la concurrence, les critères objectifs et non-discriminatoires qu'il prévoit d'appliquer, le nombre minimum de candidats qu'il prévoit d'inviter, qui ne peut être inférieur à trois, et, le cas échéant, leur nombre maximum.

Article R2342-11

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection et aux niveaux minimaux de capacité est inférieur au nombre minimal, l'acheteur peut poursuivre la procédure avec ces candidats.

Section 3 - Groupements d'opérateurs économiques

Article R2342-12

Les dispositions des articles R. 2142-19 à R. 2142-25 s'appliquent.

Article R2342-13

Sans préjudice des dispositions de l'article L. 2141-14, l'acheteur peut prévoir, dans les documents de la consultation, la possibilité de modifier la composition des groupements et d'en constituer de nouveaux entre la remise des candidatures et la remise des offres initiales ou, le cas échéant, lorsque les circonstances liées à la complexité des spécifications techniques le justifient, jusqu'au terme de la négociation ou du dialogue.

A défaut d'une telle indication, les groupements ne peuvent être constitués ou modifiés après la date de remise des candidatures.

En cas de modification ou de constitution d'un groupement, tous ses membres doivent avoir été autorisés à présenter une offre ou à y participer, au moins en tant que sous-contractant

accepté dans la phase de candidature, et le groupement modifié ou nouvellement constitué doit respecter les exigences de l'acheteur relatives aux capacités des candidats.

Article R2342-14

La composition du groupement peut être modifiée jusqu'à la date de signature du marché public, en cas d'opération de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion ou d'acquisition, ou si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait. Le groupement peut demander à l'acheteur l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation en proposant, le cas échéant, à l'acceptation de l'acheteur, un ou plusieurs nouveaux membres du groupement, sous-contractants ou entreprises liées. L'acheteur se prononce sur cette demande après examen de la capacité de l'ensemble des membres du groupement ainsi transformé et, le cas échéant, des sous-contractants ou entreprises liées présentés à son acceptation, au regard des conditions de participation qu'il a définies.

Article R2342-15

Les dispositions de l'article R. 2142-27 s'appliquent.

Chapitre III - Contenu des candidatures

Section 1 - Présentation des candidatures

Sous-section 1 - Délai de réception des candidatures

Article R2343-1

L'acheteur fixe les délais de réception des candidatures en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature.

En procédure formalisée, les délais de réception des candidatures ne peuvent être inférieurs aux délais minimaux propres à chaque procédure fixée au chapitre Ier du titre VI.

Article R2343-2

Les dispositions de l'article R. 2143-2 s'appliquent.

Sous-section 2 - Eléments à produire par le candidat

Article R2343-3

Le candidat produit à l'appui de sa candidature :

1° Une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés par les dispositions législatives des sections 1 et 2 du chapitre Ier et notamment qu'il satisfait aux obligations concernant l'emploi des travailleurs handicapés définies aux articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du code du travail ;

2° Les documents et renseignements demandés par l'acheteur aux fins de vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles du candidat conformément aux dispositions des articles R. 2142-5, R. 2142-6 et R. 2142-11 à R. 2142-14 ;

3° Tous les renseignements ou documents justifiant de sa nationalité et, le cas échéant, les renseignements demandés par l'acheteur en application de l'article R. 2343-6.

Article R2343-4

Lorsqu'un marché de défense ou de sécurité, au titre de sa passation ou de son exécution, nécessite ou comporte des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale, l'acheteur exige la production de la ou des habilitations nécessaires.

Article R2343-5

Lorsque l'acheteur exige des candidats qu'ils soient habilités, il peut accorder aux candidats qui ne sont pas habilités au moment du dépôt de leur candidature un délai supplémentaire pour obtenir cette habilitation. Ce délai est indiqué dans l'avis d'appel à la concurrence. A l'expiration de ce délai, seuls les candidats habilités sont autorisés à poursuivre la procédure.

Article R2343-6

Lorsque l'acheteur décide d'autoriser les opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen à participer à la procédure de passation du marché dans les conditions prévues à la sous-section 5 de la section 1 du chapitre II, le candidat n'ayant pas la qualité d'opérateur économique issu d'un Etat membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen produit à l'appui de sa candidature tous documents, renseignements ou justificatifs permettant d'évaluer s'il répond aux critères d'accessibilité à la procédure indiqués dans l'avis d'appel à concurrence.

Section 2 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve

Sous-section 1 - Dispositions générales

Article R2343-7

Les dispositions de l'article R. 2143-5 s'appliquent.

Sous-section 2 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve de l'absence de motifs d'exclusion

Article R2343-8

L'acheteur accepte comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'exclusion mentionné à l'article L. 2341-1, à l'article L. 2141-4, au 1° de l'article L. 2341-3 et à l'article L. 2141-5, la production soit d'une attestation sur l'honneur, soit d'un extrait de casier judiciaire.

Le candidat établi à l'étranger produit un extrait du registre pertinent ou, à défaut, un document équivalent délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente du pays d'origine ou d'établissement de l'opérateur économique, attestant de l'absence de cas d'exclusion.

Article R2343-9

Les dispositions des articles R. 2143-7 à R. 2143-9 s'appliquent.

Toutefois, pour les marchés répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur peut accepter comme preuve suffisante une attestation sur l'honneur, en lieu et place des pièces justificatives exigées par les dispositions des articles mentionnés à l'alinéa précédent.

Article R2343-10

Lorsque les autorités compétentes du pays d'origine ou d'établissement du candidat ne délivrent pas les documents justificatifs et moyens de preuve mentionnés aux articles R. 2143-7 à R. 2143-9 et à l'article R. 2343-8, ou lorsque ceux-ci ne mentionnent pas tous les motifs d'exclusion de la procédure de passation, ils peuvent être remplacés par une déclaration sous serment ou, dans les pays où un tel serment n'est pas prévu, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant l'autorité judiciaire ou administrative compétente, un notaire ou un organisme professionnel qualifié du pays d'origine ou d'établissement du candidat.

Sous-section 3 - Documents justificatifs et autres moyens de preuve relatifs aux conditions de participation

Article R2343-11

Pour vérifier que les candidats satisfont aux conditions de participation à la procédure, l'acheteur peut notamment exiger la production des renseignements et documents dont la liste figure dans un arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et de la défense figurant en annexe du présent code.

Article R2343-12

Les dispositions de l'article R. 2143-12 s'appliquent.

Article R2343-13

Lorsque la passation d'un marché de défense ou de sécurité nécessite la détention de données protégées, l'acheteur exige des candidats qu'ils produisent les éléments justifiant de leur capacité à traiter, stocker et transmettre ces données au niveau de protection nécessaire.

« Lorsque le candidat est établi en France, l'acheteur peut demander à l'autorité administrative compétente de vérifier, dans un délai que l'acheteur fixe, la conformité des locaux et installations susceptibles d'être utilisés, les procédures industrielles et administratives qui seront suivies, les modalités de gestion de l'information ou la situation du personnel susceptible d'être employé pour l'exécution du marché public, sans préjudice pour ces autorités de la possibilité de procéder à d'autres enquêtes et d'en tenir compte.

« Lorsque le candidat est établi à l'étranger, l'acheteur peut saisir l'autorité nationale de sécurité ou l'autorité de sécurité déléguée aux fins de solliciter l'autorité nationale de sécurité de l'Etat du candidat ou l'autorité de sécurité désignée par l'Etat du candidat afin qu'elle vérifie, dans un délai que l'acheteur fixe, la conformité des locaux et installations susceptibles d'être utilisés, les procédures industrielles et administratives qui seront suivies, les modalités de gestion de l'information ou la situation du personnel susceptible d'être employé pour l'exécution du marché public, sans préjudice pour ces autorités de la possibilité de procéder à d'autres enquêtes et d'en tenir compte. Les habilitations de sécurité de l'Etat du candidat sont reconnues dans la limite des accords de sécurité existants, sans préjudice de la possibilité de faire procéder à une enquête par l'autorité administrative française compétente et d'en tenir compte.

Sous-section 4 - Accès des acheteurs aux documents justificatifs et moyens de preuve**Article R2343-14**

Les documents de la consultation peuvent prévoir que les candidats ne seront pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve que l'acheteur peut obtenir directement par le biais d'un système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel ou d'un espace de stockage numérique, à condition que figurent dans le dossier de candidature toutes les informations nécessaires à la consultation de ce système ou de cet espace et que l'accès à ceux-ci soit gratuit.

Article R2343-15

L'acheteur peut prévoir dans les documents de la consultation que les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve qui leur ont déjà été transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables.

Sous-section 5 - Opérateurs agréés et certifiés**Article R2343-16**

Les candidats inscrits sur une liste officielle d'opérateurs agréés d'un Etat membre de l'Union européenne ou munis d'un certificat délivré par un organisme de certification répondant aux

normes européennes en matière de certification peuvent présenter à l'acheteur un certificat d'inscription délivré par l'autorité compétente ou le certificat délivré par l'organisme de certification compétent, à condition que ces opérateurs soient établis dans l'Etat membre qui a dressé la liste officielle. Ces certificats indiquent les références qui leur ont permis d'être inscrits sur la liste officielle ou d'obtenir la certification, ainsi que la classification sur cette liste.

L'inscription certifiée par les organismes compétents sur des listes officielles ou le certificat délivré par l'organisme de certification constitue une présomption d'aptitude en ce qui concerne les motifs d'exclusion et les conditions de participation couvertes par la liste officielle ou le certificat. Toutefois, en ce qui concerne la vérification de la régularité de la situation fiscale et sociale du candidat, un certificat supplémentaire peut être exigé lors de l'attribution du contrat.

Article R2343-17

Des listes officielles d'opérateurs économiques agréés peuvent être établies.

Un certificat d'inscription est remis aux opérateurs économiques agréés. Les candidats inscrits sur une liste peuvent, à l'appui de leur candidature, fournir une copie de ce certificat au titre des informations et renseignements couverts par l'inscription sur cette liste.

Les modalités d'établissement de la liste ainsi que les conditions de validité de l'inscription sur une liste sont fixés par un arrêté du ministre chargé de l'économie et du ministre de la défense.

Article R2343-18

L'inscription sur les listes mentionnées aux articles de la présente sous-section ne peut pas être imposée aux opérateurs économiques en vue de leur participation à un marché de défense ou de sécurité.

Section 3 - Traduction en français**Article R2343-19**

L'acheteur peut exiger que les candidats joignent une traduction en français aux éléments et documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application du présent chapitre.

Chapitre IV - Examen des candidatures**Section 1 - Modalités de vérification****Sous-section 1 - Dispositions générales****Article R2344-1**

L'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous.

Article R2344-2

L'acheteur vérifie les informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie, au plus tard avant l'attribution du marché. Cette vérification peut ne porter que sur la candidature du candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché.

Toutefois, lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue, la vérification des informations qui figurent dans la candidature des opérateurs économiques sélectionnés intervient au plus tard avant l'envoi de l'invitation mentionnée à la section 2.

Article R2344-3

Les dispositions de l'article R. 2144-6 s'appliquent.

Article R2344-4

Les dispositions de l'article R. 2144-7 s'appliquent.

Article R2344-5

Lorsque l'acheteur estime que le nombre de candidats appropriés est trop restreint pour assurer une véritable concurrence, il peut suspendre la procédure et publier à nouveau l'avis d'appel à la concurrence en fixant un nouveau délai pour l'introduction des demandes de participation.

Dans ce cas, les candidats sélectionnés à la suite de la première publication et ceux sélectionnés à la suite de la deuxième publication sont invités conformément aux dispositions des articles R. 2344-9 et R. 2344-10. Cette option ne porte pas atteinte à la faculté de l'acheteur d'annuler la procédure d'achat en cours et de lancer une nouvelle procédure.

Sous-section 2 - Dispositions particulières aux opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen

Article R2344-6

Lorsque l'acheteur décide d'autoriser les opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen à participer à la procédure de passation du marché, avant de procéder à l'examen de l'accessibilité des opérateurs économiques à la procédure, il peut, lorsqu'il constate que les documents, renseignements ou justificatifs mentionnés à l'article R. 2343-6 dont la production était réclamée sont absents ou incomplets, demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier d'accessibilité dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours.

Les candidats des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen qui, le cas échéant après mise en œuvre des dispositions de l'alinéa précédent, produisent des dossiers d'accessibilité ne comportant pas les documents, renseignements ou justificatifs dont la production était réclamée ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché.

Article R2344-7

L'acheteur vérifie le droit des opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen qui n'ont pas été écartés en vertu du dernier alinéa de l'article R. 2344-6 à participer à la procédure de passation au regard des critères d'accessibilité figurant dans l'avis d'appel à concurrence.

Dès qu'il a pris sa décision, l'acheteur en informe par écrit et de manière motivée les opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen qui ont sollicité l'autorisation de participer à la procédure.

Article R2344-8

Les candidatures des opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen qui n'ont pas été écartées sont étudiées dans les conditions prévues à la sous-section 1.

Section 2 - Invitation des candidats sélectionnés

Article R2344-9

Les dispositions de l'article R. 2144-8 s'appliquent.

Article R2344-10

En procédure formalisée, l'invitation comprend au minimum les informations suivantes :

- 1° La référence de l'avis d'appel à la concurrence publié ;
- 2° La date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle les offres doivent être transmises et la ou les langues autorisées pour leur présentation. Toutefois, dans le cas du dialogue compétitif, ces renseignements ne figurent pas dans l'invitation à participer au dialogue, mais dans l'invitation à remettre une offre finale ;
- 3° Dans le cas du dialogue compétitif, la date et le lieu du dialogue ainsi que la ou les langues autorisées ;
- 4° La liste des documents à fournir ;
- 5° La pondération ou la hiérarchisation des critères d'attribution du marché public si ces renseignements ne figurent pas dans les autres documents de la consultation ;
- 6° Le cas échéant, l'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation ont été mis à disposition des candidats sélectionnés et les conditions d'accès à ces documents.

Dans les cas où l'accès électronique à ces documents n'a pas été proposé, l'invitation indique l'adresse et la date limite pour le dépôt des demandes visant à obtenir les documents de la consultation ou, s'ils ne sont pas détenus par l'acheteur, l'adresse du service auprès duquel ces documents peuvent être immédiatement obtenus sur demande et la date limite pour présenter cette demande.

Titre V - PHASE D'OFFRE

Chapitre Ier - Présentation et contenu des offres

Section 1 - Présentation des offres

Sous-section 1 - Délais de réception

Article L2351-1

Les dispositions de l'article L. 2151-1 s'appliquent.

Article R2351-1

Les dispositions de l'article R. 2151-1 s'appliquent.

Article R2351-2

Les délais de réception des offres présentées dans le cadre d'une procédure formalisée ne peuvent être inférieurs aux délais minimaux propres à chaque procédure, définis au chapitre Ier du titre VI.

Article R2351-3

Les dispositions de l'article R. 2151-3 s'appliquent.

Article R2351-4

Le délai de réception des offres est prolongé dans les cas suivants :

- 1° Lorsqu'un complément d'informations, nécessaire à l'élaboration de l'offre, demandé en temps utile par l'opérateur économique, n'est pas fourni dans les délais prévus à l'article R. 2332-4 ;
- 2° Lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents de la consultation. La durée de la prolongation est proportionnée à l'importance des informations demandées ou des modifications apportées.

Article R2351-5

Les dispositions de l'article R. 2151-5 s'appliquent.

Sous-section 2 - Modalités de remise

Article R2351-6

Le soumissionnaire transmet son offre en une seule fois par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité. Si plusieurs offres sont successivement transmises par un même soumissionnaire, seule est ouverte la dernière offre reçue par l'acheteur dans le délai fixé pour la remise des offres.

Article R2351-7

Les dispositions de l'article R. 2151-7 s'appliquent.

Article D2351-7-1

Les dispositions de l'article D. 2151-7-1 s'appliquent.

Sous-section 3 - Variantes

Article R2351-8

Lorsque l'acheteur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser la présentation de variantes dans les conditions suivantes :

- 1° Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, les variantes sont interdites sauf mention contraire dans l'avis d'appel à la concurrence ;
- 2° Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans les documents de la consultation.

Article R2351-9

Lorsque l'acheteur autorise expressément la présentation de variantes, il mentionne dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation.

Article R2351-10

Les dispositions de l'article R. 2151-11 s'appliquent.

Section 2 - Informations et documents à produire dans l'offre

Article R2351-11

L'acheteur peut exiger que les soumissionnaires joignent une traduction en français aux documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application des articles R. 2151-15 et R. 2151-16 ainsi que des articles R. 2351-6 et R. 2351-12. Il n'impose pas de traduction certifiée, sauf lorsque cela est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général.

Article R2351-12

Dans les documents de la consultation, l'acheteur peut demander aux soumissionnaires d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-contracter à des tiers, notamment à des petites et moyennes entreprises au sens de la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises ou à des artisans au sens du I de l'article 19 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 modifiée relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat.

Article R2351-13

Les dispositions des articles R. 2151-15 et R. 2151-16 s'appliquent.

Article R2351-14

Lorsque l'exécution d'un marché de défense ou de sécurité fait intervenir, nécessite ou comporte des informations ou supports protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale, l'acheteur demande, dans les documents de la consultation, que l'offre du soumissionnaire comporte :

- 1° Un engagement de préserver, au niveau de protection requis par le marché, et conformément aux dispositions prévues par l'arrêté du Premier ministre mentionné à l'article R. 2300-1, la confidentialité de toutes les informations et supports protégés ou classifiés en sa possession, ou dont il viendrait à prendre connaissance tout au long de l'exécution du marché et après résiliation ou expiration du contrat ;
- 2° Un engagement d'obtenir le même engagement de la part des sous-contractants identifiés au moment de la notification du marché et de ceux auxquels il pourrait faire appel au cours de son exécution ;
- 3° Des informations au sujet des sous-contractants identifiés, suffisantes pour permettre de déterminer si chacun d'entre eux possède les capacités requises pour préserver de manière appropriée la confidentialité des informations et supports classifiés ou protégés auxquels il a accès pendant la consultation ou qu'il sera amené à produire dans le cadre de la réalisation de son contrat avec le titulaire du marché. Ces informations doivent permettre à l'acheteur de s'assurer, le cas échéant, que les opérateurs disposent ou sont susceptibles de bénéficier des habilitations requises ;
- 4° Un engagement de produire des informations au sujet des sous-contractants auxquels il fera appel au cours de l'exécution du marché, avant de leur attribuer un contrat aux fins de la réalisation d'une partie de ce marché. Ces informations doivent être suffisantes pour permettre de déterminer si chacun d'entre eux possède les capacités requises pour préserver de manière appropriée la confidentialité des informations et supports classifiés ou protégés qu'il sera amené à produire dans le cadre de la réalisation de son contrat avec le titulaire du marché. Elles doivent permettre à l'acheteur de s'assurer, le cas échéant, que les opérateurs disposent ou sont susceptibles de bénéficier des habilitations requises.

Article R2351-15

Lorsque l'acheteur fixe des exigences relatives à la sécurité d'approvisionnement, il peut notamment demander, dans les documents de la consultation, que l'offre du soumissionnaire comporte :

- 1° La certification ou des documents démontrant qu'il sera à même de remplir les obligations en matière d'exportation, d'importation, de transfert et de transit de marchandises liées au contrat, y compris tout document complémentaire émanant de l'Etat concerné ;
- 2° L'indication de toute restriction pesant sur l'acheteur concernant la divulgation, le transfert ou l'utilisation des produits et services ou toute information relative à ces produits et services qui résulterait des régimes de contrôle d'exportations ou des régimes de sécurité ;
- 3° La certification ou des documents démontrant que l'organisation et la localisation de sa chaîne d'approvisionnement lui permettront de respecter les exigences de l'acheteur en matière de sécurité d'approvisionnement ;
- 4° Tout document complémentaire émanant de ses autorités nationales concernant la satisfaction des besoins supplémentaires qui surgiraient à la suite d'une crise définie à l'article R. 2322-3 ;
- 5° Un engagement de veiller à ce que les éventuels changements survenus dans la chaîne d'approvisionnement pendant l'exécution du marché ne nuisent pas au respect des exigences en matière de sécurité d'approvisionnement et à ce que cette chaîne conserve un niveau au moins équivalent en matière de sécurité de l'information, de sécurité d'approvisionnement ou en matière environnementale et sociale ;

6° Un engagement de mettre en place ou maintenir les capacités nécessaires pour faire face à une éventuelle augmentation des besoins à la suite d'une crise telle que définie à l'article R. 2322-3, selon des modalités et des conditions à convenir ;

7° Un engagement d'assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché ;

8° Un engagement d'informer, en temps utile, l'acheteur de tout changement survenu dans son organisation, sa chaîne d'approvisionnement ou sa stratégie industrielle susceptible d'affecter ses obligations envers lui ;

9° Un engagement de fournir, selon des modalités et conditions à arrêter, tous les moyens spécifiques nécessaires pour la production de pièces détachées, de composants, d'assemblages et d'équipements d'essais spéciaux, y compris les plans techniques, les autorisations et les instructions d'utilisation, au cas où il ne serait plus en mesure de les fournir.

Article R2351-16

Il ne peut être demandé à un soumissionnaire d'obtenir d'un Etat membre de l'Union européenne un engagement qui porterait atteinte à la liberté dudit Etat membre d'appliquer, conformément au droit international ou de l'Union européenne pertinent, ses critères nationaux en matière d'autorisation des exportations, transferts ou transits, dans les circonstances prévalant au moment de la décision d'autorisation.

Article R2351-17

Lorsque l'acheteur fixe des exigences relatives aux sous-contrats, il peut notamment demander, dans l'avis d'appel à la concurrence, que l'offre du soumissionnaire comporte :

1° L'indication des parties du marché public qu'il a l'intention de sous-contracter, ainsi que l'objet de ces sous-contrats et l'identité des sous-contractants ;

2° Un engagement d'indiquer tout changement intervenu au cours de l'exécution du marché au niveau de ses sous-contractants ;

3° Les informations prévues aux articles R. 2393-4 à R. 2393-6 lorsqu'il impose au titulaire de mettre en concurrence tout ou partie de ses sous-contractants ;

4° Les informations prévues aux articles R. 2393-7 à R. 2393-12 lorsqu'il impose au titulaire de sous-contracter une partie du marché ;

5° Un engagement d'attribuer les sous-contrats conformément aux dispositions des articles R. 2393-4 à R. 2393-6 ou R. 2393-7 à R. 2393-12.

Chapitre II - Examen des offres

Article L2352-1

Les dispositions des articles L. 2152-1 à L. 2152-4, concernant les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées, des articles L. 2152-5 et L. 2152-6, concernant les offres anormalement basses, ainsi que des articles L. 2152-7 et L. 2152-8, concernant le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, s'appliquent.

Section 1 - Offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées

Article R2352-1

Les dispositions des articles R. 2152-1 et R. 2152-2 s'appliquent.

Section 2 - Offres anormalement basses

Article R2352-2

L'acheteur exige que le soumissionnaire explique le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services.

Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants :

1° Le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction ;

2° Les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux ;

3° L'originalité de l'offre ;

4° La réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations ;

5° L'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le soumissionnaire.

Article R2352-3

Les dispositions des articles R. 2152-4 et R. 2152-5 s'appliquent.

Section 3 - Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

Sous-section 1 - Choix des critères d'attribution

Article R2352-4

Les offres régulières, acceptables et appropriées, et qui n'ont pas été rejetées en application des articles R. 2152-1, R. 2152-2 ainsi que de la section 2 sont classées par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution.

Article R2352-5

Pour attribuer le marché de défense ou de sécurité au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde :

1° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, les caractéristiques fonctionnelles ou environnementales, le coût d'utilisation, les coûts au long du cycle de vie au sens de l'article L. 2312-2, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;

2° Soit sur le critère unique du prix, à condition que le marché ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre.

Article R2352-6

En cas de dialogue compétitif et pour les partenariats d'innovation, l'offre économiquement la plus avantageuse est identifiée sur la base d'une pluralité de critères conformément aux dispositions du 1° de l'article R. 2352-5.

Sous-section 2 - Publicité des critères et de leurs modalités de mise en œuvre

Article R2352-7

Les dispositions de l'article R. 2152-11 s'appliquent.

Article R2352-8

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, les critères d'attribution font l'objet d'une pondération ou, lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, sont indiqués par ordre décroissant d'importance. La pondération peut être exprimée sous

forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié qui doit refléter la façon dont l'acheteur valorise les différents critères.

Section 4 - Mise au point du marché

Article R2352-9

Les dispositions de l'article R. 2152-13 s'appliquent.

Chapitre III - Offres présentées par des opérateurs économiques ou comportant des produits d'Etats tiers

Article L2353-1

Les marchés de défense ou de sécurité, exclus ou exemptés de l'accord sur les marchés ou d'un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie, sont passés avec des opérateurs économiques d'Etats membres de l'Union européenne.

L'acheteur peut toutefois autoriser, au cas par cas, les opérateurs économiques d'un pays tiers à l'Union européenne à participer à une procédure de passation.

La décision de l'acheteur prend notamment en compte les impératifs de sécurité de l'information et d'approvisionnement, la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'Etat, l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense européenne, les objectifs de développement durable, l'obtention d'avantages mutuels et les exigences de réciprocité.

Article L2353-2

Pour l'application du présent livre, les Etats parties à l'Espace économique européen qui ne sont pas membres de l'Union européenne sont assimilés à des Etats membres de l'Union européenne.

Titre VI - RÈGLES APPLICABLES AUX PROCÉDURES DE PASSATION ET AUX TECHNIQUES D'ACHAT

Chapitre Ier - RÈGLES APPLICABLES AUX PROCÉDURES FORMALISÉES

Article R2361-1

Les dispositions du présent chapitre relatives aux délais de présentation des candidatures et des offres s'appliquent sans préjudice de celles figurant aux articles R. 2343-1 et R. 2351-1 à R. 2351-5.

Section 1 - Appel d'offres restreint

Article R2361-2

Le délai minimal de réception des candidatures est de trente-sept jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de trente jours lorsque cet avis a été envoyé par voie électronique.

Lorsqu'une situation d'urgence ne résultant pas du fait de l'acheteur rend ce délai impossible à respecter, il peut être ramené à quinze jours ou à dix jours lorsque l'avis a été envoyé par voie électronique.

Article R2361-3

Le délai minimal de réception des offres est de quarante jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Article R2361-4

Le délai minimal fixé à l'article R. 2361-3 peut être ramené à vingt-deux jours si l'acheteur a

publié un avis de préinformation qui remplit les conditions suivantes :

1° Il a été envoyé pour publication cinquante-deux jours au moins à douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché ;

2° Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication.

Article R2361-5

Le délai minimal fixé aux articles R. 2361-3 et R. 2361-4 peut être réduit de cinq jours si l'acheteur offre, par moyen électronique et à compter de la publication de l'avis d'appel à la concurrence, l'accès libre, direct et complet aux documents de la consultation et à tout document complémentaire, en indiquant dans le texte de l'avis l'adresse internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

Article R2361-6

Lorsqu'une situation d'urgence ne résultant pas du fait de l'acheteur rend le délai minimal fixé aux articles R. 2361-3 à R. 2361-5 impossible à respecter, l'acheteur peut fixer un délai de réception des offres qui ne peut être inférieur à dix jours.

Article R2361-7

Les dispositions de l'article R. 2161-11 s'appliquent.

Section 2 - Procédure avec négociation

Article R2361-8

Le délai minimal de réception des candidatures est de trente-sept jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de trente jours lorsque cet avis a été envoyé par voie électronique.

Lorsqu'une situation d'urgence ne résultant pas du fait de l'acheteur rend ce délai impossible à respecter, il peut être ramené à quinze jours ou à dix jours lorsque l'avis a été envoyé par voie électronique.

Article R2361-9

L'acheteur indique dans les documents de la consultation les exigences minimales que doivent respecter les offres.

Article R2361-10

La date limite de réception des offres est librement fixée par l'acheteur.

Article R2361-11

L'acheteur négocie avec tous les soumissionnaires leurs offres initiales et ultérieures, à l'exception des offres finales.

La négociation ne peut porter sur l'objet du marché ni modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché telles qu'elles sont définies dans les documents de la consultation.

Les exigences minimales mentionnées à l'article R. 2361-9 et les critères d'attribution ne peuvent faire l'objet de négociations.

Article R2361-12

La négociation peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution précisés dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. L'acheteur indique, dans l'un de ces documents, s'il fera usage de cette possibilité.

Section 3 - Dialogue compétitif

Article R2361-13

L'acheteur définit ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation.

Les modalités du dialogue, les critères d'attribution et un calendrier indicatif sont précisés dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation.

Article R2361-14

Le délai minimal de réception des candidatures est de trente-sept jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de trente jours lorsque cet avis a été envoyé par voie électronique.

Article R2361-15

Les dispositions de l'article R. 2161-26 s'appliquent.

Article R2361-16

Le dialogue peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter, en appliquant les critères d'attribution définis dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. L'acheteur indique, dans les documents de la consultation, s'il fera usage de cette possibilité.

L'acheteur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

Article R2361-17

Les dispositions des articles R. 2161-28 et R. 2161-29 s'appliquent.

Article R2361-18

A la demande de l'acheteur, l'attributaire peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements financiers figurant dans celle-ci. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché.

Article R2361-19

Les dispositions de l'article R. 2161-31 s'appliquent.

Chapitre II - RÈGLES APPLICABLES AUX TECHNIQUES D'ACHAT

Section 1 - Accords-cadres

Sous-section 1 - Dispositions générales

Article R2362-1

Les dispositions de l'article R. 2162-1 s'appliquent.

Article R2362-2

Lorsque l'accord-cadre ne fixe pas toutes les stipulations contractuelles, il donne lieu à la conclusion de marchés subséquents dans les conditions fixées à la sous-section 2. Lorsque l'accord-cadre fixe toutes les stipulations contractuelles, il est exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande dans les conditions fixées à la sous-section 3.

Article R2362-3

Les dispositions de l'article R. 2162-3 s'appliquent.

Article R2362-4

Lorsque l'accord-cadre est attribué à plusieurs opérateurs économiques, ceux-ci sont au moins au nombre de trois, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats et d'offres.

Article R2362-5

Les dispositions des articles R. 2162-4 et R. 2162-5 s'appliquent.

Article R2362-6

Les marchés subséquents et les bons de commande sont conclus ou émis entre les acheteurs identifiés à cette fin dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à soumissionner, à négocier ou à participer au dialogue ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans un autre document de la consultation, et le ou les opérateurs économiques titulaires de l'accord-cadre.

Sous-section 2 - Dispositions propres aux marchés subséquents

Article R2362-7

Les dispositions des articles R. 2162-7 à R. 2162-10 s'appliquent.

Sous-section 3 - Dispositions propres aux bons de commande

Article R2362-8

Les dispositions des articles R. 2162-13 et R. 2162-14 s'appliquent.

Section 2 - Catalogues électroniques

Article R2362-9

Lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques est prévue par l'acheteur, celui-ci peut exiger que les offres soient présentées sous la forme d'un catalogue électronique ou qu'elles comportent un tel catalogue.

Article R2362-10

L'acheteur indique dans l'avis de marché ou dans l'invitation à soumissionner s'il autorise ou exige la présentation des offres sous la forme d'un catalogue électronique.

Il précise également, dans les documents de la consultation, toutes les informations requises en ce qui concerne le format, l'équipement électronique utilisé ainsi que les modalités de connexion et les spécifications techniques du catalogue.

Article R2362-11

Les catalogues électroniques sont établis par les candidats ou les soumissionnaires conformément aux spécifications techniques et au format prévus par l'acheteur. Ils respectent les exigences applicables aux moyens de communication électronique ainsi que toute exigence supplémentaire définie par l'acheteur conformément aux articles de la sous-section 2 du chapitre II du titre III.

Les offres présentées sous la forme d'un catalogue électronique peuvent être accompagnées de documents complémentaires.

Article R2362-12

Les dispositions de l'article R. 2162-55 s'appliquent.

Section 3 - Enchères électroniques

Article R2362-13

Les dispositions de l'article R. 2162-57 s'appliquent.

Article R2362-13 Version en vigueur à partir du 21 août 2026

Modifié par Décret n°2022-767 du 2 mai 2022 - art. 5

« L'enchère électronique porte :

*1° Soit uniquement sur le prix lorsque le marché est attribué sur la base de ce seul critère ;
2° Soit sur le prix ou sur d'autres éléments quantifiables indiqués dans les documents de la consultation lorsque le marché est attribué sur la base du coût ou d'une pluralité de critères ».*

Conformément au troisième alinéa de l'article 11 du décret n° 2022-767 du 2 mai 2022, ces dispositions entrent en vigueur le 21 août 2026 et s'appliquent aux marchés et aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de cette date.

Article R2362-14

L'acheteur qui décide de recourir à une enchère électronique en fait mention dans l'avis de marché.

Article R2362-15

Les dispositions des articles R. 2162-59 à R. 2162-61 s'appliquent.

Article R2362-16

Lorsque le choix de l'attributaire du marché n'est pas fondé sur le seul critère du prix, l'invitation adressée à chaque soumissionnaire est accompagnée du résultat de l'évaluation complète de son offre réalisée en application de l'article R. 2162-60.

Elle mentionne également la formule mathématique qui déterminera, lors de l'enchère électronique, les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix ou des nouvelles valeurs présentés. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, telle qu'indiquée dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. Le cas échéant, les fourchettes sont réduites à une valeur déterminée.

Lorsque des variantes sont autorisées, une formule distincte est fournie pour chaque variante.

Article R2362-17

Les dispositions des articles R. 2162-63 à R. 2162-65 s'appliquent.

Article R2362-18

Après la clôture de l'enchère électronique, le marché est attribué en fonction des résultats de celle-ci et sous réserve du respect des dispositions de la section 2 du chapitre II du titre V.

Titre VII - RÈGLES APPLICABLES À CERTAINS MARCHÉS DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ**Chapitre Ier - Règles applicables à certains marchés globaux****Article L2371-1**

L'acheteur peut décider de recourir aux marchés globaux mentionnés à l'article L. 2171-1. Les dispositions des articles L. 2171-2 à L. 2171-7 s'appliquent alors à ces marchés.

Section 1 - Caractéristiques des marchés globaux**Sous-section 1 - Marchés de conception-réalisation****Article R2371-1**

Les dispositions de l'article R. 2171-1 s'appliquent.

Sous-section 2 - Marchés globaux de performance**Article R2371-2**

Sous réserve de l'application des dispositions de l'article L. 2391-5, les prix des prestations de réalisation, d'exploitation ou de maintenance du marché global de performance apparaissent de manière séparée.

Sous-section 3 - Dispositions communes aux marchés globaux comportant des prestations de conception d'un ouvrage de bâtiment**Article D2371-3**

Les dispositions des articles D. 2171-4 à D. 2171-14 relatives aux études d'esquisse, aux études d'avant-projet, aux études de projet, aux études d'exécution, au suivi de la réalisation des travaux, à l'assistance aux opérations de réception et à la mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement s'appliquent.

Section 2 - Procédure de passation des marchés globaux**Article R2371-4**

Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, les acheteurs passent des marchés globaux de conception-réalisation ou de performance selon l'une des procédures mentionnées au chapitre IV du titre II, sous réserve des dispositions de la présente section.

Article R2371-5

Lorsque la procédure de l'appel d'offres restreint est utilisée, un jury, composé dans les conditions de l'article R. 2371-6, est désigné par l'acheteur.

Lorsque la procédure avec négociation ou la procédure du dialogue compétitif est utilisée, la désignation d'un jury est facultative.

Article R2371-6

Le jury est composé de personnes indépendantes des candidats. Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à la procédure, au moins un tiers des membres du jury doit posséder cette qualification ou une qualification équivalente.

Les membres du jury sont désignés selon les modalités suivantes :

1° En ce qui concerne les administrations centrales de l'Etat, les services à compétence nationale et les services déconcentrés qui ne sont pas placés sous l'autorité du préfet, par le ministre dont ils dépendent ;

2° En ce qui concerne les services déconcentrés de l'Etat placés sous l'autorité du préfet, par le préfet ;

3° En ce qui concerne les établissements publics de l'Etat, selon les règles propres à chaque établissement.

En cas de groupement de commandes, la composition du jury est fixée par la convention de groupement.

Article R2371-7

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir. L'acheteur arrête la liste des candidats admis à réaliser des prestations.

Les candidats admis exécutent des prestations sur lesquelles se prononce le jury, après les avoir entendus. Ces prestations comportent au moins un avant-projet sommaire pour un

ouvrage de bâtiment ou, pour un ouvrage d'infrastructure, un avant-projet accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage.

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats et formule un avis motivé.

L'acheteur peut demander des clarifications ou des précisions concernant les offres déposées par les candidats. Ces précisions, clarifications ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché.

Le marché est attribué au vu de l'avis du jury.

Section 3 - Versement d'une prime

Article R2371-8

Les documents de la consultation indiquent le montant de la prime qui sera versée aux soumissionnaires ainsi que ses modalités de réduction ou de suppression :

1° Pour la passation d'un marché de conception-réalisation lorsque les documents de la consultation ont prévu la remise de prestations ;

2° Pour la passation d'un marché global de performance qui comporte des prestations de conception.

Article R2371-9

Les dispositions des articles R. 2171-20 à R. 2171-22 s'appliquent.

Chapitre II - Règles applicables à certains marchés de défense ou de sécurité en fonction de leur objet

Article L2372-1

Les dispositions des articles L. 2172-2 à L. 2172-4 s'appliquent.

Section 1 - Marchés de maîtrise d'œuvre

Sous-section 1 - Définition

Article R2372-1

Les marchés de maîtrise d'œuvre ont pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage, l'exécution d'un ou plusieurs éléments de la mission énoncée à l'article L. 2431-1.

Ces marchés sont passés selon les modalités prévues à la présente section et, lorsqu'ils relèvent, ainsi que les acheteurs qui les concluent, du livre IV, dans le respect des dispositions de ce livre.

Sous-section 2 - Procédures applicables

Article R2372-2

Pour les marchés de maîtrise d'œuvre qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, l'acheteur peut recourir :

1° Soit à l'appel d'offres restreint dans les conditions prévues à l'article R. 2372-3 ;

2° Soit à la procédure avec négociation dans les conditions prévues à l'article R. 2372-4 ;

3° Soit à la procédure sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les conditions de recours à cette procédure sont réunies ;

4° Soit à la procédure du dialogue compétitif dans les conditions prévues à l'article R. 2372-5.

Article R2372-3

Lorsque la procédure de l'appel d'offres restreint est utilisée, un jury composé dans les

conditions définies à l'article R. 2371-6 émet un avis motivé sur les candidatures et sur les offres.

Article R2372-4

Lorsque la procédure avec négociation est utilisée, l'acheteur, après avis du jury composé conformément aux dispositions de l'article R. 2371-6, dresse la liste des candidats admis à négocier, dont le nombre ne peut être inférieur à trois sauf si le nombre de candidats n'est pas suffisant.

Article R2372-5

Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à la réhabilitation d'un ouvrage, l'acheteur peut recourir au dialogue compétitif lorsque les conditions de recours à cette procédure sont réunies.

Un jury peut être composé conformément aux dispositions de l'article R. 2371-6.

Dans ce cas, il examine les candidatures et formule dans un procès-verbal un avis motivé sur celles-ci. L'acheteur dresse la liste des candidats admis au dialogue au vu de cet avis. A l'issue du dialogue, le jury examine les offres finales, les évalue et les classe dans un avis motivé qui fait l'objet d'un procès-verbal. Il peut inviter les candidats à apporter des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments sur leur offre finale.

Le marché est attribué au vu de l'avis du jury.

Sous-section 3 - Primes

Article R2372-6

Pour les marchés de maîtrise d'œuvre relatifs à des ouvrages auxquels sont applicables les dispositions du livre IV, les soumissionnaires qui ont remis des prestations conformes aux documents de la consultation bénéficient d'une prime.

Le montant de la prime attribuée à chaque soumissionnaire est égal au prix estimé des études à effectuer, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.

Article R2372-7

Pour les marchés de maîtrise d'œuvre relatifs à des ouvrages auxquels ne sont pas applicables les dispositions du livre IV, les soumissionnaires qui ont remis des prestations conformes aux documents de la consultation bénéficient d'une prime dont le montant est librement défini par l'acheteur.

Article R2372-8

Lorsque le marché de maîtrise d'œuvre répond à un besoin dont la valeur estimée est supérieure aux seuils de procédure formalisée et lorsque sa procédure de passation fait intervenir un jury, la prime est versée aux soumissionnaires sur proposition du jury.

Article R2372-9

Les documents de la consultation indiquent le montant de la prime qui sera versée aux soumissionnaires ainsi que ses modalités de réduction ou de suppression.

La rémunération du titulaire du marché de maîtrise d'œuvre tient compte de la prime qu'il a reçue pour sa participation à la procédure.

Section 2 - Marchés de décoration des constructions publiques

Article R2372-10

Les dispositions de l'article R. 2172-7 s'appliquent.

Sous-section 1 - Marchés inférieurs aux seuils européens

Paragraphe 1 - Marchés portant sur la commande d'une ou plusieurs réalisations artistiques à créer

Article R2372-11

Les dispositions des articles R. 2172-8 à R. 2172-10 s'appliquent.

Article R2372-12

Lorsque la commande ne peut être confiée qu'à un prestataire déterminé en application des dispositions de l'article R. 2322-5, l'acheteur peut négocier sans publicité ni mise en concurrence préalable le marché de décoration des constructions publiques.

Dans les autres cas, il doit procéder à une publicité adaptée du programme de la commande artistique permettant une information suffisante des artistes en fonction de la nature et du montant de la commande. L'avis de publicité précise le nombre d'artistes qui sera autorisé à présenter un projet en réponse au programme.

Article R2372-13

Les dispositions des articles R. 2172-12 à R. 2172-14 s'appliquent.

Paragraphe 2 - Marchés portant sur l'achat d'une ou plusieurs réalisations artistiques existantes

Article R2372-14

Les dispositions des articles R. 2172-15 et R. 2172-16 s'appliquent.

Sous-section 2 - Marchés de décoration des constructions publiques supérieurs aux seuils européens

Article R2372-15

Les dispositions de l'article R. 2172-17 s'appliquent.

Sous-section 3 - Composition et fonctionnement du comité artistique

Article R2372-16

Les dispositions des articles R. 2172-18 et R. 2172-19 s'appliquent.

Section 3 - Partenariats d'innovation

Article R2372-17

Les dispositions des articles R. 2172-20, R. 2172-21, R. 2172-23 à R. 2172-25, R. 2172-31 et R. 2172-32 s'appliquent.

Article R2372-18

Les partenariats d'innovation qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée sont passés selon une procédure avec négociation.

Toutefois, les réductions de délais du fait de l'urgence ne sont pas applicables.

Section 4 - Marchés présentant des aléas techniques importants

Article R2372-19

Dans les marchés de défense ou de sécurité présentant des aléas techniques importants, notamment ceux comportant une part de développement ou relatifs au maintien en conditions opérationnelles de matériels, l'acheteur peut prévoir, dans des cas dûment justifiés,

l'acquisition en cours d'exécution d'une part de fournitures ou de services qui n'ont pu être définis avec précision dans le marché public initial. Ces fournitures ou ces services doivent être liés à l'objet du marché et nécessaires à son exécution.

Article R2372-20

Le recours à la faculté mentionnée à l'article R. 2372-19 doit être indiqué dans les documents de la consultation.

La part des fournitures ou des services qui pourront être acquis en cours d'exécution sans avoir été définis dans le marché initial et les conditions de fixation du prix de ces fournitures ou services doivent être indiqués dans le marché. Cette part doit être justifiée et ne peut être supérieure à 15 % du montant total du marché initial.

Article R2372-21

Les fournitures ou services mentionnés à l'article R. 2372-19 sont commandés, le cas échéant, après négociation avec le titulaire.

Section 5 - Marchés relatifs à l'achat de véhicules à moteur

Article R2372-22

Les dispositions de l'article R. 2172-35 s'appliquent.

Article R2372-23

Il peut être satisfait à l'obligation mentionnée à l'article R. 2172-35 par :

1° La fixation de spécifications techniques conformes aux dispositions des sections 2 et 3 du chapitre Ier du titre Ier relatives aux performances énergétiques et environnementales du véhicule ;

2° L'inclusion des incidences énergétiques et environnementales du véhicule, sur toute sa durée de vie, dans les critères d'attribution prévus aux articles R. 2352-5 et R. 2352-6. Les incidences à prendre en compte sont définies selon les modalités fixées à l'article R. 2172-38. Si l'acheteur choisit de traduire ces incidences en valeur monétaire, leur quantification doit se conformer à la méthodologie établie en application de cet article.

Article R2372-24

Les dispositions de l'article R. 2172-38 s'appliquent.

Chapitre III - Marchés de partenariat de défense ou de sécurité

Article L2373-1

Les marchés de partenariat de défense ou de sécurité sont soumis aux dispositions du présent livre, à l'exception :

1° De l'article L. 2312-1, en tant qu'il renvoie aux dispositions des sections 2 et 3 du chapitre II du titre Ier du livre Ier ;

2° Des dispositions du chapitre Ier du titre IX ;

3° Des dispositions de la section 2 du chapitre III du titre IX.

Les marchés de partenariat de défense ou de sécurité sont soumis aux dispositions du livre II, à l'exception des articles L. 2200-1, L. 2221-2, L. 2221-3, L. 2223-2, L. 2223-3, et L. 2234-3.

Article R2373-1

Les marchés de partenariat de défense ou de sécurité sont soumis aux dispositions du présent livre, à l'exception :

1° Des dispositions des sections 2 et 3 du chapitre II du titre Ier ;

2° Des dispositions du chapitre Ier du titre IX ;

3° Des dispositions de la section 2 du chapitre III du titre IX. Ils sont également soumis aux dispositions du livre II, à l'exception de son article R. 2200-1, sous réserve des dispositions suivantes :

1° Le seuil prévu à l'article L. 2211-5, au-delà duquel les acheteurs peuvent recourir au marché de partenariat, est fixé à 20 millions d'euros hors taxes ;

2° La part minimale que le titulaire s'engage à confier, directement ou indirectement, à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans en application de l'article R. 2213-5, est fixée à 20 % du montant prévisionnel du contrat hors coût de financement, sauf lorsque la structure économique du secteur concerné, la sécurité des approvisionnements ou celle des informations ne le permettent pas. Ce taux peut être modifié par décret.

Titre VIII - ACHÈVEMENT DE LA PROCÉDURE

Chapitre Ier - Information des candidats et des soumissionnaires évincés

Article L2381-1

Les dispositions de l'article L. 2181-1 s'appliquent.

Article R2381-1

Les dispositions des articles R. 2181-1 à R. 2181-4 s'appliquent.

Chapitre II - Signature et notification du marché

Section 1 - Signature du marché

Article R2382-1

Les dispositions de l'article R. 2182-1 s'appliquent.

Article R2382-2

Le respect du délai mentionné à l'article R. 2182-1 n'est pas exigé :

- 1° Lorsque le marché est attribué au seul opérateur ayant participé à la consultation ;
- 2° Pour l'attribution des marchés subséquents fondés sur un accord-cadre.

Article R2382-3

Les dispositions de l'article R. 2182-3 s'appliquent.

Section 2 - Notification du marché

Article R2382-4

Les dispositions de l'article R. 2182-4 s'appliquent.

Chapitre III - Avis d'attribution

Article L2383-1

Les dispositions de l'article L. 2183-1 s'appliquent.

Section 1 - Modalités de publication

Article R2383-1

Pour les marchés de défense ou de sécurité répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code, l'acheteur envoie pour publication, dans un délai maximal de quarante-huit jours à compter de la

signature du marché, un avis d'attribution.

Cet avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne.

Article R2383-2

Les dispositions des articles R. 2183-2 et R. 2183-3 s'appliquent.

Section 2 - Dispositions particulières relatives au contenu des avis d'attribution

Article R2383-3

Dans les conditions fixées par l'article L. 2332-1, certaines informations sur la passation du marché peuvent ne pas être publiées au cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public, en particulier aux intérêts en matière de défense ou de sécurité, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique en particulier, public ou privé, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

Chapitre IV - Conservation des informations

Article L2384-1

Les dispositions de l'article L. 2184-1 s'appliquent.

Section 1 - Rapport de présentation de la procédure menée par les acheteurs

Article R2384-1

L'acheteur établit un rapport de présentation de la procédure de passation des marchés de défense ou de sécurité répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code.

Article R2384-2

Le rapport de présentation comporte au moins les éléments suivants :

- 1° Le nom et l'adresse de l'acheteur, l'objet et la valeur du marché ;
- 2° La procédure de passation choisie ;
- 3° Le nom des candidats exclus et les motifs du rejet de leur candidature ;
- 4° Le nom des candidats sélectionnés et les motifs de ce choix ;
- 5° Le nom des soumissionnaires dont l'offre a été écartée et les motifs de ce rejet, y compris, le cas échéant, les raisons qui ont amené à la juger anormalement basse ;
- 6° Le nom du titulaire et les motifs du choix de son offre, ainsi que, si ces informations sont connues, la part du marché que le titulaire a l'intention ou sera tenu de sous-contracter à des tiers et le nom des sous-contractants.

Article R2384-3

Le rapport de présentation comporte en outre, lorsqu'il y a lieu, les éléments suivants :

- 1° Les motifs du recours à la procédure de passation sans publicité ni mise en concurrence préalable ou à la procédure de dialogue compétitif ;
- 2° Les motifs du recours à un accord-cadre d'une durée supérieure à sept ans ;
- 3° La justification du dépassement des durées prévues aux articles R. 2322-8 et R. 2322-12 ;
- 4° Toutes les informations sur le déroulement des procédures d'attribution conduites par voie électronique ;
- 5° Les motifs des décisions concernant la participation à la procédure de passation des opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen ;
- 6° Si l'acheteur a pris des mesures appropriées pour s'assurer que la concurrence n'a pas

été faussée par les consultations, l'avis ou la participation des tiers en application de la section 1 du chapitre Ier du titre Ier, la description de ces mesures ;
 7° Les conflits d'intérêts décelés et les mesures prises en conséquence ;
 8° Les raisons pour lesquelles l'acheteur a renoncé à passer un marché.

Article R2384-4

Les dispositions des articles R. 2184-5 et R. 2184-6 s'appliquent.

Section 2 - Durée de conservation

Article R2384-5

Les dispositions des articles R. 2184-12 et R. 2184-13 s'appliquent.

Chapitre V - Abandon de la procédure

Article R2385-1

Les dispositions des articles R. 2185-1 et R. 2185-2 s'appliquent.

Titre IX - EXÉCUTION DU MARCHÉ

Chapitre Ier - Exécution financière

Article L2391-1

Sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire, les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux marchés de défense ou de sécurité passés par l'Etat et ses établissements publics.

Section 1 - Avances

Article L2391-2

Les marchés de défense ou de sécurité donnent lieu à des versements à titre d'avances, dans les conditions prévues par voie réglementaire.

Article L2391-3

Les dispositions de l'article L. 2191-3 s'appliquent.

Sous-section 1 - Dispositions générales

Paragraphe 1 - Principe de versement d'une avance

Article R2391-1

L'acheteur accorde une avance au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché est supérieur à 250 000 euros hors taxes et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à trois mois.

Lorsque le titulaire est une petite ou moyenne entreprise ou un artisan au sens de l'article R. 2351-12, une avance est versée lorsque le montant initial du marché ou de la tranche est supérieur à 50 000 euros hors taxes et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois.

Article R2391-2

Les dispositions des articles R. 2191-4 et R. 2191-5 s'appliquent.

Paragraphe 2 - Modalités de calcul du montant de l'avance

Article R2391-3

Les dispositions de l'article R. 2191-6 s'appliquent.

Article R2391-4

Lorsque la durée du marché est inférieure ou égale à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % du montant initial toutes taxes comprises du marché. Lorsque la durée du marché est supérieure à douze mois, le montant de l'avance est fixé entre 5 % et 30 % d'une somme égale à douze fois le montant initial toutes taxes comprises du marché divisé par sa durée exprimée en mois. Lorsque le titulaire est une petite ou moyenne entreprise ou un artisan au sens de l'article R. 2351-12, le seuil de 5 % mentionné aux deux alinéas précédents est porté à 20 %.

Article R2391-5

L'acheteur peut porter le montant de l'avance de 30 % du montant calculé conformément aux dispositions de l'article R. 2391-4 à un maximum de 60 % à la condition que le titulaire constitue une garantie à première.

L'obligation de constituer cette garantie peut être supprimée ou aménagée par un arrêté conjoint du ministre chargé de la défense et du ministre chargé de l'économie.

La constitution de cette garantie n'est toutefois pas exigée des personnes publiques titulaires d'un marché.

Article R2391-6

Les dispositions des articles R. 2191-9 et R. 2191-10 s'appliquent.

Paragraphe 3 - Modalités de remboursement de l'avance

Article R2391-7

Les dispositions de l'article R. 2191-11 s'appliquent.

Sous-section 2 - Dispositions particulières

Paragraphe 1 - Marchés à tranches

Article R2391-8

Dans le cas d'un marché à tranches, une avance est versée au titulaire pour chaque tranche affermie dans les conditions prévues à la sous-section 1.

Article R2391-9

Les dispositions de l'article R. 2191-14 s'appliquent.

Article R2391-10

Dans le cadre d'un marché à tranches, le marché peut prévoir que le remboursement de l'avance s'impute par précompte sur la somme due au titulaire au titre de l'avance versée pour la tranche suivante lorsque celle-ci a été affermie avant que le montant de l'avance accordée au titre de la tranche précédente ne soit intégralement remboursé.

Paragraphe 2 - Marchés reconductibles

Article R2391-11

Dans le cas d'un marché reconductible, une avance est versée au titulaire pour chaque reconduction dans les conditions prévues à la sous-section 1.

Paragraphe 3 - Accords-cadres à bons de commande

Article R2391-12

Lorsque l'accord-cadre exécuté par l'émission de bons de commande ne prévoit pas de montant minimum, l'avance est accordée pour chaque bon de commande remplissant les conditions prévues à la sous-section 1.

Cour administrative d'appel de Paris

16-01-2024
n° 22PA02804

Sommaire :

La cour administrative d'appel de Paris vient de préciser que l'absence de bons de commande dans le cadre d'un marché public (accord-cadre) est sans conséquence sur l'existence même de ce contrat. Aussi, la responsabilité contractuelle d'une commune peut être recherchée à la condition que la réalité du préjudice soit effectivement démontrée.(1)

Article R2391-13

Lorsque l'accord-cadre exécuté par l'émission de bons de commande prévoit un montant minimum supérieur à 250 000 euros hors taxes ou à 50 000 euros hors taxes lorsque le titulaire est une petite ou moyenne entreprise ou un artisan au sens de l'article R. 2351-12, l'avance est accordée en une seule fois sur la base de ce montant minimum.

Article R2391-14

Lorsque l'accord-cadre exécuté par l'émission de bons de commande prévoit un montant minimum supérieur à 250 000 euros hors taxes, ou à 50 000 euros hors taxes lorsque le titulaire est une petite ou moyenne entreprise ou un artisan au sens de l'article R. 2351-12, et est conclu par un groupement de commande, l'avance peut être accordée dans les conditions fixées à l'article R. 2391-12 dès lors que chaque membre du groupement procède au paiement des prestations qu'il a commandées.

Article R2391-15

Les dispositions de l'article R. 2191-19 s'appliquent.

Section 2 - Acomptes**Article L2391-4**

Les marchés de défense ou de sécurité donnent lieu à des versements à titre d'acomptes, dans les conditions prévues par voie réglementaire, dès lors que les prestations ont commencé à être exécutées.

Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte.

Article R2391-16

Les dispositions des articles R. 2191-20 et R. 2191-21 s'appliquent.

Article R2391-17

La périodicité du versement des acomptes est fixée en tenant compte des caractéristiques et de la durée du marché. Elle est fixée au maximum à six mois.

Lorsque le titulaire du marché est une petite ou moyenne entreprise ou un artisan au sens de l'article R. 2351-12, la périodicité du versement des acomptes est fixée au maximum à trois mois. Ce délai est ramené à un mois pour les marchés de travaux et, sur demande du titulaire du marché, pour les marchés de fournitures et de services.

Section 3 - Régime des paiements**Article L2391-5**

Tout paiement différé est interdit dans les marchés de défense ou de sécurité.

Toutefois, une décision conjointe du ministre de la défense et du ministre du budget peut autoriser l'insertion d'une clause prévoyant un paiement différé pour tenir compte de circonstances particulières, telles que l'urgence ou les caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service.

Article L2391-6

Les dispositions de l'article L. 2191-6 s'appliquent.

Sous-section 1 - Dispositions générales**Article R2391-18**

Lorsque la décision d'autoriser l'insertion dans un marché d'une clause de paiement différé a été prise en application de l'article L. 2391-5, les dispositions des sections 1 et 2 du présent chapitre ainsi que l'article R. 2191-27 et le premier alinéa de l'article R. 2191-28 ne sont pas applicables.

Article R2391-19

Les dispositions des articles R. 2191-23 à R. 2191-25 s'appliquent.

Sous-section 2 - Règlement partiel définitif**Article R2391-20**

Les dispositions des articles R. 2191-26, R. 2191-27, R. 2191-29 et R. 2191-31 s'appliquent.

Article R2391-20-1

Le paiement calculé sur la base des valeurs finales de référence utilisées pour l'application de la clause de variation de prix intervient au plus tard trois mois après la date à laquelle sont publiées ces valeurs.

« Lorsque la valeur finale des références n'est pas connue à la date à laquelle doit intervenir un acompte ou un paiement partiel définitif, l'acheteur procède à un règlement provisoire sur la base des dernières références connues. Les parties peuvent néanmoins convenir de calculer les paiements, y compris le solde du marché, sur la base d'indices provisoires.

Article R2391-20-2

En cas de résiliation totale ou partielle du marché public, les parties peuvent s'accorder, sans attendre la liquidation définitive du solde, sur un montant de dettes et de créances, hors indemnisation éventuelle, acceptées par elles, à titre provisionnel.

« Si le solde est créditeur au profit du titulaire, l'acheteur lui verse 80 % de ce montant. S'il est créancier au profit de l'acheteur, le titulaire lui reverse 80 % de ce montant. Un délai peut être accordé au titulaire pour s'acquitter de sa dette. Dans cette hypothèse, l'acheteur peut exiger que le titulaire fournisse, à sa convenance, soit une garantie à première demande soit une caution personnelle et solidaire.

Section 4 - Garanties**Article L2391-7**

Les dispositions de l'article L. 2191-7 s'appliquent.

Sous-section 1 - Retenue de garantie

Article R2391-21

Les dispositions de l'article R. 2191-32 s'appliquent.

Article R2391-22

Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 10 % du montant initial augmenté, le cas échéant, du montant des modifications du marché en cours d'exécution.

Article R2391-23

La retenue de garantie est prélevée par fractions sur les acomptes, les règlements partiels définitifs et le solde.

Dans l'hypothèse où le montant des sommes dues au titulaire ne permettrait pas de procéder au prélèvement de la retenue de garantie, celui-ci est tenu de constituer une garantie à première demande selon les modalités prévues à la sous-section 2.

L'acheteur peut décider de ne pas appliquer les dispositions du deuxième alinéa aux personnes publiques titulaires d'un marché.

Article R2391-24

Les dispositions de l'article R. 2191-35 s'appliquent.

Sous-section 2 - Garantie à première demande et caution personnelle et solidaire**Article R2391-25**

Les dispositions des articles R. 2191-36 à R. 2191-42 s'appliquent.

Sous-section 3 - Autres garanties**Article R2391-26**

Le marché peut prévoir d'autres garanties que celle prévues à la sous-section 1 pour l'exécution d'un engagement particulier.

Article R2391-27

En cas de résiliation d'un marché qui n'a pas prévu de retenue de garantie, lorsqu'un délai est accordé au titulaire dans les conditions prévues à l'article R. 2391-20-2 pour reverser à l'acheteur 80 % du montant de l'éventuel solde créditeur apparu au profit de celui-ci, l'acheteur peut exiger du titulaire que celui-ci fournisse, à sa convenance, soit une garantie à première demande soit une caution personnelle et solidaire.

Section 5 - Cession ou nantissement des créances**Article L2391-8**

Les dispositions de l'article L. 2191-8 s'appliquent.

Article R2391-28

Les dispositions des articles R. 2191-45 à R. 2191-63 s'appliquent.

Chapitre II - Modalités de facturation et de paiement**Section 1 - Facturation électronique****Sous-section 1 - Transmission et réception des factures sous forme électronique****Paragraphe 1- Norme de facturation électronique****Article L2392-1**

Les titulaires de marchés de défense ou de sécurité conclus avec l'Etat ou ses établissements publics, ainsi que leurs sous-traitants admis au paiement direct, peuvent transmettre leurs factures sous forme électronique.

Article L2392-2

L'Etat et ses établissements publics acceptent les factures transmises sous forme électronique par les titulaires de marchés de défense ou de sécurité mentionnés à l'article L. 2392-1 et leurs sous-traitants admis au paiement direct, sauf lorsque la passation et l'exécution de ces marchés sont déclarées secrètes ou doivent s'accompagner de mesures particulières de sécurité.

Article L2392-3

Sans préjudice de l'article L. 2392-2, l'Etat et ses établissements publics acceptent les factures conformes à la norme de facturation électronique définie par voie réglementaire et transmises sous forme électronique par les titulaires de marchés de défense ou de sécurité et leurs sous-traitants admis au paiement direct.

Article L2392-4

Les modalités d'application de la présente sous-section, notamment les éléments essentiels que doivent contenir les factures électroniques, sont définies par voie réglementaire.

Article D2392-1

La norme de facturation électronique mentionnée à l'article L. 2392-3 est celle fixée par la décision (UE) 2017/1870 de la Commission européenne du 16 octobre 2017 concernant la publication de la référence de la norme européenne sur la facturation électronique et de la liste des syntaxes en vertu de la directive 2014/55/ UE du Parlement européen et du Conseil.

Sous-section 3**« Contrôles et transmission des factures et des données relatives à la facturation et au paiement****Article R. 2392-4**

Les dispositions des articles 242 nonies A à 242 nonies L et de l'article 242 nonies P de l'annexe II au code général des impôts s'appliquent aux factures échangées en application de la présente section.

Entrée en vigueur : conformément à l'article 26 de la loi n° 2022-1157 du 16 août 2022 de finances rectificative pour 2022, le décret entre en vigueur de manière différée et progressive :

- d'une part, l'obligation d'émission et de transmission des factures électroniques entre assujettis, de transmission des données de ces factures et de transmission des données de transaction et de paiement à l'administration fiscale s'applique aux factures émises ou à défaut aux opérations réalisées à compter du :

1er juillet 2024 pour les grandes entreprises ;

1er janvier 2025 pour les entreprises de taille intermédiaire ;

1er janvier 2026 pour les petites et moyennes entreprises et les microentreprises.

Paragraphe 2 - Mentions obligatoires des factures sous forme électronique**Article D. 2392-2**

Sans préjudice des mentions obligatoires fixées par les dispositions législatives ou réglementaires, les factures sous forme électronique mentionnées aux articles L. 2392-1 à L. 2392-3 comportent les mentions prévues à l'article D. 2192-2.

Sous-section 2- Portail public de facturation**Article L2392-5**

Une solution mutualisée, mise à disposition par l'Etat et dénommée " portail public de facturation " permet le dépôt, la réception et la transmission des factures sous forme électronique.

Pour la mise en œuvre des obligations fixées à la sous-section 1 de la présente section, utilisent le portail public de facturation :

- 1° L'Etat et ses établissements publics ;
- 2° Les titulaires de marchés de défense ou de sécurité conclus avec un acheteur mentionné au 1°, ainsi que leurs sous-traitants admis au paiement direct, lorsqu'ils transmettent leurs factures par voie électronique.

Article L2392-6

Ne sont pas soumises à la présente sous-section les factures émises en exécution des marchés de défense ou de sécurité passés par :

- 1° L'Etat et ses établissements publics en cas d'impératif de défense ou de sécurité nationale ;
- 2° La Caisse des dépôts et consignations ;
- 3° L'établissement public mentionné à l'article L. 2142-1 du code des transports ;
- 4° La SNCF, SNCF Réseau et SNCF Voyageurs. Article L2392-7 Les modalités d'application de la présente sous-section sont précisées par voie réglementaire.

Article R. 2392-3

Un arrêté du ministre chargé du budget, annexé au présent code, définit les modalités techniques selon lesquelles le dépôt, la transmission et la réception des factures sont effectués sur le portail public de facturation en application de l'article L. 2392-5. Ces modalités garantissent la réception immédiate et intégrale des factures et assure la fiabilité de l'identification de l'émetteur, l'intégrité des données, la sécurité, la confidentialité et la traçabilité des échanges.

L'utilisation du portail public de facturation est exclusive de tout autre mode de transmission sous forme électronique. Lorsqu'une facture lui est transmise en dehors de ce portail, la personne publique destinataire ne peut la rejeter qu'après avoir informé l'émetteur par tout moyen de l'obligation mentionnée à l'article L. 2392-5 et l'avoir invité à s'y conformer en utilisant ce portail.

Section 2 - Délais de paiement

Article L2392-10

Les dispositions des articles L. 2192-10 et L. 2192-12 à L. 2192-14 s'appliquent.

Article R2392-10

Les dispositions des articles R. 2192-10 à R. 2192-22, R. 2192-25 à R. 2192-34 et R. 2192-36 s'appliquent.

En cas de versement d'une avance en application de l'article R. 2391-1, le délai de paiement de celle-ci court à compter de la date définie dans les conditions fixées à l'article R. 2192-24.

Article D2392-11

Les dispositions de l'article D. 2192-35 s'appliquent.

Article R2392-12

Le délai de paiement du sous-traitant court à compter de la réception par l'acheteur de l'accord, total ou partiel, du titulaire d'un marché sur le paiement demandé.

A défaut de notification d'un accord ou d'un refus par le titulaire dans le délai mentionné à l'article R. 2193-12, le délai de paiement court à compter soit de l'expiration du délai mentionné à cet article, soit de la réception par l'acheteur de l'avis postal mentionné à l'article R. 2193-14.

Section 3 - Paiement par carte d'achat des marchés des personnes morales de droit public dotées d'un comptable public

Article R2392-13

Les dispositions de l'article R. 2192-37 s'appliquent.

Chapitre III - Dispositions relatives aux sous-contrats

Article L2393-1

Dans les conditions fixées par le présent chapitre, le titulaire d'un marché de défense ou de sécurité peut, sous sa responsabilité, confier à un autre opérateur économique, dénommé sous-contractant, l'exécution d'une partie de son marché, y compris un marché de fournitures, sans que cela consiste en une cession du marché.

Un sous-contractant est un sous-traitant au sens de l'article L. 2193-2 ou un opérateur économique avec lequel le titulaire conclut en vue de la réalisation d'une partie de son marché un contrat dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise.

Un contrat est dépourvu des caractéristiques du contrat d'entreprise, au sens de l'alinéa précédent, lorsqu'il a pour objet la fourniture de produits ou la prestation de services qui ne sont pas réalisés spécialement pour répondre aux besoins de l'acheteur.

Article R2393-1

Les dispositions de la section 1 s'appliquent à l'ensemble des sous-contrats.

Les dispositions de la section 2 s'appliquent aux sous-contrats qui présentent le caractère de sous-traités.

Les dispositions de la section 3 s'appliquent aux sous-contrats qui ne présentent pas le caractère de sous-traités.

Article L2393-2

Les dispositions de la section 1 s'appliquent à l'ensemble des sous-contrats.

Les dispositions de la section 2 s'appliquent aux sous-contrats qui présentent le caractère de sous-traités.

Les dispositions de la section 3 s'appliquent aux sous-contrats qui ne présentent pas le caractère de sous-traités.

Article R2393-2

Pour l'application des dispositions des sous-sections 1 à 3, ne sont pas considérés comme des sous-contractants :

- 1° Les membres d'un même groupement les uns vis-à-vis des autres ;
- 2° Les opérateurs économiques sur lesquels le titulaire du marché exerce, directement ou indirectement, une influence dominante au sens du deuxième alinéa de l'article L. 1212-2 ;
- 3° Les opérateurs économiques qui peuvent exercer une influence dominante, au sens du deuxième alinéa de l'article L. 1212-2, sur le titulaire du marché ;
- 4° Les opérateurs économiques qui sont soumis avec le titulaire du marché à l'influence dominante, au sens du deuxième alinéa de l'article L. 1212-2, d'un même opérateur économique.

Section 1 - Dispositions communes aux sous-contrats

Article L2393-3

L'acheteur peut imposer au titulaire du marché :

- 1° De mettre en concurrence les opérateurs économiques afin de les choisir comme sous-contractants ;

2° De sous-contracter une partie des marchés.
Pour l'application du présent article, les opérateurs économiques liés au titulaire ne sont pas considérés comme des sous-contractants.

Article R2393-3

Les dispositions de la sous-section 1 précisent les modalités par lesquelles l'acheteur peut imposer au titulaire d'un marché de défense ou de sécurité de recourir à une mise en concurrence pour choisir son ou ses sous-contractants.
Les dispositions de la sous-section 2 précisent les obligations du titulaire lorsque l'acheteur lui impose de sous-contracter une partie de son marché.
Les dispositions de la sous-section 3 précisent les règles de mise en concurrence des sous-contractants applicables au titulaire du marché.
Les dispositions des sous-sections 4 et 5 s'appliquent à l'ensemble des cas où le titulaire recourt à des sous-contractants.

Article L2393-4

Il ne peut être exigé du titulaire qu'il se comporte de façon discriminatoire à l'égard de ses sous-contractants potentiels, notamment en raison de leur nationalité.

Article L2393-5

En cas de sous-contrat, le titulaire du marché principal demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du marché.

Article L2393-6

L'acheteur peut demander au candidat, au soumissionnaire ou au titulaire du marché d'indiquer l'identité des sous-contractants qu'il entend solliciter ainsi que la nature et l'étendue des prestations qui leur seront confiées. Il peut exiger du soumissionnaire ou du titulaire la remise des sous-contrats.

Article L2393-7

Par dérogation aux dispositions de l'article L. 2393-1, l'acheteur peut exiger que certaines tâches essentielles du marché soient effectuées directement par le titulaire, notamment pour des motifs liés à la sécurité des approvisionnements ou des informations.

Article L2393-8

L'acheteur peut ne pas accepter un opérateur économique proposé par le candidat, le soumissionnaire ou le titulaire comme sous-contractant s'il est placé dans un cas d'exclusion mentionné au chapitre Ier du titre IV ou au motif qu'il ne présente pas les garanties suffisantes telles que celles exigées pour les candidats du marché public principal, notamment en termes de capacités techniques, professionnelles et financières ou de sécurité de l'information ou de sécurité des approvisionnements. Les conditions de rejet par l'acheteur d'un sous-contractant présenté au moment du dépôt de l'offre ou en cours d'exécution du marché sont précisées par voie réglementaire.

Article L2393-9

Lorsque le titulaire décide d'attribuer les sous-contrats sur la base d'un accord-cadre défini au 1° de l'article L. 2325-1, la durée de cet accord-cadre ne peut pas dépasser sept ans, sauf dans des circonstances exceptionnelles déterminées en tenant compte de la durée de vie prévue des objets, installations ou systèmes livrés, ainsi que des difficultés techniques que peut occasionner un changement d'opérateur économique tiers.

Sous-section 1 - Obligation du titulaire de mettre en concurrence les sous-contractants

Article R2393-4

Lorsque l'acheteur décide d'imposer au titulaire, pour tous les sous-contrats ou certains d'entre eux, de mettre en concurrence les opérateurs économiques afin de choisir un ou des sous-contractants en application du 1° de l'article L. 2393-3, il l'indique dans l'avis de marché. Le cas échéant, l'acheteur identifie également dans cet avis les tâches essentielles qui ne peuvent pas faire l'objet d'un sous-contrat en application de l'article L. 2393-7.

Article R2393-5

Le soumissionnaire indique dans son offre la liste exhaustive des entreprises mentionnées aux 1° à 4° de l'article R. 2393-2, qui ne sont pas considérées comme sous-contractants. Il tient cette liste à jour et informe l'acheteur de toute modification.

Article R2393-6

Le titulaire du marché de défense ou de sécurité attribue les sous-contrats dans les conditions définies à la sous-section 3.

Sous-section 2 - Obligation du titulaire de sous-contracter

Article R2393-7

Lorsque l'acheteur décide d'imposer au titulaire de sous-contracter une partie de son marché en application du 2° de l'article L. 2393-3, il l'indique dans l'avis de marché sous la forme de pourcentages fixés dans les conditions prévues par l'article R. 2393-8. Le cas échéant, il identifie également dans cet avis les tâches essentielles qui ne peuvent faire l'objet d'un sous-contrat en application de l'article L. 2393-7.

Article R2393-8

L'acheteur indique dans l'avis de marché la part minimale du montant du marché que le titulaire sera tenu de sous-contracter sous la forme d'une fourchette comportant un pourcentage minimum et un pourcentage maximum lequel ne peut pas dépasser 30 % du montant du marché.
Les pourcentages doivent être proportionnés à l'objet et à la valeur du marché ainsi qu'à la nature du secteur industriel concerné, notamment le niveau de concurrence prévalant dans ce secteur et les capacités techniques concernées de la base industrielle.

Article R2393-9

L'acheteur peut demander au candidat, dans l'avis de marché, d'indiquer les prestations qu'il envisage de sous-contracter au-delà du pourcentage minimum imposé, ainsi que les sous-contractants qu'il a déjà identifiés.

Article R2393-10

Le soumissionnaire indique dans son offre le pourcentage du montant du marché et les prestations qu'il envisage de sous-contracter pour respecter les exigences fixées par l'acheteur dans l'avis de marché.

Article R2393-11

Le soumissionnaire indique dans son offre la liste exhaustive des entreprises mentionnées aux 1° à 4° de l'article R. 2393-2 qui ne sont pas considérées comme sous-contractants. Il tient cette liste à jour et informe l'acheteur de toute modification.

Article R2393-12

Le titulaire attribue les sous-contrats dans les conditions définies à la sous-section 3.

Sous-section 3 - Procédure de mise en concurrence des sous-contractants

Article R2393-13

Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'acheteur est payé pour la part du marché dont il assure l'exécution :

1° Dans les conditions prévues à la présente section lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire qui peut évoluer en fonction des variations des circonstances économiques ;

2° Dans les conditions prévues au titre III de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance lorsque le montant du contrat de sous-traitance est inférieur au seuil fixé par voie réglementaire mentionné au 1° du présent article.

En ce qui concerne les marchés de travaux, de services et de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation passés par le ministère de la défense, un seuil différent peut être fixé par voie réglementaire.

Paragraphe 1 - Règles de passation communes aux sous-contrats

Article R2393-14

Pour sélectionner les sous-contractants, le titulaire indique dans l'avis ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation :

1° L'obligation du sous-contractant de fournir une déclaration indiquant qu'il n'est pas placé dans l'un des cas d'exclusion énumérés par les dispositions législatives du chapitre Ier du titre IV;

2° Les exigences relatives à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, les capacités économiques et financières, les capacités techniques et professionnelles ainsi que les renseignements ou documents permettant d'évaluer ces capacités, tels qu'exigés des candidats lors de la passation du marché principal ;

3° Le cas échéant, les autres conditions, renseignements ou documents qu'il entend exiger. Les exigences mentionnées au 2° et 3° par le titulaire ne doivent pas être discriminatoires et ne peuvent être imposées que si elles sont rendues nécessaires par l'objet du sous-contrat et la nature des prestations à réaliser.

Lorsque le titulaire décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut exiger des candidats que des niveaux minimaux de capacité proportionnés à l'objet du sous-contrat.

Article R2393-15

Le titulaire n'est pas tenu de sous-contracter s'il apporte la preuve, à la satisfaction de l'acheteur, qu'aucun des sous-contractants potentiels participant à la mise en concurrence ou qu'aucune des offres présentées ne satisfait aux critères figurant dans l'avis.

Article R2393-16

Le titulaire peut décider d'attribuer les sous-contrats sur la base d'un accord-cadre tel que défini au 1° de l'article L. 2325-1 et dans les conditions prévues à la présente sous-section. Il est dans ce cas considéré comme ayant satisfait aux exigences de mise en concurrence.

Les sous-contrats basés sur l'accord-cadre doivent respecter les exigences suivantes :

1° Ils sont attribués dans les limites des conditions fixées dans l'accord-cadre ;

2° Ils ne peuvent être attribués qu'aux opérateurs économiques qui étaient parties, à l'origine, à l'accord-cadre.

Paragraphe 2 - Passation des sous-contrats dont la valeur estimée du besoin est inférieure aux seuils de procédure formalisée

Article R2393-17

Lorsque le sous-contrat répond à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils

de procédure formalisée, le titulaire fixe librement, dans le respect des principes de la commande publique, les modalités de publicité appropriées aux caractéristiques de ce sous-contrat, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles le sous-contrat est passé.

Paragraphe 3 - Passation des sous-contrats dont la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée

Article R2393-18

Lorsque le sous-contrat répond à un besoin dont la valeur estimée, calculée conformément aux dispositions prévues au chapitre Ier du titre II est supérieure ou égale aux seuils de procédure formalisée, le titulaire fait connaître son intention de passer ce sous-contrat par un avis publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions de l'article R. 2131-19.

Article R2393-19

L'avis mentionné à l'article R. 2393-18 est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics.

Article R2393-20

Par dérogation à l'article R. 2393-18, le titulaire n'est pas tenu de publier un avis lorsque le sous-contrat remplit les conditions de recours à la procédure de passation sans publicité ni mise en concurrence préalables prévues au chapitre II du titre II.

Sous-section 4 - Conditions de rejet par l'acheteur du sous-contractant proposé par le titulaire

Article R2393-21

Pour l'application de l'article L. 2393-8, les capacités des sous-contractants s'apprécient notamment au regard de la sécurité des informations, de la sécurité des approvisionnements ou de l'aptitude à exécuter le marché, à faire face à d'éventuelles augmentations des besoins par suite d'une crise ou à assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché lorsque l'implantation géographique de l'outillage, du matériel, de l'équipement technique, du personnel, du savoir-faire ou des sources d'approvisionnement dont il dispose se trouve hors du territoire de l'Union européenne.

Article R2393-22

Lorsque l'acheteur rejette un sous-contractant, il fournit au soumissionnaire ou au titulaire une justification écrite indiquant les motifs de ce rejet.

Sous-section 5 - Communication des sous-contrats à l'acheteur

Article R2393-23

Le titulaire qui, quinze jours après avoir été mis par écrit en demeure de le faire, ne communique pas les sous-contrats à l'acheteur, encourt une pénalité égale à un millième du montant du marché ou de la tranche concernée, ou, à défaut, du montant du bon de commande concerné. Cette pénalité s'applique pour chaque jour de retard.

Section 2 - Dispositions applicables aux sous-contrats qui présentent le caractère de sous-traité

Article L2393-10

Les dispositions de la présente section s'appliquent aux sous-traités conclus pour l'exécution des marchés mentionnés à l'article L. 2193-1.

Article L2393-11

Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la présente section.

Article L2393-12

Le titulaire du marché peut recourir à la sous-traitance lors de la passation du marché et tout au long de son exécution.

Article L2393-13

Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'acheteur est payé pour la part du marché dont il assure l'exécution :

1° Dans les conditions prévues à la présente section lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire qui peut évoluer en fonction des variations des circonstances économiques ;

2° Dans les conditions prévues au titre III de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance lorsque le montant du contrat de sous-traitance est inférieur au seuil fixé par voie réglementaire mentionné au 1° du présent article.

En ce qui concerne les marchés de travaux, de services et de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation passés par le ministère de la défense, un seuil différent peut être fixé par voie réglementaire.

Article L2393-14

Les dispositions du premier alinéa de l'article L. 2193-11 et celles des articles L. 2193-12 à L. 2193-14 s'appliquent.

Sous-section 1 - Modalités d'acceptation**Article R2393-24**

Le titulaire du marché peut recourir à la sous-traitance lors de la passation du marché et tout au long de son exécution, à condition de l'avoir déclarée à l'acheteur et d'avoir obtenu l'acceptation du sous-traitant.

L'acheteur indique dans l'avis de marché ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation que chaque sous-traitant doit être soumis à son acceptation.

Il précise également les conditions de rejet des sous-traitants conformément aux dispositions de la sous-section 4 de la section 1.

Paragraphe 1 - Déclaration de sous-traitance au moment de l'offre**Article R2393-25**

Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre, le soumissionnaire fournit à l'acheteur une déclaration mentionnant l'ensemble des informations suivantes :

1° La nature des prestations sous-traitées ;

2° Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;

3° Le lieu d'exécution des prestations sous-traitées ;

4° Le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant ;

5° Les conditions de paiement prévues par le projet de sous-traité et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ;

6° Le cas échéant, les capacités du sous-traitant sur lesquelles le candidat s'appuie.

Le soumissionnaire remet également à l'acheteur une déclaration du sous-traitant indiquant qu'il n'est pas placé dans un cas d'exclusion mentionnés par les dispositions législatives du chapitre Ier du titre IV.

Article R2393-26

La notification du marché emporte acceptation du sous-traitant et, le cas échéant, agrément de ses conditions de paiement.

Paragraphe 2 - Déclaration de sous-traitance après la notification du marché**Article R2393-27**

Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient après la notification du marché, le titulaire remet à l'acheteur contre récépissé ou lui adresse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, un acte spécial de sous-traitance contenant les renseignements mentionnés à l'article R. 2393-25.

Le titulaire établit en outre qu'aucune cession ni aucun nantissement de créances résultant du marché ne font obstacle au paiement direct du sous-traitant, en produisant, soit l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité du marché qui lui a été délivré, soit une attestation ou une mainlevée du bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créances.

Article R2393-28

L'acceptation du sous-traitant et, le cas échéant, l'agrément de ses conditions de paiement sont constatés par la signature de l'acte spécial de sous-traitance.

Le silence de l'acheteur gardé pendant vingt-et-un jours à compter de la réception des documents mentionnés à l'article R. 2393-27 vaut également acceptation du sous-traitant et, le cas échéant, agrément de ses conditions de paiement.

Sous-section 2 - Modalités de modification de l'exemplaire unique et du certificat de cessibilité en cas de prestations confiées à un sous-traitant admis au paiement direct**Article R2393-29**

Lorsque le titulaire envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct, postérieurement à la notification du marché, l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui a été indiqué dans le marché ou l'acte spécial, il demande à l'acheteur, sans préjudice des dispositions de la sous-section 1 relatives à l'acceptation du sous-traitant, la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité.

Article R2393-30

Les dispositions de l'article R. 2193-6 s'appliquent.

Article R2393-31

L'acheteur ne peut agréer les conditions de paiement d'un sous-traitant si l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité n'a pas été modifié ou si la justification mentionnée à l'article R. 2193-6 ne lui a pas été remise.

Le silence de l'acheteur gardé pendant vingt-et-un jours à compter de la réception des documents mentionnés au premier alinéa et à l'article R. 2393-27 vaut également acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

Article R2393-32

Les dispositions de l'article R. 2193-8 s'appliquent.

Sous-section 3 - Paiement du sous-traitant**Article R2393-33**

Le seuil prévu à l'article L. 2393-13 à partir duquel un sous-traitant qui a été accepté est payé directement par l'acheteur est fixé à 600 euros toutes taxes comprises.

En ce qui concerne les marchés de services, de travaux ou de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comportant des prestations de service, passés par les services de la défense, notamment les marchés de réalisation de prototypes, de fabrication, d'assemblage, d'essais, de réparations ou de maintien en condition et de prestations intellectuelles, les sous-traitants ne sont payés directement que si le montant de leur contrat de sous-traitance est égal ou supérieur :

- 1° A 10 % du montant total du marché lorsque le sous-traitant est une petite ou une moyenne entreprise ou un artisan au sens de l'article R. 2351-12 ;
- 2° A 50 % du montant total du marché lorsque le sous-traitant est lié au titulaire ;
- 3° A 20 % du montant total du marché dans les autres cas.

Article R2393-34

Les dispositions des articles R. 2193-11 à R. 2193-16 s'appliquent.

Article R2393-34-2

Le sous-traitant dont les conditions de paiement n'ont pas été agréées par l'acheteur est payé par le titulaire.

Sous-section 4 - Régime financier

Article R2393-35

Lorsque le marché a été passé par l'Etat et que le titulaire recourt à un service de l'Etat comme sous-traitant, les prestations qui font l'objet du sous-contrat ne donnent lieu à aucun versement au profit du titulaire.

Paragraphe 1 - Avances

Article R2393-36

Les dispositions des sections 1 à 3 du chapitre Ier s'appliquent aux sous-traitants sous réserve des dispositions particulières du présent paragraphe.

Article R2393-37

Les dispositions de l'article R. 2193-18 s'appliquent.

Article R2393-38

Dès lors que le titulaire remplit les conditions pour bénéficier d'une avance, une avance est versée, sur leur demande, aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct. Pour le calcul du montant de cette avance, le montant maximal est apprécié par référence au montant des prestations confiées au sous-traitant tel qu'il figure dans le marché ou dans l'acte spécial mentionné à l'article R. 2393-27.

Article R2393-39

Les dispositions des articles R. 2193-20 et R. 2193-21 s'appliquent.

Paragraphe 2 - Cession ou nantissement de créances

Article R2393-40

Le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées peut céder ou nantir, à concurrence du montant des prestations qui lui sont réglées directement, tout ou partie de sa créance. La copie de l'original du marché ou du certificat de cessibilité prévu à l'article R. 2191-46 ou, le cas échéant, de l'acte spécial prévu à l'article R. 2393-27 désignant un sous-traitant admis

au paiement direct, est remise à chaque sous-traitant bénéficiaire du paiement direct.

Section 3 - Dispositions applicables aux sous-contrats qui ne présentent pas le caractère de sous-traités

Article L2393-15

Les conditions d'acceptation par l'acheteur des sous-contractants qui ne présentent pas le caractère de sous-traitants sont définies par voie réglementaire.

Article R2393-41

L'acheteur peut imposer au titulaire l'acceptation de tout ou partie des sous-contractants ne présentant pas le caractère de sous-traitants. Il l'indique dans l'avis d'appel à la concurrence. Dans ce cas, ces sous-contractants sont acceptés dans les conditions prévues à la présente section.

L'acheteur précise, le cas échéant, les parties des prestations du marché ou le montant du sous-contrat au-dessus duquel le sous-contractant éventuel doit être accepté.

Article R2393-42

Lorsque le soumissionnaire présente des sous-contractants au moment du dépôt de l'offre, il fournit à l'acheteur une déclaration mentionnant :

- 1° La nature et le montant des prestations faisant l'objet du sous-contrat ;
- 2° Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-contractant proposé ;
- 3° Le lieu d'exécution des prestations sous-contractées ;
- 4° L'aptitude à exercer l'activité professionnelle, les capacités économiques et financières, techniques et professionnelles du sous-contractant.

Le soumissionnaire remet également à l'acheteur une déclaration du sous-contractant indiquant qu'il n'est pas placé dans un cas d'exclusion mentionnés par les dispositions législatives du chapitre Ier du titre IV.

La notification du marché emporte acceptation du sous-contractant.

Article R2393-43

Lorsque le titulaire présente des sous-contractants après la notification du marché, il remet à l'acheteur contre récépissé ou lui adresse par lettre recommandée, avec demande d'avis de réception, une déclaration contenant les renseignements mentionnés à l'article R. 2393-42.

L'acceptation du sous-contractant est constatée par décision écrite de l'acheteur.

Article R2393-44

Le silence de l'acheteur gardé pendant vingt-et-un jours à compter de la réception de la déclaration mentionnée aux articles R. 2393-42 et R. 2393-43 vaut également acceptation du sous-contractant.

Chapitre IV - Modification du marché

Article L2394-1

Un marché de défense ou de sécurité peut être modifié par voie conventionnelle ou par l'acheteur unilatéralement, sans nouvelle procédure de mise en concurrence, dans les cas prévus à l'article L. 2194-1.

Ces modifications ne peuvent changer la nature globale du marché.

Article L2394-2

Les dispositions de l'article L. 2194-2 s'appliquent.

Article R2394-1

Les dispositions des articles R. 2194-1 à R. 2194-9 s'appliquent.

Chapitre V - Résiliation du marché**Article L2395-1**

L'acheteur peut résilier le marché de défense ou de sécurité dans les cas prévus aux articles L. 2195-2, L. 2195-3 et L. 2195-5.

Il peut aussi le résilier lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions du chapitre IV.

Article L2395-2

Lorsque le titulaire est, au cours de l'exécution du marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux articles L. 2341-1 à L. 2341-3 et L. 2341-5, il informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation.

L'acheteur peut alors résilier le marché.

Toutefois, l'acheteur ne peut prononcer la résiliation du marché au seul motif que l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire en application de l'article L. 631-1 du code de commerce, sous réserve des hypothèses de résiliation de plein droit prévues au III de l'article L. 622-13 du même code.

Chapitre VI - Informations relatives à l'achat**Section 1 - Obligation de conservation des documents****Article L2396-1**

Les dispositions de l'article L. 2196-1 s'appliquent.

Section 2 - Recensement économique**Article L2396-2**

Les dispositions de l'article L. 2196-3 s'appliquent.

Article R2396-1

Les dispositions des articles R. 2196-2 à R. 2196-4 s'appliquent.

Article D2396-2

Les dispositions des articles D. 2196-5 à D. 2196-7 s'appliquent.

Article D2396-2 Version en vigueur à partir du 01 janvier 2024

Modifié par Décret n°2022-767 du 2 mai 2022 - art. 6

« Les dispositions de l'article D. 2196-5 s'appliquent ».

Conformément au deuxième alinéa de l'article 11 du décret n° 2022-767 du 2 mai 2022, ces dispositions entrent en vigueur à une date fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie et au plus tard le 1er janvier 2024 et s'appliquent aux marchés et aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de cette date.

Article D2396-2-1

Création Décret n°2022-767 du 2 mai 2022 - art. 6

« La liste des données communiquées à l'observatoire économique de la commande publique en vue du recensement économique, qui peuvent concerner la passation, le contenu, l'exécution du marché

et, le cas échéant, sa modification, ainsi que les modalités de leur communication sont fixées par un arrêté figurant en annexe du présent code ».

Section 3 - Contrôle du coût de revient des marchés de l'Etat et de ses établissements publics**Article L2396-3**

Les dispositions des articles L. 2196-4 et L. 2196-5 s'appliquent.

Article L2396-4

Les titulaires ainsi que, dans des conditions fixées par voie réglementaire, les entreprises qui leur sont liées et leurs sous-contractants, ont l'obligation de permettre et de faciliter la vérification éventuelle sur pièces ou sur place de l'exactitude des renseignements mentionnés à l'article L. 2196-5 par les agents de l'administration.

Ils peuvent être tenus de présenter leurs bilans, comptes de résultat ainsi que leur comptabilité analytique et tous documents de nature à permettre l'établissement des coûts de revient.

Article R2396-3

Si le titulaire ne fournit pas aux dates prévues les renseignements demandés ou fournit des renseignements inexacts, l'acheteur peut, après mise en demeure restée sans effet, décider la suspension des paiements à intervenir dans la limite du dixième du montant du marché lorsque le manquement est le fait du titulaire ou retenir un montant équivalent. Après nouvelle mise en demeure infructueuse, cette retenue peut être transformée en retenue définitive par décision de l'acheteur, indépendamment de la résiliation éventuelle du marché aux torts du titulaire.

Lorsqu'une estimation du coût de revient est effectuée avant la notification du marché, l'acheteur indique dans les documents de la consultation et dans le marché les sanctions applicables en cas de manquement à l'obligation figurant au premier alinéa de l'article L. 2196-5.

Article R2396-4

Les dispositions des articles R. 2196-10 à R. 2196-12 s'appliquent.

Article R2396-5

Sont soumis aux obligations prévues par la présente section les entreprises liées au titulaire ainsi que les sous-contractants intervenant dans l'exécution du marché, lorsque ces derniers réalisent individuellement, sauf stipulation contraire du marché, une part supérieure à 10 % du montant du marché et d'un montant supérieur à 10 millions d'euros hors taxes.

Section 4 - Eléments de sécurité pouvant être demandés par l'acheteur**Article R2396-6**

Pendant l'exécution du marché, l'acheteur peut demander à l'autorité administrative compétente ou, dans le cas d'un titulaire établi à l'étranger, saisir l'autorité nationale de sécurité ou l'autorité de sécurité déléguée aux fins de solliciter l'autorité nationale de sécurité de l'Etat du titulaire ou à l'autorité de sécurité désignée de cet Etat, sous réserve de l'existence d'accords de sécurité et dans un délai qu'il fixe, de :

- 1° Justifier des habilitations de sécurité qu'elle a délivrées ;
- 2° Vérifier la conformité des locaux et installations susceptibles d'être utilisés, les procédures industrielles et administratives qui seront suivies, les modalités de gestion de l'information ou la situation du personnel susceptible d'être employé pour l'exécution du marché, sans préjudice de la possibilité de procéder à d'autres enquêtes et d'en tenir compte.

Chapitre VII - Règlement alternatif des différends

Section 1 - Conciliation et médiation**Article L2397-1**

Les dispositions des articles L. 2197-1, L. 2197-3 et L. 2197-4 s'appliquent.

Sous-section 1 - Comités consultatifs de règlement amiable des différends**Article R2397-1**

Les dispositions des articles R. 2197-1 à R. 2197-12 et R. 2197-16 s'appliquent.

Article D2397-2

Les dispositions des articles D. 2197-13 à D. 2197-15 et des articles D. 2197-17 à D. 2197-22 s'appliquent.

Sous-section 2 - Le médiateur des entreprises**Article R2397-3**

Les dispositions des articles R. 2197-23 et R. 2197-24 s'appliquent.

Section 2 - Transaction**Article L2397-2**

Les dispositions de l'article L. 2197-5 s'appliquent.

Section 3 - Arbitrage**Article L2397-3**

L'Etat peut recourir à l'arbitrage dans les conditions fixées à l'article L. 2197-6.

Article R2397-4

Pour l'Etat, le recours à l'arbitrage, en application de l'article L. 2397-3, est autorisé par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie.

Livre IV - DISPOSITIONS PROPRES AUX MARCHÉS PUBLICS LIÉS À LA MAÎTRISE D'OUVRAGE PUBLIQUE ET À LA MAÎTRISE D'ŒUVRE PRIVÉE

Titre Ier - CHAMP D'APPLICATION

Article L2410-1

Les acheteurs définis au chapitre Ier qui, projetant la construction d'un ouvrage répondant aux caractéristiques mentionnées au chapitre II, envisagent la passation de marchés publics dans ce but, sont soumis en leur qualité de maîtres d'ouvrage aux dispositions du présent livre.

Chapitre Ier - Maîtres d'ouvrage

Article L2411-1

Les maîtres d'ouvrage sont les responsables principaux de l'ouvrage. Ils ne peuvent déléguer cette fonction d'intérêt général, définie au titre II, sous réserve des dispositions du présent livre relatives au mandat et au transfert de maîtrise d'ouvrage, des dispositions du livre II relatives aux marchés de partenariat, de l'article L. 121-5 du code de la voirie routière et des articles L. 115-2 et L. 115-3 du même code.

Sont maîtres d'ouvrage les acheteurs suivants :

- 1° L'Etat et ses établissements publics ;
- 2° Les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les offices publics de l'habitat mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation pour les logements à usage locatif aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et leurs groupements ;
- 3° Les organismes privés mentionnés à l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale, ainsi que leurs unions ou fédérations ;
- 4° Les organismes privés d'habitations à loyer modéré, mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation, ainsi que les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatif aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et sociétés.

CAA Lyon, 30 avr. 2009, n° 06LY01243, Communauté aggro. Vichy Val d'Allier

« Considérant qu'une collectivité publique maître d'ouvrage est responsable, même en l'absence de faute, des dommages que les ouvrages publics dont elle a la garde peuvent causer aux tiers tant en raison de leur existence que de leur fonctionnement ; qu'elle est également responsable des dommages accidentels causés aux tiers par l'exécution de travaux publics ; que, dans les deux cas, elle ne peut dégager sa responsabilité à l'égard des victimes que si elle établit que les dommages résultent de la faute de la victime ou d'un cas de force majeure ».

CE, 23 oct. 1985, n° 46612, Commune Blaye-les-Mines

« Mission d'un syndicat intercommunal ayant été définie par l'arrêté préfectoral autorisant sa création comme "ayant pour objet essentiel l'étude d'un projet d'ensemble tendant à assurer ou à améliorer l'alimentation en eau potable des communes associées ...". Les opérations de distribution d'eau constituent une extension de cette mission qui excède le cadre de ladite mission telle qu'ont entendu la définir les communes ayant constitué entre elles ce syndicat ».

Chapitre II - Ouvrages

Article L2412-1

Les dispositions du présent livre sont applicables aux opérations de construction neuve ou de réhabilitation portant sur un ouvrage défini à l'article L. 1111-2 et faisant l'objet d'un marché public ainsi que sur les équipements industriels destinés à l'exploitation de ces ouvrages.

Article R2412-1

Les catégories d'ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure mentionnés au 1° de l'article L. 2412-2 qui ne sont pas soumises aux dispositions du présent livre sont les suivantes :

- 1° Les ouvrages conçus pour l'exercice d'une activité industrielle incluse dans les classes de

la section B relative aux industries extractives et de la section C relative à l'industrie manufacturière du décret n° 2007-1888 du 26 décembre 2007 portant approbation des nomenclatures d'activités et de produits françaises ;

2° Les centrales de production d'énergie ;

3° Les centrales de chauffage urbain ;

4° Les unités de traitement de déchets.

CAA Versailles, 12 sept. 2006, n° 04VE01846, Sté Donato

« Les travaux de réhabilitation, compte tenu de leur ampleur et de leur caractère indissociable des éléments existants, étaient de nature à engager la responsabilité des constructeurs sur le fondement des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil ».

CAA Bordeaux 2004, n° 98BX00197, Robert

« Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction que le marché que M. Y s'est vu attribuer par la commune de Caylus a porté seulement sur la fourniture et la livraison de dalles, marches et bornes en pierre naturelle, sans faire participer l'intéressé à la construction de l'ouvrage ; que, dans ces conditions, M. Y n'a pas la qualité de constructeur au sens des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil ;

Considérant, en second lieu, que le marché litigieux, dont le cahier des clauses techniques particulières a fixé précisément les dimensions et la qualité des matériaux commandés, n'a confié à M. Y aucune mission de conception ; que ce dernier a fourni les dalles, marches et bornes en pierre naturelle sans définition d'un processus de mise en œuvre à observer ; que, dès lors, l'intéressé ne peut être regardé comme le fabricant d'une partie d'ouvrage conçu et produit pour satisfaire en l'état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance ; que, par suite, sa responsabilité solidaire ne saurait être engagée sur le fondement des principes dont s'inspire l'article 1792-4 du code civil ».

CE, 18 juin 1997, n° 126612, OPHLM de la Ville du Havre

« Dès lors que les travaux de réfection de la peinture extérieure des boiseries d'un bâtiment appartenant à un O.P.H.L.M. n'ont pas été réalisés à l'occasion de la construction ou de la reconstruction de cet immeuble, ces travaux ne peuvent engager la responsabilité de l'entreprise à laquelle ils ont été confiés sur le fondement des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil ».

Article L2412-2

Les dispositions du présent livre ne sont pas applicables :

- 1° Aux ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation ;
- 2° Aux ouvrages d'infrastructure réalisés dans le cadre d'une zone d'aménagement concerté définie aux articles L. 311-1 et suivants du code de l'urbanisme ou d'un lotissement défini aux articles L. 442-1 et suivants du même code ;
- 3° Aux ouvrages d'infrastructure situés dans le périmètre d'une opération d'intérêt national au sens de l'article L. 102-12 du code de l'urbanisme, ou d'une grande opération d'urbanisme au sens de l'article L. 312-3 du même code ;
- 4° Aux ouvrages de bâtiment acquis par les organismes énumérés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation et les sociétés d'économie mixte par un contrat de vente d'immeuble à construire prévu par les articles 1601-1, 1601-2 et 1601-3 du code civil ;
- 5° Aux opérations de restauration effectuées sur des immeubles classés sur le fondement des articles L. 621-1 et suivants du code du patrimoine.

Les catégories d'ouvrages mentionnées au présent alinéa sont fixées par voie réglementaire.

Titre II - MAÎTRISE D'OUVRAGE

Chapitre Ier - Attributions du maître d'ouvrage

Section 1 - Dispositions générales

Article L2421-1

Les attributions du maître d'ouvrage qui, pour chaque opération envisagée, s'assure préalablement de sa faisabilité et de son opportunité, sont les suivantes :

- 1° La détermination de sa localisation ;
- 2° L'élaboration du programme défini à l'article L. 2421-2 ;
- 3° La fixation de l'enveloppe financière prévisionnelle ;
- 4° Le financement de l'opération ;
- 5° Le choix du processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé ;
- 6° La conclusion des marchés publics ayant pour objet les études et l'exécution des travaux de l'opération.

CE, 8 avril 1998, n°167372, Préfet de l'Aube

« Si le décret du 12 juillet 1986, pris pour l'application de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée dispose que les unités de traitement des déchets ne sont pas soumises aux dispositions de cette loi, il ne faisait pas obstacle à ce que les parties au contrat déclarent se conformer aux dispositions des articles 3 et suivants de la loi ».

CAA Paris, 18 avr. 1997, n° 96PA02001, Cie générale des eaux

« En vertu des stipulations de l'article 7 de la convention particulière susrappelée du 16 juin 1995, à l'issue de l'ensemble des prestations, un constat d'achèvement sera établi entre les parties aux fins de certifier la réalisation des ouvrages, d'attester leur incorporation dans le patrimoine syndical et leur mise en exploitation par le régisseur, d'attester le terme des règlements ; que le cahier des clauses administratives particulières applicable au marché conclu en application de cette convention désigne, d'une part, en son article 1 le directeur général de la Compagnie générale des eaux comme représentant légal du maître de l'ouvrage, personne responsable du marché, d'autre part, en son article 5 la Compagnie générale des eaux comme comptable chargé du paiement ; qu'il ressort également des pièces du dossier que l'acte d'engagement dudit marché a été signé par le directeur du service "équipement" de la Compagnie générale des eaux, après que celle-ci eut établi le rapport de présentation du marché en vertu de l'article 312 ter du code des marchés publics, et signé le contrat de travaux ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments et nonobstant les circonstances que, d'une part, la Compagnie générale des eaux n'ait pas assumé la totalité des fonctions du maître d'ouvrage, d'autre part, elle assure la gestion du service public de l'eau dans le cadre d'une convention de régie intéressée, que les fonctions qui ont été ainsi confiées à la Compagnie générale des eaux relèvent des attributions du maître de l'ouvrage telles qu'elles sont définies notamment aux 4 et 5 de l'article 3 susrappelé de la loi du 12 juillet 1985 ; qu'il n'est pas contesté que la Compagnie générale des eaux n'est pas au nombre des personnes morales limitativement énumérées à l'article 4 de ladite loi ; Considérant, en troisième lieu, que si les requérants se prévalent de ce que la convention de régie intéressée du 3 avril 1962 était devenue définitive avant la promulgation de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique, ce moyen ne peut être utilement invoqué dès lors, d'une part que ladite convention - au demeurant refondue par divers avenants notamment du 20 décembre 1985 et du 26 juillet 1991, postérieurs à ladite loi - avait pour objet de déléguer à la Compagnie générale des eaux la gestion du service public de l'eau dans les communes regroupées par le syndicat et n'empportait pas nécessairement comme conséquence que le Syndicat des eaux d'Ile-de-France lui confie une délégation de maîtrise d'ouvrage publique, d'autre part que le marché faisant l'objet du déféré préfectoral a été conclu postérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi ».

CE, 25 nov. 1987, n° 50180, Sté pour l'incinération des résidus de l'aggl. caennaise

« Le fait générateur de la créance que Mlle L. prétend détenir sur le syndicat intercommunal de traitement des ordures ménagères de l'agglomération caennaise se rattache au fonctionnement de l'usine d'incinération des ordures ménagères installée depuis le 1er janvier 1973 sur le territoire de la commune de Colombelles. Il résulte de l'instruction que plusieurs propriétaires ont recherché dès 1975 la responsabilité du syndicat à raison du même fait générateur et ont ainsi interrompu la prescription quadriennale, même en ce qui concerne Mlle L.. Ainsi la créance éventuelle de celle-ci n'était pas

prescrite lorsqu'elle a saisi le tribunal administratif en 1981 d'une demande tendant à la réparation de ses propres dommages ».

La détermination de sa localisation**CE, sect., 7 avr. 1967, n° 61835, Entreprise Charles Bouhana**

« L'Entreprise Bouhana, spécialisée dans la construction et l'aménagement des stades et terrains de sport, n'a pas fait de réserves écrites sur l'emplacement du terrain, ni sur la suppression du système de drainage du projet primitif ; qu'elle ne peut non plus être regardée, compte tenu de sa qualification technique, comme ayant, lors de l'exécution, des travaux, pris toutes les précautions utiles pour pallier les inconvénients dus aux conditions géographiques et climatiques ; que la circonstance que le projet a été soumis au contrôle technique du secrétariat d'Etat à la Jeunesse et aux sports n'est pas de nature à la décharger de la responsabilité qu'elle encourt à l'égard de la ville en sa qualité d'entreprise chargée de l'exécution des travaux ».

Section 2 - Programme et enveloppe financière prévisionnelle de l'opération**Article L2421-2**

Le programme élaboré par le maître d'ouvrage comporte les éléments suivants relatifs à la réalisation et à l'utilisation de l'ouvrage :

- 1° Les objectifs que l'opération doit permettre d'atteindre ;
- 2° Les besoins que l'opération doit satisfaire ;
- 3° Les contraintes et exigences de qualité sociale, urbanistique, architecturale, fonctionnelle, technique et économique, d'insertion dans le paysage et de protection de l'environnement.

CAA Marseille, 27 février 2006, n°02MA00747, société SOLETANCHE BACHY FRANCE

« Il résulte de l'instruction que le maître d'ouvrage, alors que son attention avait été attirée par la société AINF, la société Sobeas Sogea et le cabinet d'architecte Atelier 9 sur l'insuffisance des études préalables de 1982 portant sur un projet substantiellement différent, a prescrit une étude complémentaire confiée à la société Bachy, estimant de ne pas devoir prendre en charge une étude à réaliser par le CETE, jugée exorbitante ; que cette analyse qui ne concernait pas la mécanique des sols, avait un objet trop limité pour que des conclusions appropriées puissent en être déduites quant aux fondations à réaliser pour ériger le bâtiment tel qu'il avait été modifié ; qu'ainsi, c'est à bon droit que les premiers juges ont estimé que le maître d'ouvrage avait commis une faute en ne donnant pas suite utilement à la demande des constructeurs en cause quant à l'étude complémentaire des sols qu'il convenait de réaliser ».

CAA Nantes, 7 décembre 2007, n°06NT01950, Commune de Luc-sur-Mer

« Dans son courrier du 18 avril 2003, la société Fondasol a précisé l'étendue de sa mission et clairement indiqué qu'elle réaliserait 2 sondages pressiométriques, descendus à 7 mètres de profondeur et 10 essais pressiométriques à raison de 5 essais par sondage ; que par une lettre de commande datée du 29 avril 2003, la COMMUNE DE LUC-SUR-MER a accepté cette mission ; que dans son rapport remis le 30 mai 2003, la société Fondasol a attiré l'attention de ladite commune sur les surépaisseurs ponctuelles possibles de remblais qui conduiraient à des surprofondeurs de fondations ; qu'elle a, en outre, précisé qu'elle se tenait à la disposition des différents intervenants pour participer, dans le cadre de missions complémentaires, à l'élaboration du projet et à la vérification de la bonne adaptation des travaux mis en œuvre aux conditions de sol ; que, **nonobstant les recommandations de la société Fondasol, la commune n'a pas réalisé ces études complémentaires** ; que, d'autre part, ainsi qu'il vient d'être dit, les études géologiques ont été effectuées à l'initiative de l'architecte ; que pour satisfaire aux exigences de la COMMUNE DE LUC-SUR-MER qui souhaitait une installation des services municipaux dans leurs nouveaux locaux avant la fin de l'année 2003, M. X a été amené à rédiger le cahier des clauses techniques particulières du lot n° 2 sans attendre les résultats de l'étude des sols confiée à la société Fondasol ; qu'il a cependant **expressément indiqué dans ce document qu'une étude du sol serait fournie soit à l'appel d'offre, soit en cours d'étude** ; que par ailleurs, si la commune prétend que l'architecte était l'unique responsable du suivi des travaux et le seul interlocuteur des entrepreneurs chargés de la réalisation des travaux, elle n'établit pas que ces travaux n'auraient pas été réalisés selon les règles de l'art dès lors que, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la société

Nouvelle Sauvage a procédé à un renforcement des fondations préalablement à l'édification du bâtiment et que ces travaux supplémentaires ont fait l'objet d'un avenant qu'elle a signé ; qu'enfin, la commune ne peut soutenir que si son attention avait été appelée sur l'instabilité du sous-sol, elle aurait retenu un autre site pour l'implantation des ateliers municipaux dès lors qu'elle avait connaissance de la présence de remblais sur ledit terrain ainsi qu'en atteste le courrier du 4 novembre 2004 adressé à la société Euréa et **qu'elle n'a pas fait procéder aux études de sols complémentaires qui avaient été préconisées par la société Fondasol ; que par suite, la COMMUNE DE LUC-SUR-MER n'est pas fondée à rechercher la responsabilité de la société Fondasol** et de M. X sur le terrain contractuel ».

Article L2421-3

Le maître d'ouvrage élabore le programme et fixe l'enveloppe financière prévisionnelle de l'opération avant tout commencement des études d'avant-projet par le maître d'œuvre.
Il peut préciser le programme et l'enveloppe financière avant tout commencement des études de projet par le maître d'œuvre.

CAA Lyon, 19 déc. 2013, n° 11LY02058, M. C, M. F et SARL Michel F

« Considérant que le titulaire d'un contrat à prix global et forfaitaire peut demander à être indemnisé, sur la base du contrat, des travaux supplémentaires réalisés sans ordre de service dès lors que ces travaux ont été indispensables à l'exécution du contrat dans les règles de l'art, ou qu'il s'agit de travaux commandés irrégulièrement mais qui se sont révélés utiles ou encore qu'ils découlent de sujétions imprévues ».

L'enveloppe financière prévisionnelle

CAA Paris, 22 mai 2007, n° 05PA02534, OPAC Paris

« Considérant que, par un marché notifié à la société Pascal le 2 avril 1999, l'OPAC de Paris a confié à cette société la construction d'un ensemble immobilier aux 166-168 avenue Jean-Jaurès, à Paris, dans le 19ème arrondissement ; que, par une lettre en date du 28 avril 1999, l'OPAC a délivré à la société Pascal un « ordre de service préliminaire », demandant à l'entreprise « d'entreprendre immédiatement les études béton, les démarches et autorisations administratives, les installations de chantier, les branchements et raccordements en fluide du chantier », précisant qu'un « ordre de service n° 1 (...) sera délivré ultérieurement pour démarrer les travaux » et que « la date de réception du présent ordre de service constitue le point de départ du délai contractuel (période de préparation) » ; que, l'entreprise, apprenant verbalement du maître d'ouvrage que le financement de l'opération n'était pas assuré, lui a adressé le 23 août 1999 une lettre par laquelle elle lui demandait de prendre position rapidement quant à la date de démarrage des travaux ; que l'OPAC n'ayant pas répondu, l'entreprise lui a adressé une deuxième lettre le 8 octobre 1999 par laquelle elle prenait acte de la résiliation du marché et annonçait qu'elle adresserait ultérieurement le décompte des sommes dues du fait de cette résiliation ; que, devant le nouveau silence de l'OPAC, par une lettre du 27 décembre 1999, l'entreprise adressait au maître d'œuvre son projet de décompte final, comprenant le montant des prestations réalisées en exécution de l'ordre de service du 29 avril 1999, le coût de l'immobilisation des moyens humains et matériels pendant toute la période de suspension des travaux, l'indemnisation du préjudice subi du fait de la résiliation du marché, les frais financiers afférents à ces divers chefs de demandes et les frais de dossier ; qu'en l'absence de réponse de la part du maître de l'ouvrage, par une lettre en date du 28 février 2000, l'entreprise l'a mis en demeure de respecter ses obligations, puis, devant le refus exprimé le 20 mars 2000 par l'OPAC d'établir le décompte général, la société Pascal a saisi le Tribunal administratif de Paris par une demande tendant à ce que la collectivité publique soit condamnée à l'indemniser de l'ensemble des préjudices subis ; que, par le jugement attaqué, l'OPAC a été condamné à verser à l'entreprise une somme totale de 78 408,80 euros au titre des prestations réalisées en application de l'ordre de service préliminaire du 28 avril 1999 et de la perte des bénéfices qu'elle aurait pu légitimement escompter ; que l'OPAC relève appel de ce jugement, contre lequel les liquidateurs de la société Pascal forment un appel incident ».

CAA Nancy, 27 janv. 2005, n° 98NC02300, Commune Amnéville

« La convention de mandat par laquelle le maître de l'ouvrage confie au mandataire le soin de rechercher les ressources financières nécessaires à la construction des bâtiments est contraire aux prescriptions des articles 2 et 5 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 ».

Article L2421-4

L'élaboration du programme et la fixation de l'enveloppe financière prévisionnelle peuvent se poursuivre pendant les études d'avant-projet pour :
1° Les opérations de réhabilitation ;
2° Les opérations de construction neuve portant sur des ouvrages complexes, sous réserve que le maître d'ouvrage l'ait précisé dans les documents de la consultation du marché public de maîtrise d'œuvre.

Article L2421-5

Les conséquences de l'évolution du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle sont prises en compte par une modification conventionnelle du marché public de maîtrise d'œuvre, conformément aux dispositions du chapitre IV du titre IX du livre Ier.

CAA Bdx, 27 mars 2012, n°11BX00901, SARL Agence Saint Projet

« Il résulte de ces dispositions que le titulaire d'un contrat de maîtrise d'œuvre est rémunéré par un prix forfaitaire couvrant l'ensemble de ses charges et missions, ainsi que le bénéfice qu'il en escompte, et que seules une modification de programme ou une modification de prestations décidées par le maître de l'ouvrage peuvent donner lieu à une adaptation et, le cas échéant, à une augmentation de sa rémunération ; que la prolongation de sa mission n'est de nature à justifier une rémunération supplémentaire du maître d'œuvre que si elle a donné lieu à des modifications de programme ou de prestations décidées par le maître d'ouvrage ; qu'en outre, le maître d'œuvre ayant effectué des missions ou prestations non prévues au marché de maîtrise d'œuvre et qui n'ont pas été décidées par le maître d'ouvrage a droit à être rémunéré de ces missions ou prestations, nonobstant le caractère forfaitaire du prix fixé par le marché si, d'une part, elles ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art, ou si, d'autre part, le maître d'œuvre a été confronté dans l'exécution du marché à des sujétions imprévues présentant un caractère exceptionnel et imprévisible, dont la cause est extérieure aux parties et qui ont pour effet de bouleverser l'économie du contrat ».

Chapitre II - Organisation de la maîtrise d'ouvrage

Article L2422-1

Le maître d'ouvrage peut, dans les conditions fixées par le présent chapitre, recourir à des tiers selon les modalités suivantes :
1° L'assistance à maîtrise d'ouvrage ;
2° La conduite d'opération ;
3° Le mandat de maîtrise d'ouvrage ;
4° Le transfert de maîtrise d'ouvrage.

Section 1 - Assistance à maîtrise d'ouvrage

Article L2422-2

Le maître d'ouvrage peut passer des marchés publics d'assistance à maîtrise d'ouvrage portant sur un ou plusieurs objets spécialisés, notamment en ce qui concerne tout ou partie de l'élaboration du programme, la fixation de l'enveloppe financière prévisionnelle de l'opération ou le conseil spécialisé dans un domaine technique, financier, juridique ou administratif.

Section 2 - Conduite d'opération

Article L2422-3

Le maître d'ouvrage peut passer avec un conducteur d'opération un marché public ayant pour objet

une assistance générale à caractère administratif, financier et technique. Ce marché public est conclu par écrit quel qu'en soit le montant.

Article L2422-4

La mission de conduite d'opération est incompatible avec toute mission de maîtrise d'œuvre, de contrôle technique définie à l'article L. 111-23 du code de la construction et de l'habitation ou d'exécution de travaux, portant sur la même opération et exercée soit par le conducteur d'opération directement, soit par une entreprise liée définie à l'article L. 2511-8.

Section 3 - Mandat de maîtrise d'ouvrage

Article L2422-5

Dans la limite du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle de l'opération qu'il a arrêtés, le maître d'ouvrage peut confier par contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage à un mandataire l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie des attributions mentionnées à l'article L. 2422-6, dans les conditions de la présente section.

Toutefois, la sous-section 4 de la présente section n'est pas applicable lorsque le maître d'ouvrage ne peut confier le mandat qu'à une personne désignée par la loi.

Sous-section 1 - Attributions du mandataire

Article L2422-6

Le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage a pour objet de confier au mandataire l'exercice, parmi les attributions mentionnées à l'article L. 2421-1, de tout ou partie des attributions suivantes :

- 1° La définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté ;
- 2° La préparation, la passation, la signature, après approbation du choix de l'attributaire, du marché public de maîtrise d'œuvre ainsi que le suivi de son exécution ;
- 3° L'approbation des études d'avant-projet et des études de projet du maître d'œuvre ;
- 4° La préparation, la passation, la signature, après approbation du choix des attributaires, des marchés publics de travaux, ainsi que le suivi de leur exécution ;
- 5° Le versement de la rémunération du maître d'œuvre et le paiement des marchés publics de travaux ;
- 6° La réception de l'ouvrage.

CE, 5 juin 2013, n° 352917, Région Haute-Normandie

« Les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure celle-ci justifie soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat, soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique, mais pas du seul fait de fautes commises par d'autres intervenants ».

CE, 20 mars 2013, n° 343434, Sté Mutuelle d'assurances du bâtiment et des travaux publics-SMABTP

« Il résulte des dispositions des articles L. 242-1 et L. 121-12 du code des assurances que l'assurance de dommages souscrite pour son compte ou pour celui des propriétaires successifs par toute personne physique ou morale qui, agissant en qualité de propriétaire de l'ouvrage, de vendeur ou de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, fait réaliser des travaux de bâtiment, est une assurance de choses bénéficiant au maître de l'ouvrage et aux propriétaires successifs ou à ceux qui sont subrogés dans leurs droits. L'assureur qui a pris en charge la réparation de dommages ayant affecté l'ouvrage de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs au sens de l'article 1792-1 du code civil se trouve subrogé dans les droits et actions du propriétaire à l'encontre des constructeurs ».

CE, 15 novembre 2012, n°349840, Société Travaux Guil-Durance

« Si le 4° de l'article 3 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée permet au maître de l'ouvrage de confier à un maître d'ouvrage délégué la « signature du contrat de travaux, après approbation du choix de l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage » et la « gestion du contrat de travaux », le pouvoir de résiliation, qui excède la gestion du contrat, n'entre pas dans les attributions que le maître de l'ouvrage peut ainsi déléguer ».

CAA Marseille, 20 décembre 2010, n° 08MA00701, Société Paschal

« Il résulte de l'instruction que, par convention de mandat en date du 27 juillet 2000, la communauté de communes Piémont d'Alaric a confié la maîtrise d'ouvrage déléguée des travaux de construction sus-évoqués à la société coopérative de production d'HLM du Languedoc-Roussillon ; que l'article 6 de ladite convention stipulait que le mandant réglerait dans le mois de l'émission du titre de paiement établi par le mandataire les sommes exigibles au fur et à mesure de l'avancement des travaux, l'article 7 de la même convention précisant que, tous les mois, le mandataire adresserait au mandant un état des comptes de l'opération en recettes et dépenses pour que le maître d'ouvrage puisse établir les règlements correspondants ; que de telles stipulations ne prévoient pas le paiement par la société coopérative de production d'HLM du Languedoc-Roussillon des travaux exécutés par les entreprises ; que, si la loi du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec le maître d'œuvre privé permet au mandant de déléguer le versement de la rémunération de la mission de maîtrise d'œuvre et des travaux au mandataire, il ressort de la convention de mandat dont s'agit que cette mission n'a pas été déléguée à la société coopérative de production d'HLM du Languedoc-Roussillon ; que par ailleurs, selon le contrat de sous-traitance conclu avec la société Escourrou, la société appelante s'est engagée après avoir pris connaissance des actes du marché, dont le cahier des clauses administratives particulières ; que les stipulations de l'article 3.4.7. C de ce cahier précisent, concernant le règlement des décomptes que (...) les décomptes de l'entreprise, vérifiés par le maître d'œuvre, seront transmis au mandataire avant le règlement par le maître de l'ouvrage ; que compte tenu de cette clause, la société appelante ne pouvait ignorer que le paiement de l'ensemble de ses prestations incombait au seul maître de l'ouvrage ».

CAA Nancy, 8 janv. 2009, n° 07NC00321, SA Schoenenberger

« Considérant que la Société d'équipement de la région de Strasbourg (SERS) a passé le 2 juin 1997 une convention de maîtrise d'ouvrage déléguée avec la commune de Saint-Louis pour la construction du complexe culturel ; que l'article 2-3° de cette convention précise que le mandataire exercera une « mission de gestion de contrat de travaux » et que l'article 3 de ladite convention prévoit expressément qu'après la réception des ouvrages, «la SERS aura qualité pour effectuer le solde des règlements aux tiers » ; qu'il résulte de ces stipulations, conformes aux dispositions précitées de la loi du 12 juillet 1985, qui rangent la gestion du contrat de travaux au nombre des attributions susceptibles d'être confiées au mandataire par le maître de l'ouvrage, que les parties ont entendu donner qualité au maître d'ouvrage délégué pour arrêter le solde des marchés confiés à la SA SCHOENENBERGER, établir et signer le décompte général desdits marchés, puis le notifier à l'entrepreneur ; que, dès lors, la Société d'équipement de la région de Strasbourg a pu régulièrement établir, signer et notifier à la SA SCHOENENBERGER, par ordre de service du 17 décembre 2004, les décomptes généraux des marchés en cause ; que, par suite, le moyen tiré de l'irrégularité de la notification des décomptes généraux en raison de l'incompétence du maître d'ouvrage délégué doit être écarté ».

CAA Bordeaux, 28 oct. 2008, n° 07BX00613, Sté SEMSAMAR

« Considérant qu'en application de ces dispositions, par une convention de mandat signée entre la commune de Saint-Martin et la société d'économie mixte de Saint-Martin (SOCIETE SEMSAMAR), cette dernière s'était vu confier une mission complète de délégation de maîtrise d'ouvrage public pour les travaux susmentionnés, laquelle comportait pour elle, entre autres attributions, celle de verser aux entreprises les sommes correspondant à la rémunération des travaux ; qu'à cet effet était notamment prévu à l'article 15 de ladite convention un préfinancement des dépenses par le mandataire à charge ensuite pour le maître d'ouvrage de le rembourser ou si cela n'était pas possible dans les trois mois suivant le règlement de la dépense de lui verser des intérêts ; qu'il s'ensuit que la société requérante

n'est pas fondée à soutenir qu'ayant agi comme simple mandataire de la commune, elle ne pouvait être condamnée à verser à la société Clossur C, sous-traitant agréé, le solde non encore réglé de sa situation ».

CAA LYON, 26 juillet 2007, n°06LY00046, Ville de Romans-sur-Isère

« La délibération du conseil municipal qui a confié une maîtrise d'ouvrage déléguée à une société comportant la signature des marchés n'a pu avoir pour objet ni pour effet de dispenser la collectivité et, par suite, cette société de l'obligation de la délibération prévue à l'art. L 2122-21 CGCT ».

CAA Paris, 17 oct. 2006, n° 03PA04101, SA SOPREMA

« La société SOPREMA soutient qu'en sa qualité de maître d'ouvrage délégué, la société d'exploitation du Palais omnisports de Paris Bercy n'était pas compétente pour procéder au choix de l'entreprise retenue dans le cadre de l'appel d'offres ; que cependant il résulte des pièces du dossier que la commission d'appel d'offres qui s'est réunie le 18 juillet 2002, présidée par l'adjointe au maire de Paris chargée des sociétés d'économies mixtes et comprenant des élus de la ville, était une commission de la ville de Paris et non de la société d'exploitation ; que le secrétaire général de la société d'exploitation du Palais omnisports de Paris Bercy, dans son courrier du 7 août 2002, n'a fait que transmettre à la société SOPREMA le résultat de la commission d'appel d'offres de la ville de Paris, maître d'ouvrage, ainsi qu'il lui a également été rappelé par courrier du 30 août 2002 ; que le moyen est donc manquant ».

CE, 7 mars 2005, n° 204454, Synd. d'agglo. St-Quentin-en-Yvelines

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que, d'une part, si la maîtrise d'ouvrage de l'opération avait été déléguée à l'établissement public d'aménagement de Saint-Quentin-en-Yvelines, le président du comité du SYNDICAT D'AGGLOMERATION NOUVELLE DE SAINT-QUENTIN-EN-YVELINES, après y avoir été autorisé par une délibération du comité syndical en date du 23 novembre 1978, a signé l'acte d'engagement des maîtres d'œuvre ; qu'ainsi, le syndicat était partie au marché d'ingénierie et d'architecture conclu avec M. A et la société Copibat ; que, par suite, il avait qualité pour rechercher la responsabilité contractuelle de M. A pour manquement à son obligation de conseil lors des opérations de réception ».

CE, 17 mars 2004, n° 226623, Ville de Paris

« Considérant, en second lieu, qu'il ressort des constatations opérées par les juges du fond que la régie immobilière de la Ville de Paris, d'une part, avait conservé qualité pour mettre en cause la responsabilité contractuelle des entrepreneurs et, d'autre part, s'était comportée dans ces instances comme le représentant de la VILLE DE PARIS, qui lui avait délégué la maîtrise d'ouvrage de l'opération litigieuse ; qu'ayant ainsi, par une appréciation souveraine, constaté la concordance des intérêts défendus par la RIVP et de ceux de la VILLE DE PARIS, la cour a pu légalement, sans erreur de droit et sans avoir à établir l'existence d'un mandat, exprès ou tacite, en déduire que la VILLE DE PARIS avait été représentée aux instances en cause ».

CE, 31 mai 1995, n° 121767, Sté chimique routière d'entreprise générale

« Considérant que, pour estimer que la société d'économie mixte d'études et d'aménagement des Pyrénées-Orientales, maître d'ouvrage délégué, avait qualité pour exercer, comme elle l'a fait le 30 décembre 1986, l'action en garantie décennale, la Cour s'est fondée sur ce qu'en vertu des stipulations précitées, le refus par la commune de la remise des ouvrages avait eu pour effet, et ce, même après l'intervention de la réception définitive prononcée sans réserve le 11 février 1977, de conserver à la société d'économie mixte d'études et d'aménagement des Pyrénées-Orientales la maîtrise des ouvrages litigieux ; que l'interprétation à laquelle se sont ainsi livrés les juges du fond des stipulations contractuelles précitées, n'est entachée d'aucune dénaturation ».

CE, 12 janv. 1994, n° 70954, Sté d'Equipement du Poitou

« Le maître de l'ouvrage délégué est partiellement responsable des fautes de conception dès lors qu'il n'a pas fait usage de la faculté qui lui était ouverte par la convention passée avec le maître de l'ouvrage de recourir aux services d'un architecte ou d'un homme de l'art capable de s'assurer qu'aucune faute de conception n'était commise ».

CE, 17 février 1993, n°80515, Société d'Equipement de l'Auvergne (SEAU)

« Il est constant et qu'il résulte d'ailleurs explicitement de la convention de mandat signée le 19 septembre 1985 entre la région d'Auvergne et la SOCIETE D'EQUIPEMENT DE L'AUVERGNE (SEAU), que l'établissement public régional, pour le compte duquel la construction était entreprise, avait la qualité de maître d'ouvrage ; qu'en application de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, **le choix du maître d'œuvre et des entrepreneurs est réservé au maître de l'ouvrage** ».

CE, 6 mai 1988, n° 51338, Ville Denain

« La convention du 30 juin 1978 par laquelle la ville de Denain a confié à la Société d'Aménagement et d'Equipement du Nord (S.A.E.N.) les études et la réalisation du nouvel hôtel de ville et lui a conféré la qualité de maître d'ouvrage délégué, n'a pas eu pour effet de faire perdre à cette collectivité la qualité de maître d'ouvrage pour la période précédant la réception définitive des travaux et de la décharger, vis-à-vis des entreprises sous-traitantes, de la responsabilité qui peut être encourue par le maître de l'ouvrage du fait de la méconnaissance des dispositions de la loi du 31 décembre 1975 ».

CE, 10 juillet 1996, n° 132921, Commune Boissy-Saint-Léger

« Après la réception définitive de l'ouvrage, qui vaut quitus pour le maître d'ouvrage délégué, la responsabilité de celui-ci envers le maître de l'ouvrage ne peut plus être recherchée, sur le fondement de l'article 2262 du code civil, que dans l'hypothèse où il aurait eu un comportement fautif qui, par sa nature ou sa gravité, serait assimilable à une fraude ou un dol ».

Sous-section 2 - Contenu du contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage

Article L2422-7

Le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage est conclu par écrit, quel qu'en soit le montant, et prévoit, à peine de nullité :

- 1° L'ouvrage qui fait l'objet du contrat, les attributions confiées au mandataire, les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage constate l'achèvement de la mission du mandataire, le cas échéant les modalités de la rémunération de ce dernier, les pénalités qui lui sont applicables en cas de méconnaissance de ses obligations et les conditions dans lesquelles le contrat peut être résilié ;
- 2° Le mode de financement de l'ouvrage ainsi que les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage fera l'avance de fonds nécessaires à l'exécution du contrat ou remboursera les dépenses exposées pour son compte et préalablement définies ;
- 3° Les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le maître d'ouvrage aux différentes phases de l'opération ;
- 4° Les conditions dans lesquelles l'approbation des études d'avant-projet et la réception de l'ouvrage sont subordonnées à l'accord préalable du maître d'ouvrage ;
- 5° Les conditions dans lesquelles le mandataire peut agir en justice pour le compte du maître d'ouvrage.

Sous-section 3 - Obligations et responsabilités du mandataire

Article L2422-8

Le mandataire est soumis à l'obligation d'exécution personnelle du contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage.
Il est soumis aux dispositions du présent livre dans l'exercice des attributions qui lui sont confiées par le maître d'ouvrage.

Article L2422-9

Les règles de passation et d'exécution des contrats conclus par le mandataire sont celles applicables au maître d'ouvrage, sous réserve d'adaptations éventuelles prévues par voie réglementaire pour tenir compte de l'intervention du mandataire.

Article L2422-10

Le mandataire représente le maître d'ouvrage à l'égard des tiers dans l'exercice des attributions qui lui ont été confiées.

Cette représentation s'exerce jusqu'à ce que le maître d'ouvrage ait constaté l'achèvement de la mission du mandataire dans les conditions définies par le contrat.

CE, 26 janvier 2007, n°256819, Société Baudin-Chateaufort

« La qualité de maître d'ouvrage délégué de la commune de Lille ; qu'ainsi, en l'absence de toute stipulation contraire, et dès lors qu'il n'était pas contesté que figurait au nombre des attributions de la société Euralille la gestion du marché dont était titulaire la SOCIETE BAUDIN-CHATEAUFORT, la cour administrative d'appel de Douai a pu, sans commettre d'erreur de droit, estimer que le directeur opérationnel de la société Euralille, qui a signé le décompte général de ce marché, avait la qualité de personne responsable du marché pour l'application des stipulations du 42 de l'article 13 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux et était, par suite, compétent à cet effet ».

Sous-section 4 - Incompatibilités**Article L2422-11**

Le mandat de maîtrise d'ouvrage est incompatible avec toute mission de maîtrise d'œuvre, de contrôle technique définie à l'article L. 111-23 du code de la construction et de l'habitation ou d'exécution de travaux, portant sur la même opération et exercée soit par le mandataire directement soit par une entreprise liée définie à l'article L. 2511-8.

CAA Bordeaux, 26 juin 2014, n° 13BX00422, Féd. CINOVA

« Considérant qu'aux termes de l'article L. 111-25 du code de la construction et de l'habitation : " L'activité de contrôle technique est soumise à agrément. Elle est incompatible avec l'exercice de toute activité de conception, d'exécution ou d'expertise d'un ouvrage. (...) " ; qu'aux termes de l'article R. 111-31 du même code : " Les personnes et organismes agréés, les administrateurs ou gérants et le personnel de direction de ces organismes, ainsi que le personnel auquel il est fait appel pour les contrôles, doivent agir avec impartialité et n'avoir aucun lien de nature à porter atteinte à leur indépendance avec les personnes, organismes, sociétés ou entreprises qui exercent une activité de conception, d'exécution ou d'expertise dans le domaine de la construction (...) " ; que ces dispositions, qui visent à garantir, dans l'intérêt des maîtres d'ouvrage, l'indépendance des contrôleurs techniques à l'égard des personnes et organismes exerçant une activité de conception, d'exécution ou d'expertise dans le domaine de la construction et prohibent la participation des contrôleurs techniques à toute activité de conception, de construction ou d'expertise d'un ouvrage, ne s'appliquent qu'aux sociétés de contrôle technique et non aux sociétés exerçant d'autres activités dans le domaine de la construction ; que, par suite, et contrairement à ce que soutient la Fédération appelante, elles ne peuvent être opposées à la société Namixis, dont il résulte de l'instruction qu'elle n'est pas agréée en vue d'exercer une activité exclusive de contrôle technique ; que la circonstance que, lors de l'attribution du marché litigieux, la société Namixis appartenait au groupe Dekra comprenant, notamment, une filiale exerçant une activité de contrôleur technique, est sans incidence sur la régularité de l'attribution du marché de maîtrise d'œuvre à cette société sur laquelle ne pèse pas, ainsi qu'il a été dit, le principe d'incompatibilité applicable aux contrôleurs techniques ; que, par suite, la Fédération CINOVA n'est pas fondée à soutenir que le département du Gers a méconnu le principe d'incompatibilité en décidant d'attribuer le marché dont s'agit à la société Namixis ».

CAA Douai, 31 déc. 2012, n° 11DA01663, CHR universitaire

« Considérant que, si la société A2C Nord s'est notamment donné pour mission d'effectuer des contrôles techniques, elle se borne sur son site internet à se présenter comme un bureau d'études " accrédité " pour la réalisation de tels contrôles ; qu'il résulte de l'instruction qu'elle ne figurait pas sur la liste des contrôleurs techniques agréés établie par le ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire ; qu'elle n'avait donc pas la qualité de

contrôleur technique agréé au sens des dispositions des articles L. 111-23 et suivants du code de la construction et de l'habitation et n'entrait, dès lors, pas dans le champ des incompatibilités instituées par l'article L. 111-25 ».

CE, 19 oct. 2012, n° 361459, École nationale supérieure de la sécurité sociale

« En vertu de l'article L. 111-25 du code de la construction et de l'habitation (CCH), l'activité agréée de contrôle technique prévue à l'article L. 111-23 de ce code est incompatible avec l'exercice de toute activité de conception, d'exécution ou d'expertise d'un ouvrage. Ces dispositions et la règle qu'elles imposent ne s'appliquent qu'aux sociétés de contrôle technique et non aux sociétés exerçant d'autres activités dans le domaine de la construction. Par suite, ces dernières peuvent se porter candidates à un marché d'expertise dans le domaine de la construction ».

CAA Bordeaux, 10 avr. 2012, n° 11BX01482, Région Aquitaine

« Considérant, en premier lieu, que la REGION AQUITAINE fait valoir que l'incompatibilité prévue par ces dispositions ne s'applique pas à l'activité de diagnostic technique, qui peut ainsi être exercée par une personne agréée en qualité de contrôleur technique, et qu'une interprétation contraire serait incompatible avec la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 ; qu'il résulte toutefois de l'instruction, et notamment du cahier des clauses techniques particulières, que l'objet du marché litigieux porte notamment sur l'élaboration de préconisations techniques relatives à la modification ou au remplacement " d'un ou plusieurs équipements particuliers ", " d'un système ou de tout ou partie d'une installation ", " du ou des modes de production ou de fourniture d'énergie " ; que, par suite, la REGION AQUITAINE et la SA bureau Veritas ne sont pas fondées à soutenir que le marché n'avait pour objet que le seul pré diagnostic énergétique des ouvrages existants, sans formulation d'aucune solution technique susceptible de faire naître, à terme, un éventuel conflit d'intérêt prohibé par les dispositions rappelées ci-dessus du code de la construction et de l'habitat ; Considérant, en deuxième lieu, que si la REGION AQUITAINE fait valoir, au demeurant sans l'établir, que la société Bureau Veritas n'interviendrait pas dans l'élaboration des préconisations techniques dès lors que cette mission reviendrait exclusivement à l'autre membre du groupement, la société APC Ingénierie, cette circonstance n'est pas, eu égard aux dispositions rappelées ci-dessus de l'article R. 111-31 du code de la construction et de l'habitat, de nature à lever l'incompatibilité posée par l'article L. 111-25 du même code ; Considérant, enfin, que la circonstance que la SA bureau Veritas ne figurerait pas sur la liste des organismes de certification accrédités pour délivrer des certifications aux personnes réalisant des diagnostics techniques immobiliers est sans influence sur la validité du contrat litigieux ».

CE, 21 févr. 2011, n° 330515, Sté ICADE 3GA

« En application des principes dont s'inspirent les articles 1792 à 1792-5 du code civil, est susceptible de voir sa responsabilité engagée de plein droit, avant l'expiration d'un délai de dix ans à compter de la réception des travaux, à raison des dommages qui compromettent la solidité d'un ouvrage ou le rendent impropre à sa destination, toute personne appelée à participer à la construction de l'ouvrage, liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage ou qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage, ainsi que toute personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire. Un conducteur d'opérations, au sens de l'article 6 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique, concluant avec un maître d'ouvrage un contrat de louage d'ouvrage doit être regardé, pour la mise en œuvre du dispositif de garantie décennale, comme un constructeur, et ce alors même que la convention en cause en l'espèce stipulait qu'elle n'était pas un contrat de louage d'ouvrage ».

CE, 18 juin 2010, n° 336418, min. d'État, Garde des Sceaux, min. Justice et Libertés

« En vertu de l'article L. 111-25 du code de la construction et de l'habitation (CCH), l'activité agréée de contrôle technique prévue à l'article L. 111-23 de ce code est incompatible avec l'exercice de toute activité de conception, d'exécution ou d'expertise d'un ouvrage. 1) Le législateur a entendu prohiber toute participation d'un contrôleur technique agréé à l'une des activités énumérées à l'article L. 111-25, y compris s'il n'est pas amené à intervenir ultérieurement sur l'ouvrage en qualité de contrôleur

technique. 2) Il en résulte qu'un contrôleur technique agréé ne peut se voir légalement attribuer un marché d'expertise en matière de sécurité incendie sur des établissements pénitentiaires ».

CE, 10 juillet 1996, n° 132921, Commune Boissy-Saint-Léger

« Après la réception définitive de l'ouvrage, qui vaut quitus pour le maître d'ouvrage délégué, la responsabilité de celui-ci envers le maître de l'ouvrage ne peut plus être recherchée, sur le fondement de l'article 2262 du code civil, que dans l'hypothèse où il aurait eu un comportement fautif qui, par sa nature ou sa gravité, serait assimilable à une fraude ou un dol ».

CE, 28 avr. 1989, n° 65073, Commune Largentière

« Désordres de nature à rendre l'ouvrage impropre à sa destination imputables au procédé retenu pour le revêtement d'étanchéité des toitures. Ce procédé, agréé par l'administration et prévu par le devis-descriptif type, était imposé par le ministère de l'éducation nationale, maître d'ouvrage délégué. Si l'entrepreneur n'a formulé aucune observation ni réserve, à cette époque ce type de procédé n'avait pas encore manifesté ses effets néfastes et, ainsi, la société n'était pas en mesure de le faire. Par voie de conséquence, la société en cause n'a pas à réparer les troubles de jouissance qui ont trouvé leur origine dans ces désordres ».

CE, 13 nov. 1987, n° 55445, Synd. intercommunal pour la création et le fonctionnement de l'école des clos Ferolles Seine-et-Marne

« Pour rejeter la requête d'un syndicat intercommunal, les premiers juges ont dénié la qualité de constructeur, au sens des dispositions des articles 1792 et 2270 du code civil, aux deux sociétés civiles immobilières auxquelles ce syndicat a confié l'aménagement d'une Z.A.C. par une convention qui mettait à leur charge la réalisation et le financement d'un groupe scolaire et de trois logements d'instituteurs. S'agissant du champ d'application des articles précités du code civil, il appartenait aux premiers juges de rechercher si la condamnation de ces sociétés pouvait être éventuellement prononcée sur le terrain de la garantie décennale. Ainsi, les premiers juges, en soulevant d'office ce moyen, ne se sont pas prononcés sur des conclusions qui ne leur auraient pas été soumises et n'ont pas, en conséquence, porté atteinte au caractère contradictoire de la procédure ».

CE, 25 juillet 1985, n° 36883, Commune de Gray

« En cas de convention passée entre une commune et l'Etat, en vue de la construction d'un équipement communal, la commune peut rechercher la responsabilité contractuelle de l'Etat lorsque l'ouvrage livré par celui-ci présente des défauts par rapport aux stipulations du contrat et que l'Etat ne justifie pas le retard apporté à la mise en conformité de l'ouvrage ».

CE, 2 octobre 1968, n° 69231, Ministre de l'équipement et du logement c/ Commune de Chapelle-Vieille-Forêt et autre

« La convention par laquelle une commune et l'Etat conviennent de confier au Service des Ponts et Chaussées des travaux d'étude, de direction et de surveillance des projets communaux, est un contrat de louage d'ouvrage dont l'inexécution ou la mauvaise exécution engage, sauf stipulations expresses contraires, la responsabilité de l'Etat [RJ1]. Etat condamné en l'espèce à juste titre, à garantir une commune d'une partie de la condamnation qu'elle a encourue par suite de l'effondrement de l'immeuble d'un particulier au cours de travaux d'assainissement entrepris par la commune et dont la direction avait été confiée par cette dernière au Service des Ponts et Chaussées ».

Section 4 - Transfert de maîtrise d'ouvrage

Article L2422-12

Lorsque la réalisation ou la réhabilitation d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages relèvent simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage, ces derniers peuvent désigner, par convention, celui d'entre eux qui assurera la maîtrise d'ouvrage de l'opération. Cette convention précise les conditions d'organisation de la maîtrise d'ouvrage exercée et en fixe le terme.

Rép. Min. n° 17255, JO Sénat Q 14 juillet 2005, p. 1899

« L'article 8 du code des marchés publics relatif à la constitution de groupements de commandes prévoit trois degrés d'implication du coordonnateur : le coordonnateur procède à l'organisation de l'ensemble des opérations de sélection de l'attributaire ; chaque membre du groupement signe et exécute son marché (art. 8-VI) ; le coordonnateur sélectionne, signe et notifie le marché ; chaque membre du groupement en assure l'exécution, en ce qui le concerne (art. 8-VII-1) ; le coordonnateur passe le marché, le signe et l'exécute pour le compte de l'ensemble des membres du groupement (art. 8-VII-2). Dans les deux dernières hypothèses, si le marché porte sur des travaux, le coordonnateur est investi d'un mandat au sens de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique (dite loi « MOP »). La convention constitutive du groupement doit alors comporter toutes les stipulations obligatoires du contrat de mandat telles qu'imposées par l'article 5 de la loi « MOP ». Cependant, **le recours au groupement de commandes n'est pas adapté aux opérations de construction, car le choix des constructeurs doit être approuvé par chaque membre du groupement en sa qualité de maître de l'ouvrage (art. 5 de la loi précitée). Pour ces opérations, le recours à la comaitrise d'ouvrage prévue au II de l'article 2 de la loi du 12 juillet 1985 mentionnée ci-dessus constitue un dispositif plus approprié. En effet, la convention de comaitrise d'ouvrage organise un transfert temporaire de compétence au bénéfice d'un seul maître d'ouvrage, selon des modalités qu'elle fixe librement ».**

Article L2422-13

Lorsque l'Etat confie à l'un de ses établissements publics la réalisation d'opérations ou de programmes d'investissement, il peut décider que cet établissement exercera la totalité des attributions de la maîtrise d'ouvrage.

Titre III - MAÎTRISE D'ŒUVRE PRIVÉE

Article L2430-1

Les dispositions du présent titre s'appliquent aux marchés publics de maîtrise d'œuvre conclus avec un opérateur économique de droit privé.

Article L2430-2

Par dérogation à l'article L. 2410-1, ne sont pas soumis au présent titre les offices publics de l'habitat et les organismes privés d'habitations à loyer modéré, mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation, ainsi que les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatif aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et sociétés.

Chapitre Ier - Mission de maîtrise d'œuvre privée

Article L2431-1

La mission de maîtrise d'œuvre est une mission globale qui doit permettre d'apporter une réponse architecturale, technique et économique au programme défini par le maître d'ouvrage pour la réalisation d'une opération.

La mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle confiée aux opérateurs économiques chargés des travaux, sous réserve des dispositions relatives aux marchés globaux du chapitre Ier du titre VII du livre Ier.

Article L2431-2

La mission de maîtrise d'œuvre comprend tout ou partie des éléments de conception, d'assistance, de direction et de contrôle définis par voie réglementaire.

Ces éléments de mission peuvent varier en fonction :

- 1° Du maître d'ouvrage ;
- 2° De la nature de l'opération ;
- 3° De l'ouvrage concerné ;
- 4° De l'intervention, dès l'établissement des études d'avant-projet, d'un opérateur économique chargé des travaux ou d'un fournisseur de produits industriels, lorsque les méthodes ou techniques de

réalisation ou les produits industriels à mettre en œuvre impliquent l'intervention de ces opérateurs.

Article L2431-3

Pour les ouvrages de bâtiment, une mission de base est confiée au titulaire du marché public de maîtrise d'œuvre, qui comprend l'ensemble des éléments de mission définis par voie réglementaire et permet :

1° Au maître d'œuvre, de réaliser la synthèse architecturale des objectifs et des contraintes du programme et de s'assurer du respect, lors de l'exécution de l'ouvrage, des études qu'il a effectuées ;
2° Au maître d'ouvrage, de s'assurer de la qualité de l'ouvrage et du respect du programme ainsi que de procéder à la consultation des opérateurs économiques chargés des travaux et à l'attribution des marchés publics de travaux.

Le contenu de cette mission de base peut varier lorsque le maître d'ouvrage fait intervenir dès l'établissement des études d'avant-projet, un opérateur économique chargé des travaux ou un fournisseur de produits industriels ou lorsque les études d'exécution sont confiées en tout ou partie à des opérateurs économiques chargés des travaux.

Section 1 - Dispositions générales

Article R2431-1

La mission de maîtrise d'œuvre peut comprendre les éléments suivants :

- 1° Les études préliminaires ;
- 2° Les études de diagnostic ;
- 3° Les études d'esquisse ;
- 4° Les études d'avant-projet ;
- 5° Les études de projet ;
- 6° L'assistance apportée au maître d'ouvrage pour la passation des marchés de travaux ;
- 7° Les études d'exécution ou l'examen de leur conformité au projet et le visa de celles qui ont été faites par les opérateurs économiques chargés des travaux ;
- 8° La direction de l'exécution des marchés de travaux ;
- 9° L'ordonnancement, le pilotage et la coordination du chantier ;
- 10° L'assistance apportée au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement.

CAA Bordeaux, 18 nov. 2008, n° 07BX00737, Sté MDP Ingénierie Conseil

« Considérant, en deuxième lieu, que si la SOCIETE MDP INGENIERIE CONSEIL demande l'indemnisation des préjudices qu'elle estime avoir subis, au cours de l'exécution du marché, à raison de la modification des prestations demandées par le maître d'ouvrage qui au regard de son importance aurait bouleversé les conditions initiales du marché lui faisant perdre son caractère forfaitaire et aurait justifié l'établissement d'un avenant, et de l'obligation dans laquelle elle s'est trouvée d'effectuer un supplément d'études, il ne résulte pas de l'instruction que l'étude de projets successifs ait revêtu un caractère et une importance tels que cette étude ne puisse être regardée comme faisant partie de sa mission normale de maître d'œuvre, chargé d'aider le maître de l'ouvrage à mettre au point son projet avant le lancement des travaux ; que par suite et alors même qu'ils ont pu être utiles au département, ces travaux qui n'ont fait l'objet d'aucun ordre de service ou bon de commandes de prestations supplémentaires ne pouvaient ouvrir droit à la SOCIETE MDP INGENIERIE CONSEIL à une rémunération distincte de celle qui lui a été allouée pour la réalisation des projets définitifs ; que la société requérante n'est, par suite, pas fondée à demander la réformation du jugement en ce qu'il a rejeté sa demande tendant à être indemnisée à ce titre ».

Article R2431-2

Les éléments de mission de maîtrise d'œuvre sont précisés à la section 2 pour les ouvrages de bâtiment et à la section 3 pour les ouvrages d'infrastructure.

Des éléments de mission spécifiques sont prévus à la section 4 lorsque les méthodes ou

techniques de réalisation ou les produits industriels à mettre en œuvre impliquent l'intervention, dès l'établissement des études d'avant-projet, d'un opérateur économique chargé des travaux ou d'un fournisseur de produits industriels.

Les éléments de mission de maîtrise d'œuvre portant sur des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essais ou d'expérimentation sont précisés à la section 5.

Article R2431-3

Le maître d'ouvrage détermine l'appartenance de l'ouvrage à l'une des catégories suivantes :

- 1° Opération de construction neuve de bâtiment ;
- 2° Opération de réhabilitation de bâtiment ;
- 3° Opération de construction neuve d'infrastructure ;
- 4° Opération de réhabilitation d'infrastructure.

Il peut, le cas échéant, scinder l'ouvrage en parties d'ouvrage relevant de l'une ou l'autre de ces catégories.

Section 2 - Eléments de mission de maîtrise d'œuvre privée portant sur les ouvrages de bâtiment

Sous-section 1 - Mission de base

Article R2431-4

Pour les opérations de construction neuve de bâtiment, la mission de base comporte :

- 1° Les études d'esquisse ;
- 2° Les études d'avant-projet ;
- 3° Les études de projet ;
- 4° L'assistance apportée au maître d'ouvrage pour la passation des marchés publics de travaux ;
- 5° La direction de l'exécution des marchés publics de travaux ;
- 6° L'assistance apportée au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement ;
- 7° L'examen de la conformité au projet des études d'exécution et leur visa lorsqu'elles ont été faites par un opérateur économique chargé des travaux et les études d'exécution lorsqu'elles sont faites par le maître d'œuvre.

Article R2431-5

Pour les opérations de réhabilitation de bâtiment, la mission de base comporte les mêmes éléments que ceux visés à l'article R. 2431-4, à l'exception des études d'esquisse.

Article R2431-6

Lorsque le maître d'ouvrage décide de consulter des opérateurs économiques chargés des travaux ou des fournisseurs de produits industriels dès l'établissement des avant-projets, la mission de base tient compte des éléments de missions spécifiques décrits à la section 4 du présent chapitre pour chacun des marchés publics concernés.

Article R2431-7

Lorsque en cas de défaillance d'un maître d'œuvre titulaire d'une mission de base, le maître d'ouvrage confie une mission partielle à un autre maître d'œuvre afin de poursuivre l'opération, l'ensemble des éléments de mission, ceux effectués par le titulaire du premier marché public et ceux confiés au nouveau maître d'œuvre, doit respecter le contenu de la mission de base.

Sous-section 2 - Dispositions propres aux opérations de construction neuve de bâtiment

Article R2431-8

Les études d'esquisse ont pour objet :

- 1° De proposer une ou plusieurs solutions d'ensemble, traduisant les éléments majeurs du programme, d'en indiquer les délais de réalisation, d'examiner leur compatibilité avec la partie de l'enveloppe financière prévisionnelle retenue par le maître d'ouvrage et affectée aux travaux ;
- 2° De vérifier la faisabilité de l'opération au regard des différentes contraintes du programme et du site.

Article R2431-9

Les études d'avant-projet comprennent les études d'avant-projet sommaire définies à l'article R. 2431-10 et les études d'avant-projet définitif définies à l'article R. 2431-11.

Les études d'avant-projet comprennent également l'établissement des dossiers et les consultations relevant de la compétence de la maîtrise d'œuvre et nécessaires à l'obtention du permis de construire et des autres autorisations administratives, ainsi que l'assistance au maître d'ouvrage au cours de leur instruction.

Pour les ouvrages de construction neuve de logements, les études d'avant-projet sommaire et d'avant-projet définitif peuvent être exécutées en une seule phase d'études.

Article R2431-10

Les études d'avant-projet sommaire ont pour objet :

- 1° De préciser la composition générale en plan et en volume ;
- 2° D'apprécier les volumes intérieurs et l'aspect extérieur de l'ouvrage ;
- 3° De proposer les dispositions techniques pouvant être envisagées ;
- 4° De préciser le calendrier de réalisation et, le cas échéant, le découpage en phases fonctionnelles ;
- 5° D'établir une estimation provisoire du coût prévisionnel des travaux.

Article R2431-11

Les études d'avant-projet définitif ont pour objet :

- 1° De déterminer les surfaces détaillées de tous les éléments du programme ;
- 2° D'arrêter en plans, coupes et façades les dimensions de l'ouvrage, ainsi que son aspect ;
- 3° De définir les principes constructifs, les matériaux et les installations techniques ;
- 4° D'établir l'estimation définitive du coût prévisionnel des travaux, décomposée par corps d'état ;
- 5° De permettre au maître d'ouvrage d'arrêter définitivement le programme ;
- 6° De permettre la fixation du forfait de rémunération dans les conditions prévues par le marché public de maîtrise d'œuvre.

Article R2431-12

Les études de projet ont pour objet :

- 1° De préciser par des plans, coupes et élévations, les formes des différents éléments de la construction, la nature et les caractéristiques des matériaux et les conditions de leur mise en œuvre ;
- 2° De déterminer l'implantation, et l'encombrement de tous les éléments de structure et de tous les équipements techniques ;
- 3° De préciser les tracés des alimentations et évacuations de tous les fluides ;
- 4° D'établir un coût prévisionnel des travaux décomposé par corps d'état, sur la base d'un avant-métré ;
- 5° De permettre au maître d'ouvrage, au regard de cette évaluation, d'arrêter le coût prévisionnel de l'ouvrage et d'estimer les coûts de son exploitation ;
- 6° De déterminer le délai global de réalisation de l'ouvrage.

Article R2431-13

L'assistance apportée au maître d'ouvrage pour la passation des marchés publics de travaux sur la base des études qu'il a approuvées a pour objet :

- 1° De préparer la consultation des opérateurs économiques chargés des travaux, en fonction du mode de passation des marchés publics ;
- 2° De préparer la sélection des candidatures et de les examiner ;
- 3° D'analyser les offres et, le cas échéant, les variantes ;
- 4° De préparer les mises au point permettant la conclusion des marchés publics par le maître d'ouvrage.

Article R2431-14

L'avant-projet définitif ou le projet servent de base à la mise en concurrence des opérateurs économiques chargés des travaux par le maître d'ouvrage.

Lorsque le maître d'ouvrage retient une offre qui comporte une variante, le maître d'œuvre doit compléter les études du projet pour en assurer la cohérence, notamment en établissant la synthèse des plans et spécifications et, le cas échéant, prendre en compte les dispositions découlant d'un permis de construire modifié.

Article R2431-15

Les études d'exécution permettent la réalisation de l'ouvrage. Elles ont pour objet, pour l'ensemble de l'ouvrage ou pour les seuls marchés publics concernés :

- 1° D'établir tous les plans d'exécution et spécifications à l'usage du chantier ainsi que les plans de synthèse correspondants ;
 - 2° D'établir sur la base des plans d'exécution un devis quantitatif détaillé par marché public ;
 - 3° D'établir le calendrier prévisionnel d'exécution des travaux par marché public ;
 - 4° D'effectuer la mise en cohérence technique des documents fournis par les opérateurs économiques chargés des travaux lorsque les documents pour l'exécution des ouvrages sont établis pour partie par la maîtrise d'œuvre et pour partie par ces opérateurs.
- Lorsque les études d'exécution sont, partiellement ou intégralement, réalisées par les opérateurs économiques chargés des travaux, le maître d'œuvre s'assure que les documents qu'ils ont établis respectent les dispositions du projet et, dans ce cas, leur délivre son visa.

Article R2431-16

La direction de l'exécution des marchés publics de travaux a pour objet :

- 1° De s'assurer que les documents d'exécution ainsi que les ouvrages en cours de réalisation respectent les dispositions des études effectuées ;
- 2° De s'assurer que les documents qui doivent être produits par les opérateurs économiques chargés des travaux, ainsi que l'exécution des travaux sont conformes aux clauses de leur marché public ;
- 3° De délivrer tous ordres de service, d'établir tous procès-verbaux nécessaires à l'exécution du marché public de travaux, de procéder aux constats contradictoires et d'organiser et de diriger les réunions de chantier ;
- 4° De vérifier les projets de décomptes mensuels ou les demandes d'avances présentés par les opérateurs économiques chargés des travaux, d'établir les états d'acomptes, de vérifier le projet de décompte final et d'établir le décompte général ;
- 5° D'assister le maître d'ouvrage en cas de différend sur le règlement ou l'exécution des travaux.

Article R2431-17

L'ordonnancement, la coordination et le pilotage du chantier ont respectivement pour objet :

- 1° D'analyser les tâches élémentaires portant sur les études d'exécution et les travaux, de déterminer leurs enchaînements ainsi que leur chemin critique par des documents

graphiques ;
 2° D'harmoniser dans le temps et dans l'espace les actions des différents intervenants au stade des travaux ;
 3° Au stade des travaux et jusqu'à la levée des réserves dans les délais impartis dans les marchés publics de travaux, de mettre en application les diverses mesures d'organisation arrêtées au titre de l'ordonnancement et de la coordination.

Article R2431-18

L'assistance apportée au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement a pour objet :
 1° D'organiser les opérations préalables à la réception des travaux ;
 2° D'assurer le suivi des réserves formulées lors de la réception des travaux jusqu'à leur levée ;
 3° De procéder à l'examen des désordres signalés par le maître d'ouvrage ;
 4° De constituer le dossier des ouvrages exécutés nécessaires à leur exploitation.

Sous-section 3 - Dispositions propres aux opérations de réhabilitation de bâtiment

Article R2431-19

Les études de diagnostic qui permettent de renseigner le maître d'ouvrage sur l'état du bâtiment et sur la faisabilité de l'opération ont pour objet :
 1° D'établir un état des lieux ;
 2° De fournir une analyse fonctionnelle, urbanistique, architecturale et technique du bâti existant ;
 3° De permettre d'établir un programme fonctionnel d'utilisation du bâtiment ainsi qu'une estimation financière et d'en déduire la faisabilité de l'opération.
 Le maître d'œuvre préconise, éventuellement, des études complémentaires d'investigation des existants.

Article R2431-20

Les études d'avant-projet comprennent des études d'avant-projet sommaire définies à l'article R. 2431-21 et des études d'avant-projet définitif définies à l'article R. 2431-22.
 Les études d'avant-projet comprennent également l'établissement des dossiers et les consultations relevant de la compétence de la maîtrise d'œuvre et, le cas échéant, nécessaires à l'obtention du permis de construire et des autres autorisations administratives, ainsi que l'assistance au maître d'ouvrage au cours de leur instruction.

Article R2431-21

Les études d'avant-projet sommaire ont pour objet :
 1° De proposer une ou plusieurs solutions d'ensemble traduisant les éléments majeurs du programme fonctionnel et d'en présenter les dispositions générales techniques envisagées ;
 2° D'indiquer des durées prévisionnelles de réalisation ;
 3° D'établir une estimation provisoire du coût prévisionnel des travaux des différentes solutions étudiées.

Article R2431-22

Les études d'avant-projet définitif ont pour objet :
 1° D'arrêter en plans, coupes et façades, les dimensions de l'ouvrage ainsi que son aspect ;
 2° De définir les matériaux ;
 3° De permettre au maître d'ouvrage d'arrêter définitivement le programme et certains choix d'équipements en fonction des coûts d'investissement, d'exploitation et de maintenance ;
 4° D'établir l'estimation définitive du coût prévisionnel des travaux, décomposée par corps

d'état ;
 5° De permettre la fixation du forfait de rémunération dans les conditions prévues par le marché public de maîtrise d'œuvre.

Article R2431-23

Les dispositions des articles R. 2431-12 à R. 2431-18 sont applicables aux opérations de réhabilitation d'ouvrages de bâtiment.

Section 3 - Eléments de mission de maîtrise d'œuvre privée portant sur les ouvrages d'infrastructure

Article R2431-24

Les études préliminaires, dans le cas d'une opération de construction neuve, constituent la première étape de la réponse de la maîtrise d'œuvre aux objectifs, besoins, contraintes et exigences du programme.
 Ces études permettent au maître d'ouvrage d'arrêter le parti d'ensemble de l'ouvrage et ont pour objet :
 1° De préciser les contraintes physiques, économiques et environnementales conditionnant le projet ;
 2° De présenter une ou plusieurs solutions techniques, architecturales, d'implantation et d'insertion dans le paysage pour les ouvrages concernés ainsi qu'une comparaison des différents éléments composant ces solutions, assorties de délais de réalisation et d'examiner leur compatibilité avec la partie affectée aux travaux de l'enveloppe financière prévisionnelle retenue par le maître d'ouvrage ;
 3° De vérifier la faisabilité de l'opération.

Article R2431-25

Les études de diagnostic, dans le cas d'une opération de réhabilitation, permettent de renseigner le maître d'ouvrage sur l'état de l'ouvrage et sur la faisabilité de l'opération et ont pour objet :
 1° D'établir un état des lieux ;
 2° De procéder à une analyse technique sur la résistance de la structure et sur les équipements techniques ;
 3° De permettre d'établir un programme fonctionnel d'utilisation de l'ouvrage ;
 4° De proposer, éventuellement, des méthodes de réparation ou de confortement assorties de délais de réalisation et de mise en œuvre.
 Le maître d'œuvre préconise, éventuellement, des études complémentaires d'investigation des existants.

Article R2431-26

Les études d'avant-projet ont pour objet :
 1° De confirmer, compte tenu des études et reconnaissances complémentaires, la faisabilité de la solution retenue et d'en déterminer ses principales caractéristiques ;
 2° De proposer une implantation topographique des principaux ouvrages ;
 3° De proposer, le cas échéant, une décomposition en phases de réalisation et de préciser la durée de cette réalisation ;
 4° De permettre au maître d'ouvrage de prendre ou de confirmer la décision de réaliser le projet, d'en arrêter définitivement le programme et d'en déterminer les moyens nécessaires, notamment financiers ;
 5° D'établir l'estimation du coût prévisionnel des travaux, en distinguant les dépenses par partie d'ouvrage et nature de travaux et en indiquant l'incertitude qui y est attachée compte tenu des bases d'estimation utilisées ;
 6° De permettre la fixation du forfait de rémunération dans les conditions prévues par le

marché public de maîtrise d'œuvre ;
 7° De permettre l'établissement des dossiers à déposer, le cas échéant, en vue de l'obtention du permis de construire et autres autorisations administratives nécessaires relevant de la compétence de la maîtrise d'œuvre, ainsi que l'assistance au maître d'ouvrage au cours de leur instruction.

Article R2431-27

Les études de projet ont pour objet :

- 1° De préciser la solution d'ensemble et les choix techniques, architecturaux et paysagers ;
- 2° De fixer les caractéristiques et dimensions des différents ouvrages de la solution d'ensemble, ainsi que leur implantation topographique ;
- 3° De préciser les tracés des alimentations et évacuations de tous les fluides ainsi que des réseaux souterrains existants ;
- 4° De préciser les dispositions générales et les spécifications techniques des équipements répondant aux besoins de l'exploitation ;
- 5° D'établir un coût prévisionnel des travaux décomposés en éléments techniquement homogènes ;
- 6° De permettre au maître d'ouvrage d'arrêter le coût prévisionnel de la solution d'ensemble et, le cas échéant, de chaque phase de réalisation, d'évaluer les coûts d'exploitation et de maintenance, de fixer l'échéancier d'exécution et de scinder, le cas échéant, l'opération en lots.

Article R2431-28

L'assistance apportée au maître d'ouvrage pour la passation des marchés publics de travaux a pour objet :

- 1° De préparer la consultation des opérateurs économiques chargés des travaux, en fonction du mode de passation des marchés publics ;
- 2° De préparer la sélection des candidatures et de les examiner ;
- 3° D'analyser les offres et, le cas échéant, les variantes ;
- 4° De préparer les mises au point permettant la conclusion des marchés publics par le maître d'ouvrage.

Article R2431-29

L'avant-projet ou le projet servent de base à la mise en concurrence des opérateurs économiques chargés des travaux par le maître d'ouvrage.
 Lorsque le maître d'ouvrage retient une offre qui comporte une variante, le maître d'œuvre doit compléter les études du projet pour en assurer la cohérence, notamment en établissant la synthèse des plans et spécifications et, le cas échéant, prendre en compte les dispositions découlant d'un permis de construire modifié.

Article R2431-30

Les études d'exécution permettent la réalisation de l'ouvrage. Elles ont pour objet, pour l'ensemble de l'ouvrage ou pour les seuls marchés publics concernés :

- 1° D'élaborer les schémas fonctionnels, les notes techniques et de calcul qui précèdent et commandent celles des plans d'exécution ;
- 2° D'établir tous les plans d'exécution, repérages et spécifications à l'usage du chantier ainsi que les plans de synthèse correspondants ;
- 3° D'établir, sur la base des plans d'exécution, un devis quantitatif détaillé de chacun des marchés publics ;
- 4° D'établir le calendrier prévisionnel d'exécution des travaux de chacun des marchés publics ;
- 5° D'effectuer la mise en cohérence technique des documents fournis par les opérateurs économiques chargés des travaux lorsque les documents pour l'exécution des ouvrages sont établis pour partie par la maîtrise d'œuvre, et pour partie par ces opérateurs.

Lorsque les études d'exécution sont, partiellement ou intégralement, réalisées par les opérateurs économiques chargés des travaux, le maître d'œuvre s'assure que les documents qu'ils ont établis respectent les dispositions du projet et, dans ce cas, leur délivre son visa.

Article R2431-31

Les dispositions des articles R. 2431-16 à R. 2431-18 sont applicables aux ouvrages d'infrastructure.

Section 4 - Eléments de mission de maîtrise d'œuvre privée spécifiques

Article R2431-32

Lorsque les méthodes ou techniques de réalisation ou les produits industriels à mettre en œuvre impliquent l'intervention, dès l'établissement des avant-projets, de l'opérateur économique chargé des travaux ou du fournisseur de produits industriels, le maître d'ouvrage peut décider de les consulter de façon anticipée pour un ou plusieurs marchés publics de technicité particulière.
 Cette consultation intervient soit à l'issue des études d'avant-projet sommaire ou d'avant-projet définitif pour les ouvrages neufs de bâtiment et pour les opérations de réhabilitation de bâtiment et d'infrastructure, soit à l'issue des études préliminaires pour les ouvrages neufs d'infrastructure.
 L'opérateur économique chargé des travaux ou le fournisseur de produits industriels retenu après consultation établit et remet au maître d'œuvre les documents graphiques et écrits définissant les solutions techniques qu'il propose.

Article R2431-33

Les éléments de mission d'avant-projet et de projet pour les marchés publics concernés sont remplacés ou complétés en tant que de besoin par les éléments de mission spécifiques mentionnés aux articles R. 2431-34 et R. 2431-35.

Article R2431-34

Les études spécifiques d'avant-projet ont pour objet :

- 1° D'apprécier les conséquences de la solution technique étudiée par l'opérateur économique chargé des travaux ou le fournisseur de produits industriels en s'assurant qu'elle est compatible avec les contraintes du programme et qu'elle est assortie de toutes les justifications et avis techniques nécessaires ;
- 2° De retenir la solution technique, le cas échéant de la faire adapter, ou d'en proposer le rejet au maître d'ouvrage ;
- 3° De permettre la fixation de la rémunération définitive du maître d'œuvre en tenant compte des éléments de missions spécifiques qui lui sont confiés ;
- 4° De permettre au maître d'ouvrage d'arrêter avec l'opérateur économique chargé des travaux ou le fournisseur de produits industriels les conditions d'exécution de son marché public.

Article R2431-35

Les études spécifiques de projet ont pour objet :

- 1° De définir de façon détaillée les prescriptions architecturales et techniques à partir des études de l'opérateur économique chargé des travaux ou du fournisseur de produits industriels ;
- 2° De permettre au maître d'ouvrage d'évaluer les coûts d'exploitation et de maintenance ;
- 3° De préciser la période de réalisation des marchés publics concernés.

Section 5 - Eléments de mission de maîtrise d'œuvre privée portant sur des ouvrages réalisés

à titre de recherche, d'essais ou d'expérimentation

Article R2431-36

Lorsque, dans le cadre d'un programme de recherche bénéficiant d'une aide financière publique, des ouvrages sont réalisés à titre de recherche, d'essais ou d'expérimentation, l'ensemble des dispositions du présent chapitre est applicable à l'exclusion des articles R. 2431-4 à R. 2431-7 relatifs à la mission de base pour les ouvrages de bâtiment.

Le contenu de chacun des éléments de mission décrits au présent chapitre peut comporter des adaptations en fonction de l'objet précis de la recherche, des essais ou de l'expérimentation auquel doit répondre la réalisation de l'ouvrage.

Section 6 - Dispositions diverses

Article R2431-37

Un arrêté conjoint des ministres chargés de l'équipement et de l'industrie, annexé au présent code, précise les modalités techniques d'exécution des éléments de mission de maîtrise d'œuvre.

Chapitre II - Marché public de maîtrise d'œuvre privée

Section 1 - Dispositions générales

Article L2432-1

Le marché public de maîtrise d'œuvre privée prévoit une rémunération forfaitaire du titulaire qui tient compte de l'étendue de la mission, de son degré de complexité et du coût prévisionnel des travaux. Les modalités de fixation de la rémunération du maître d'œuvre ainsi que les conséquences de la méconnaissance par celui-ci des engagements souscrits sur un coût prévisionnel des travaux, en distinguant selon le maître d'ouvrage, la nature de l'opération et l'ouvrage concerné, sont précisées par voie réglementaire.

Article R2432-1

Le maître d'ouvrage décide, au plus tard avant le commencement des études de projet, d'allotir ou non l'opération et précise son incidence sur le marché public de maîtrise d'œuvre.

Section 2 - Engagements du maître d'œuvre privé

Article L2432-2

En cas de modification du programme ou de prestations décidées par le maître d'ouvrage, le marché public de maîtrise d'œuvre fait l'objet d'une modification conventionnelle conformément aux dispositions du chapitre IV du titre IX du livre Ier. Cette modification arrête le programme modifié et le coût prévisionnel des travaux, et adapte en conséquence la rémunération du maître d'œuvre et les modalités de son engagement sur ce coût prévisionnel.

Article R2432-2

Le marché public de maîtrise d'œuvre précise, d'une part, les modalités selon lesquelles est arrêté le coût prévisionnel des travaux assorti d'un seuil de tolérance, sur lesquels s'engage le maître d'œuvre et, d'autre part, les conséquences, pour celui-ci, des engagements souscrits.

Article R2432-3

Lorsque la mission confiée au maître d'œuvre comporte l'assistance au maître d'ouvrage

pour la passation des marchés publics de travaux, le marché public de maîtrise d'œuvre prévoit l'engagement de son titulaire de respecter le coût prévisionnel des travaux arrêté au plus tard avant le lancement de la procédure de passation des marchés publics de travaux. Le respect de cet engagement est contrôlé à l'issue de la consultation des opérateurs économiques chargés des travaux.

En cas de dépassement du seuil de tolérance, le maître d'ouvrage peut demander au maître d'œuvre d'adapter ses études, sans rémunération supplémentaire.

Article R2432-4

Lorsque la mission confiée au maître d'œuvre comporte, outre l'assistance au maître d'ouvrage pour la passation des marchés publics de travaux, la direction de l'exécution des marchés publics de travaux et l'assistance au maître d'ouvrage lors des opérations de réception, le marché public de maîtrise d'œuvre prévoit un engagement de son titulaire de respecter le coût, assorti d'un nouveau seuil de tolérance, qui résulte des marchés publics de travaux passés par le maître d'ouvrage.

Le respect de cet engagement est contrôlé après exécution complète des travaux nécessaires à la réalisation de l'ouvrage en tenant compte du coût total définitif des travaux résultant des décomptes finaux et factures des opérateurs économiques chargés des travaux.

Pour contrôler le respect de l'engagement du maître d'œuvre, le marché public de maîtrise d'œuvre prévoit les modalités de prise en compte des variations des conditions économiques.

En cas de dépassement excédant le seuil de tolérance fixé par le marché public de maîtrise d'œuvre, la rémunération du maître d'œuvre est réduite. Le marché public de maîtrise d'œuvre détermine les modalités de calcul de cette réduction qui ne peut excéder 15 % de la rémunération du maître d'œuvre correspondant aux éléments de missions postérieurs à l'attribution des marchés publics de travaux.

Article R2432-5

Le marché public de maîtrise d'œuvre peut ne pas prévoir les engagements mentionnés aux articles R. 2432-3 et R. 2432-4, s'il est établi que certaines des données techniques nécessaires à la souscription de tels engagements ne pourront être connues au moment où ces engagements devraient être pris.

Section 3 - Rémunération du maître d'œuvre privé

Article R2432-6

La rémunération forfaitaire du maître d'œuvre décomposée par éléments de mission tient compte des éléments suivants :

1° L'étendue de la mission, appréciée notamment au regard du nombre et du volume des prestations demandées, de l'ampleur des moyens à mettre en œuvre, de l'éventuel allotissement des marchés publics de travaux, des délais impartis et, lorsqu'ils sont souscrits, des engagements pris par le maître d'œuvre de respecter le coût prévisionnel des travaux ;

2° Le degré de complexité de cette mission, apprécié notamment au regard du type et de la technicité de l'ouvrage, de son insertion dans l'environnement, des exigences et contraintes du programme ;

3° Le coût prévisionnel des travaux basé soit sur l'estimation prévisionnelle provisoire des travaux établie par le maître d'œuvre lors des études d'avant-projet sommaire, soit sur l'estimation prévisionnelle définitive des travaux établie lors des études d'avant-projet définitif.

Article R2432-7

Dans le cas où le coût prévisionnel des travaux n'est pas encore connu au moment de la

passation du marché public de maîtrise d'œuvre, le montant provisoire de la rémunération de ce dernier est basé sur la partie affectée aux travaux de l'enveloppe financière prévisionnelle fixée par le maître d'ouvrage.
Son montant définitif est fixé conformément aux dispositions de la section 2 du présent chapitre et en application de l'article R. 2194-1.

Livre V - AUTRES MARCHÉS PUBLICS

Article L2500-1

Sans préjudice de dispositions législatives spéciales, les catégories de marchés publics mentionnés au titre Ier sont soumises aux règles particulières définies au titre II.

Article L2500-2

Les marchés publics mentionnés au présent livre conclus par un acheteur mentionné au chapitre Ier du livre IV relatif à la maîtrise d'ouvrage publique et ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage défini au chapitre II de ce même livre, sont soumis aux dispositions de celui-ci.

Titre Ier - CHAMP D'APPLICATION

Chapitre Ier - Relations internes au secteur public

Section 1 - Quasi-régie

Article L2511-1

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, avec une personne morale de droit public ou de droit privé lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un **contrôle analogue** à celui qu'il exerce sur ses propres services ;

2° La personne morale

le contrôlée réalise plus de **80 % de son activité** dans le cadre des tâches qui lui sont confiées soit par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, soit par d'autres personnes morales que celui-ci contrôle, soit par ce pouvoir adjudicateur et d'autres personnes morales que celui-ci contrôle ;

3° La personne morale contrôlée ne comporte **pas de participation directe de capitaux privés au capital**, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.

Fiche DAJ, Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public

CJUE, 18 Juin 2020, affaire C328/19, Porin Kaupunki

« L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens qu'un accord, aux termes duquel les communes parties à cet accord confient à l'une d'elles la responsabilité de l'organisation de services au profit de ces communes, est exclu du champ d'application de cette directive au motif qu'il constitue un transfert de compétences, au sens de l'article 4, paragraphe 2, TUE, tel qu'interprété dans l'arrêt du 21 décembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985).

L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens qu'un accord de coopération, aux termes duquel les communes parties à cet accord transfèrent à l'une d'elles la responsabilité de l'organisation de services au profit de ces communes, permet de considérer cette commune, lors des attributions postérieures audit transfert, comme un pouvoir adjudicateur et l'habilite à confier, sans mise en concurrence préalable, à une entité *in house*, des services couvrant non seulement ses propres besoins mais également ceux des autres communes parties audit accord, alors que, sans ce transfert de compétences, lesdites communes auraient dû pourvoir elles-mêmes à leurs propres besoins ».

CJUE, 3 oct. 2019, C-285/18, Kauno miesto savivaldybė

« L'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une règle nationale par laquelle un État membre subordonne la conclusion d'une opération interne, notamment à la condition que la passation d'un marché public ne permette pas de garantir la qualité des services réalisés, leur accessibilité ou leur continuité, tant que le choix exprimé en faveur d'un mode de prestation de services en particulier, et effectué à un stade antérieur à celui de la passation de marché public, respecte les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence.

3) L'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24, lu à la lumière du principe de transparence, doit être interprété en ce sens que les conditions auxquelles les États membres subordonnent la conclusion d'opérations internes doivent être énoncées au moyen de règles précises et claires du droit positif des marchés publics, qui doivent être suffisamment accessibles et prévisibles dans leur application afin d'éviter tout risque d'arbitraire, ce qu'il appartiendra, en l'occurrence, à la juridiction de renvoi de vérifier ».

Rép. min. n° 10913 : JOAN 21 mai 2019, p. 4812 (Q. 17 juill. 2018, M. Sylvain Waserman)

« Les dispositions de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ont été codifiées à l'article L. 2511-1 et suivant du code de la commande publique qui est entré en vigueur le 1^{er} avril 2019. Il est prévu que peuvent être exclus de son champ d'application les marchés publics passés par un pouvoir adjudicateur avec un opérateur économique qu'il contrôle dès lors que les conditions suivantes sont réunies : – le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ; – la personne morale réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ; – la personne contrôlée ne dispose pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacités de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale objet du contrôle. Cette exclusion a vocation à s'appliquer lorsque l'opérateur contrôlé réalise ses activités sur un marché concurrentiel. Les centres de ressources, d'expertise et de performance sportive (CREPS) sont des établissements publics locaux de formation dans le domaine du sport, de la jeunesse et de l'éducation populaire. Ils exercent au nom de l'État sur le fondement de l'article L. 114-2 du code du sport notamment la mise en œuvre des formations initiales et continues dans le domaine des activités physiques ou sportives en application de l'article L. 211-1 et dans les domaines de la jeunesse et de l'éducation populaire, conformément aux objectifs nationaux et en lien avec le schéma régional des formations de la région concernée. **Il n'est pas possible à ce jour au regard de la réglementation et de l'activité de formation des CREPS d'exempter de façon générale les établissements relevant du ministère des sports des règles de marché public. En effet, l'obligation ou non de répondre à un marché public sur la part de formation proposée par les conseils régionaux ne relève en aucun cas de la seule volonté du ministère des sports mais bien plutôt de l'organisation du marché par l'adjudicateur.** En effet, les CREPS proposent des formations certes en lien avec les marchés du conseil régional mais aussi pour répondre à un besoin de formation ouvert à la concurrence. De plus, leur offre de formation porte également sur des formations qui sont peu ou pas assurées sur le marché concurrentiel et sur des formations qui conduisent à des diplômes qui pour des raisons impérieuses de sécurité ne peuvent pas être organisées par des organismes de droit privé. En conséquence, la condition prévue par le code de la commande publique relative à la réalisation par la personne morale de plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle dépend largement de la politique menée par chaque établissement public local de formation ».

CE, 14 nov. 2018, n° 405628, Préfet du Puy-de-Dôme

« Il résulte de la combinaison des articles L. 1531-1, L. 1521-1 et L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales (CGCT) que, hormis le cas, prévu par l'article L. 1521-1 du CGCT, où l'objet social de la société s'inscrit dans le cadre d'une compétence que la commune n'exerce plus du fait de son transfert, après la création de la société, à un établissement public de coopération intercommunale, la participation d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales à une

société publique locale (SPL), qui lui confère un siège au conseil d'administration ou au conseil de surveillance et a nécessairement pour effet de lui ouvrir droit à participer au vote des décisions prises par ces organes, est exclue lorsque cette collectivité territoriale ou ce groupement de collectivités territoriales n'exerce pas l'ensemble des compétences sur lesquelles porte l'objet social de la société ».

Contrôle analogue

CJUE, 22 décembre 2022, Aff. C-383/21 et C-384/21, Sambre & Biesme SCRL, Commune de Farciennes contre Société wallonne du logement (SWL)

« L'article 12, paragraphe 3, second alinéa, sous i), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens que : afin d'établir qu'un pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale adjudicataire analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services, **l'exigence visée à cette disposition, tenant à ce qu'un pouvoir adjudicateur soit représenté dans les organes décisionnels de la personne morale contrôlée, n'est pas satisfaite au seul motif que siège au conseil d'administration de cette personne morale le représentant d'un autre pouvoir adjudicateur qui fait également partie du conseil d'administration du premier pouvoir adjudicateur.**

L'article 12, paragraphe 4, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens que : n'est pas exclu du champ d'application de cette directive un marché public par lequel sont confiées à un pouvoir adjudicateur des missions de service public qui **s'inscrivent dans le cadre d'une relation de coopération entre d'autres pouvoirs adjudicateurs, lorsque, par l'accomplissement de telles missions, le pouvoir adjudicateur à qui ces missions ont été confiées ne cherche pas à atteindre des objectifs qu'il partagerait avec les autres pouvoirs adjudicateurs, mais se limite à contribuer à la réalisation d'objectifs que seuls ces autres pouvoirs adjudicateurs ont en commun** ».

CJUE, 1^{er} août 2022, C-332/20, Roma Multiservizi et Rekeep

« L'article 58 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2017/2365 de la Commission, du 18 décembre 2017, doit être interprété en ce sens qu'un **pouvoir adjudicateur peut exclure un opérateur économique** de la procédure visant, d'une part, à constituer une société à capital mixte et, d'autre part, à attribuer à cette société un marché public de services **lorsque cette exclusion est justifiée par le fait que, en raison de la participation indirecte de ce pouvoir adjudicateur dans le capital de cet opérateur économique, la participation maximale dudit pouvoir adjudicateur dans le capital de cette société, telle qu'elle a été fixée par les documents de l'appel d'offres, serait, dans les faits, dépassée si ce même pouvoir adjudicateur choisissait ledit opérateur économique comme son associé**, pour autant qu'un tel dépassement aboutit à augmenter l'aléa économique supporté par le même pouvoir adjudicateur ».

CJUE, 12 mai 2022, C-719/20, Comune di Lerici c/ Provincia di La Spezia

« L'opération de regroupement, réalisée en l'occurrence, a eu pour conséquence que le service de gestion des déchets urbains de la commune de Lerici, qui avait initialement été attribué, sans appel à la concurrence, à ACAM, sur laquelle il n'est pas contesté que cette commune exerçait, conjointement avec d'autres communes, un contrôle analogue à celui qu'elle exerçait sur ses propres services, au sens de la jurisprudence de la Cour, est désormais attribué à IREN, et, à travers celle-ci, à sa filiale ACAM Ambiente, sans qu'un tel contrôle de la commune de Lerici subsiste à l'égard de l'une ou de l'autre de ces sociétés. En effet, non seulement la **participation dans IREN que cette commune avait acquise était tout à fait négligeable, mais en outre, depuis que ladite commune a cédé cette participation, tout lien entre la même commune et IREN a disparu.**

La directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation ou à une pratique nationale en vertu de laquelle l'exécution d'un marché public, attribué initialement, sans appel à la concurrence, à une entité *in house*, sur laquelle le pouvoir adjudicateur exerçait, de manière conjointe, un **contrôle analogue** à celui qu'il exerce sur ses propres services, soit poursuivie automatiquement par l'opérateur économique ayant acquis cette entité, au

terme d'une procédure d'appel d'offres, lorsque ce pouvoir adjudicateur ne dispose pas d'un tel contrôle sur cet opérateur et ne détient aucune participation dans son capital ».

CJUE, 19 juin 2014, C-574/12, Centro Hospitalar de Setubal EPE, Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) c/ Eures (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda

« Lorsque l'entité attributaire d'un marché public est une association d'utilité publique sans but lucratif qui, lors de l'attribution de ce marché, compte parmi ses sociétaires non seulement des entités relevant du secteur public, mais également des institutions privées de solidarité sociale exerçant des activités sans but lucratif, la condition relative au «contrôle analogue», établie par la jurisprudence de la Cour afin que l'attribution d'un marché public puisse être considérée comme une opération «in house», n'est pas remplie, de sorte que la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, est applicable ».

CJCE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal

« La directive 93/36, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, ce qui n'est pas le cas dans l'hypothèse où, à la fois, **la collectivité territoriale exerce sur la personne juridiquement distincte d'elle un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services** et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non ».

CJCE, 11 janvier 2005, C-26/03, Stadt Halle

« Conformément à la jurisprudence de la Cour, il n'est pas exclu qu'il puisse y avoir d'autres circonstances dans lesquelles l'appel à la concurrence n'est pas obligatoire même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Il en est ainsi dans l'hypothèse où l'autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, exerce sur l'entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent (voir, en ce sens, arrêt Teckal, précité, point 50). Il convient de rappeler que, dans le cas précité, l'entité distincte était entièrement détenue par des autorités publiques. En revanche, **la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.**

Il faut, à cet égard, relever tout d'abord que le rapport entre une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. En revanche, tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente ».

CJUE, 13 juin 2013, C-386/11

« Un contrat tel que celui en cause au principal, par lequel, sans instaurer une coopération entre les entités publiques contractantes en vue de la mise en œuvre d'une mission de service public commune, une entité publique confie à une autre entité publique la mission de nettoyer certains bâtiments à usage de bureaux, de locaux administratifs et d'établissements scolaires, tout en se réservant le pouvoir de contrôler la bonne exécution de cette mission, moyennant une compensation financière censée correspondre aux coûts engendrés par la réalisation de ladite mission, la seconde entité étant en outre autorisée à recourir à des tiers ayant éventuellement la capacité d'agir sur le marché pour l'accomplissement de cette mission, constitue un marché public de services au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous d), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ».

CE, 6 novembre 2013, n°365079, Commune de Marsannay-la-Côte

« Il résulte des dispositions des articles L. 300-4 (deuxième alinéa) et L. 300-5-2 du code de l'urbanisme qu'une collectivité territoriale peut concéder la réalisation d'opérations d'aménagement à une société publique locale d'aménagement (SPLA), créée sur le fondement de l'article L. 327-1 du même code et qui ne peut dès lors exercer son activité que pour le compte de ses actionnaires et sur leur territoire, sans publicité ni mise en concurrence préalables, à la condition que cette collectivité exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Pour être regardée comme exerçant un tel contrôle sur cette société, conjointement avec la ou les autres personnes publiques également actionnaires, cette collectivité doit non seulement participer au capital mais également aux organes de direction de cette société.,,2) Cas d'une commune détenant 1,076% du capital de la SPLA et qui, d'une part, ne dispose pas d'un représentant propre au sein de son conseil d'administration, alors que cette instance, principal organe de direction de la société, approuve les concessions d'aménagement et n'y a voix délibérative que de façon indirecte, par l'intermédiaire d'un représentant commun des petits actionnaires, d'autre part, ne peut seule requérir l'inscription d'un projet à l'ordre du jour et, enfin, n'est directement représentée qu'au sein d'organes ne disposant pas de pouvoir décisionnaire en matière d'exécution des concessions d'aménagement confiées à la société. Pas d'erreurs de droit ni de qualification juridique à avoir estimé que la commune ne pouvait pas être regardée comme participant, de façon effective, aux organes de direction de la société ni, par suite, comme exerçant sur elle, même conjointement avec les autres actionnaires, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Exclusion du bénéfice de la dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme prévue par l'article L. 300-5-2 du même code ».

CJCE, 17 juillet 2008, C-371/05, Commission/Italie

« Il en résulte que ladite commune avait la **faculté d'influencer de manière déterminante tant les objectifs stratégiques que les décisions importantes** d'ASI par la désignation des membres des organes de direction de cette société et d'un fonctionnaire communal chargé d'orienter et de contrôler l'action de celle-ci. Ladite faculté suffit à caractériser l'existence d'un **pouvoir de contrôle structurel et fonctionnel** de la commune de Mantoue sur ladite société analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, de sorte que la première condition posée par la Cour au point 50 de l'arrêt Teckal, précité, est remplie ».

CJCE, 11 mai 2006, C-340/04, Carbotermo et Consorzio Alisei

« Pour apprécier si le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, il convient de **tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes**. Il doit résulter de cet examen que la société adjudicataire est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions de ladite société. Il doit s'agir d'une **possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société**.

La circonstance que **le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire** tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ».

Pas de participation directe de capitaux privés au capital

Fiche DAJ, Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public

« Focus sur la présence de capitaux privés au sein de l'entité contrôlée

Le seul fait que la société contrôlée soit constituée avec la participation de capitaux privés en application de la loi, par exemple, sous la forme d'une société d'économie mixte (SEM) ne suffit pas à considérer que la loi requiert que son capital soit mixte au sens de la disposition de l'article 17 de l'ordonnance n° 2015-899 ou de l'article 16 de l'ordonnance n° 2016-65. Si la législation française applicable à ce type de sociétés prévoit bien la participation de capitaux privés, cette seule exigence de participation de capitaux privés ne suffit néanmoins pas à remplir le critère de l'exception de quasi-régie. En effet, le sens de cette participation obligatoire est précisé au considérant 32 de la directive 2014/24/UE. Celui-ci indique que l'exception de quasi-régie n'est établie que dans les cas de

participation obligatoire d'opérateurs économiques privés spécifiques au capital de la personne morale contrôlée. **L'exigence légale d'une présence d'actionnaires privés au capital des SEM ne remplit pas en tant que telle l'exigence d'adhésion obligatoire d'opérateurs économiques privés spécifiques : en effet, n'importe quel opérateur économique privé peut devenir actionnaire minoritaire d'une SEM.** Ainsi, et au contraire, pour les sociétés anonymes d'habitat à loyer modéré (SA d'HLM), la présence imposée de participations des locataires remplit les conditions pour être considérée comme une participation directe de capitaux privés « requise par la loi » ; toutefois, les autres participations privées au sein des SA d'HLM ne remplissent pas non plus cette première condition. Ensuite, quand bien même le législateur imposerait la création d'une société avec la participation de capitaux privés détenus par des opérateurs économiques spécifiques au sens du considérant 32 susmentionnés, il doit également être démontré que la présence de capitaux privés ne confère aucune capacité de contrôle ou de blocage et ne permet d'exercer aucune influence décisive. Les actionnaires minoritaires spécifiques obligatoires ne doivent donc pas détenir eux-mêmes la minorité de blocage. A fortiori, il ne peut y avoir de relation de quasi-régie avec une entité dans laquelle des sociétés privées sont actionnaires majoritaires du capital. Dans une telle configuration, contrairement à l'hypothèse n° 1 du logigramme « les contrats de quasi-régie », le pouvoir adjudicateur de contrôle (à savoir la collectivité territoriale actionnaire dans l'exemple des SEM) ne peut, sans publicité ni mise en concurrence préalables, attribuer un marché public à l'entité comportant des capitaux privés (dans cet exemple, la SEM). Il en va différemment lorsque c'est le pouvoir adjudicateur de contrôle (SEM ayant la qualité de pouvoir adjudicateur) qui comporte en son sein des capitaux privés et que les seuls capitaux privés présents dans le capital de l'entité dont on recherche si elle est une entité contrôlée en situation de quasi-régie sont précisément ceux de ce pouvoir adjudicateur. Dans une telle hypothèse, rien n'interdit au pouvoir adjudicateur (la SEM dans cet exemple) d'entretenir une relation de quasi-régie avec l'entité qu'il contrôle (une filiale, dans ce même exemple), dans les conditions posées par les articles précités relatives au contrôle et à l'exclusivité de la destination de l'activité. En effet, le 3° du I de l'article 17 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précise qu'en toute hypothèse, cette condition doit être appréciée non pas par rapport à la composition du capital des entités de contrôle, mais au regard du capital de l'entité contrôlée²⁸. En résumé, il n'est pas possible de reconnaître que la relation entre une collectivité territoriale actionnaire et une SEM remplit systématiquement les critères de quasi-régie. Toutefois, l'éventuelle présence de capitaux privés au sein d'un pouvoir adjudicateur n'obère pas de la possibilité de reconnaître, au cas par cas, une relation de quasi-régie entre ce pouvoir adjudicateur à capitaux privés minoritaires et une entité qu'elle contrôlerait, dans les conditions de l'article 17 de l'ordonnance n° 2015-899 ou de l'article 16 de l'ordonnance n° 2016-6529 et 30. Ainsi, une SEM peut être en quasi-régie avec une de ses filiales. La présence de capitaux privés au sein de la SEM n'y fait pas obstacle ».

Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession

« Toutefois, **eu égard aux caractéristiques particulières des organismes publics à adhésion obligatoire, tels que les organisations chargées de la gestion ou de l'exécution de certains services publics, cette règle [l'interdiction de toute participation de capitaux privés au sein de la personne contrôlée] ne devrait pas s'appliquer dans les cas où la participation d'opérateurs économiques privés spécifiques dans le capital de la personne morale contrôlée est rendue obligatoire par des dispositions législatives nationales en conformité avec les traités, à condition que cette participation ne donne pas une capacité de contrôle ou de blocage et ne confère pas une influence décisive sur les décisions de la personne morale contrôlée.** Il convient en outre de préciser que la participation privée directe dans le capital de la personne morale contrôlée constitue le seul élément déterminant.

Par conséquent, le fait que le ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle ou la ou les entités adjudicatrices de contrôle comportent une participation de capitaux privés ne fait pas obstacle à l'attribution de contrats publics à la personne morale contrôlée, sans appliquer les procédures prévues par la présente directive, étant donné que ces participations ne nuisent pas à la concurrence entre les opérateurs économiques privés ».

CJUE, 1er août 2022, C-332/20, Roma Multiservizi SpA et Rekeep SpA c. Roma Capitale et Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (pt. 76-77).

« À cet égard, s'il est vrai que, en vertu de cette disposition, une entité in house peut comporter des formes de participation directe de capitaux privés, encore faut-il que ces dernières n'offrent pas de capacité de contrôle ou de blocage, qu'elles soient requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, et qu'elles ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur cette société, le pouvoir adjudicateur devant, au contraire, conserver une telle influence. Or, s'agissant de la condition selon laquelle ces formes de participation doivent être imposées par les dispositions législatives nationales, il y a lieu de constater que la création de la société à capital mixte en cause au principal et, par voie de conséquence, la participation d'un associé privé au capital de celle-ci apparaissent découler non pas d'une obligation légale s'imposant à la ville de Rome, mais du libre choix de ce pouvoir adjudicateur de recourir à une procédure de partenariat public-privé afin de gérer les services accessoires aux activités scolaires. »

Article L2511-2

Sont également soumis aux règles définies au titre II les marchés publics conclus par une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, avec :

- 1° Soit le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, y compris lorsque ce contrôle est exercé conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs dans les conditions fixées à l'article L. 2511-3 ;
- 2° Soit une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale à laquelle est attribué le marché public ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Article L2511-3

Sont également soumis aux règles définies au titre II les marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, qui n'exerce pas sur une personne morale un contrôle dans les conditions prévues à l'article L. 2511-1, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- 1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services ;
- 2° La personne morale réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs ;
- 3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Article L2511-4

Les pouvoirs adjudicateurs sont réputés exercer un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- 1° Les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ;
- 2° Ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée ;
- 3° La personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

Contrôle conjoint

CJUE, 29 nov. 2012, C-182/11, Econord SpA,

Lorsque plusieurs autorités publiques, en leur qualité de pouvoir adjudicateur, établissent en commun une entité chargée d'accomplir leur mission de service public ou lorsqu'une autorité publique adhère à une telle entité, la condition établie par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle ces autorités, afin d'être dispensées de leur obligation d'engager une procédure de passation de marchés publics selon les règles du droit de l'Union, doivent exercer conjointement sur cette entité un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services est remplie lorsque chacune de ces autorités participe tant au capital qu'aux organes de direction de ladite entité.

CJCE, 13 novembre 2008, C-324/07, Coditel Brabant SA

« Dans le cas où plusieurs autorités publiques détiennent une entité concessionnaire à laquelle elles confient l'accomplissement d'une de leurs missions de service public, le contrôle que ces autorités publiques exercent sur cette entité peut être exercé conjointement par ces dernières ».

Article L2511-5

Le **pourcentage** d'activités mentionné à la présente section est déterminé en prenant en compte le chiffre d'affaires total moyen ou tout autre paramètre approprié fondé sur les activités, tel que les coûts supportés, au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du marché public. Lorsque ces éléments ne sont pas disponibles ou ne sont plus pertinents, le pourcentage d'activités est déterminé sur la base d'une estimation réaliste.

Détermination du pourcentage

Fiche DAJ, Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public

Section 2 - Coopération entre pouvoirs adjudicateurs

Article L2511-6

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics par lesquels les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, établissent ou mettent en œuvre une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- 1° La mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général ;
- 2° Les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération. Ce pourcentage d'activités est déterminé dans les conditions fixées à l'article L. 2511-5.

Coopération

Fiche DAJ, Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public, p. 5-6

« La Cour indique ainsi que la mission d'intérêt général doit être effectivement et réellement partagée par les personnes publiques contractantes, de sorte que se trouvent exclus tous les cas où une mission serait simplement confiée unilatéralement par une personne publique à une autre et où la première se bornerait à jouer un rôle d'auxiliaire pendant que la seconde prendrait en charge l'ensemble de la mission.

Cela ne signifie pas nécessairement que chaque personne publique doit participer à l'exécution de la mission d'une manière identique. La coopération peut, en effet, reposer sur une division des tâches. Néanmoins, la Commission européenne estime que le contrat doit impliquer une exécution conjointe de la même mission, une véritable coopération, par opposition à un marché public ordinaire, où l'une des parties exécute une prestation définie contre rémunération. Une attribution unilatérale d'une tâche par un pouvoir adjudicateur à un autre ne saurait être regardée, selon la Commission, comme une coopération ».

CJUE, 30 juin 2020, C-618/19, Ge.Fi.L. – Gestione Fiscalità Locale SpA

« La participation conjointe de toutes les parties à l'accord de coopération est indispensable pour garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés. Cette condition ne saurait être réputée satisfaite lorsque l'unique contribution de certains cocontractants se limite à un simple remboursement des frais encourus par l'une des parties contractantes (arrêt du 4 juin 2020, Remondis, C-429/19, EU:C:2020:436, point 29). En effet, si un tel remboursement des frais suffisait à lui seul à caractériser une « coopération », au sens de l'article 12, paragraphe 4, de la directive 2014/24, aucune différenciation ne pourrait être établie entre une telle « coopération » et un « marché public » non couvert par l'exclusion prévue à cette disposition ».

CJUE, 4 Juin 2020, C-429/19, Remondis GmbH

« Les pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir choisir de fournir conjointement leurs services publics par la voie de la coopération, sans être contraints de recourir à une forme juridique particulière. Cette coopération pourrait porter sur tous les types d'activités liées à l'exécution de services et à l'exercice de responsabilités confiées aux pouvoirs adjudicateurs participants ou assumées par eux, telles que des missions obligatoires ou volontaires relevant d'autorités locales ou régionales ou des services confiés à des organismes particuliers par le droit public. Les services fournis par les différents pouvoirs adjudicateurs participants ne doivent pas nécessairement être identiques ; ils pourraient également être complémentaires.

Les marchés concernant la fourniture conjointe de services publics ne devraient pas être soumis à l'application des règles établies dans la présente directive, à condition qu'ils soient conclus exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs, que la mise en œuvre de cette coopération n'obéisse qu'à des considérations d'intérêt public et qu'aucun prestataire privé de services ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

Pour que ces conditions soient remplies, il convient que la coopération soit fondée sur le concept de coopération. Cette coopération n'exige pas que tous les pouvoirs participants se chargent de l'exécution des principales obligations contractuelles, tant que l'engagement a été pris de coopérer à l'exécution du service public en question. En outre, la mise en œuvre de la coopération, y compris tout transfert financier entre les pouvoirs adjudicateurs participants, ne devrait obéir qu'à des considérations d'intérêt public ».

Considérations d'intérêt général

Fiche DAJ, Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public, p. 6

« La mise en œuvre des dispositions relatives à la « coopération public-public » est conditionnée à la poursuite exclusive de considérations d'intérêt public. En effet, la « coopération public-public » ne peut obéir à un intérêt commercial. Les transferts financiers entre les pouvoirs adjudicateurs participants ne doivent pas pouvoir être regardés comme le résultat d'une activité commerciale. Ainsi, alors même que les pouvoirs adjudicateurs répondent, par le biais de leur coopération, à des objectifs communs de service public, la condition d'intérêt public exclusif ne peut donc être satisfaite que pour autant qu'aucune relation commerciale n'en découle ».

Section 3 - Marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée

Article L2511-7

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics qui, d'une part, sont conclus par une entité adjudicatrice avec une entreprise liée ou par un organisme exclusivement constitué par plusieurs entités adjudicatrices en vue de réaliser une ou plusieurs activités d'opérateur de réseaux avec une entreprise liée à l'une de ces entités adjudicatrices et, d'autre part, présentent les caractéristiques suivantes :

- 1° Les marchés publics de services lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de services avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée ;
- 2° Les marchés publics de fournitures lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière

de fournitures avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée ;

- 3° Les marchés publics de travaux lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de travaux avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée.

Lorsque l'entreprise liée a été créée ou a commencé à exercer son activité moins de trois ans avant l'année de passation du marché public, elle peut se borner à démontrer, notamment par des projections d'activités, que la réalisation de son chiffre d'affaires dans les conditions prévues aux 1°, 2° et 3° ci-dessus est vraisemblable.

Lorsque des services, des fournitures ou des travaux, identiques ou comparables, sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, le pourcentage de 80 % mentionné ci-dessus est apprécié en tenant compte de la totalité des services, des fournitures ou des travaux fournis par ces entreprises.

Article L2511-8

Sont des entreprises liées à une entité adjudicatrice :

- 1° Les entreprises dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice ;
- 2° Les entreprises qui sont susceptibles d'être, directement ou indirectement, soumises à l'influence dominante de l'entité adjudicatrice au sens du deuxième alinéa de l'article L. 1212-2 ;
- 3° Les entreprises qui sont susceptibles d'exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice au même sens ;
- 4° Les entreprises qui sont soumises à l'influence dominante d'une entreprise exerçant elle-même une telle influence dominante sur l'entité adjudicatrice au même sens.

Section 4 - Marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise

Article L2511-9

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics conclus par un organisme constitué exclusivement par des entités adjudicatrices pour exercer une ou plusieurs des activités d'opérateur de réseaux avec l'une de ces entités adjudicatrices ainsi que les marchés publics conclus par une entité adjudicatrice avec un tel organisme lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- 1° L'organisme a été constitué pour exercer son activité pendant une période d'au moins trois ans ;
- 2° Aux termes des statuts de cet organisme, les entités adjudicatrices qui l'ont constitué en sont membres au moins pendant la période mentionnée au 1°.

Chapitre II - Marchés publics conclus par un acheteur

Section 1 - Marchés publics conclus en application de règles internationales

Article L2512-1

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics qui doivent être conclus selon des procédures prévues par :

- 1° Un accord international ou un arrangement administratif, relatif au stationnement de troupes ;
- 2° Un accord international ou un arrangement administratif, conclu entre un Etat membre de l'Union européenne et un ou plusieurs Etats tiers ou une subdivision de ceux-ci, portant sur des travaux, des fournitures ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses parties signataires. Cet accord est communiqué à la Commission européenne ;
- 3° Une organisation internationale.

Article L2512-2

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics qui sont conclus :

- 1° Selon la procédure propre à une organisation internationale lorsque le marché public est entièrement financé par cette organisation internationale ;
- 2° Selon la procédure convenue entre une organisation internationale et l'acheteur lorsque le marché public est cofinancé majoritairement par cette organisation internationale.

Section 2 - Marchés publics liés à la sécurité ou à la protection d'intérêts essentiels de l'Etat

Article L2512-3

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige, à condition que cette sécurité ou cette protection ne puisse pas être garantie par d'autres moyens.

Section 3 - Autres marchés**Article L2512-4**

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics de services conclus avec un acheteur soumis à la présente partie lorsque celui-ci bénéficie, en vertu d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Droit exclusif**Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, DAJ, septembre 2014, p. 14**

« Le droit exclusif peut être défini comme la situation dans laquelle est confié à une personne, par un acte législatif ou réglementaire, l'exercice d'une mission d'intérêt général. **Ce droit a pour effet de réserver à cette personne l'exercice de l'activité en cause.** En conséquence, l'acheteur public peut s'adresser à cette personne directement, c'est-à-dire sans formalité de publicité ou de mise en concurrence, pour lui demander une prestation de services. Lorsqu'un droit exclusif est confié à plusieurs opérateurs, on parle alors de droit spécial. Les conditions de validité de ces droits spéciaux sont les mêmes que celles des droits exclusifs ».

CE, 26 févr. 2020, n° 424407, Min. Solidarités et Santé

« Le droit exclusif limité que le décret litigieux attribue à l'agence, qui lui permet, en vertu de l'article L. 2512-4 du code de la commande publique, reprenant les dispositions du 1° de l'article 14 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, de **mettre ses prestations à disposition des établissements de santé comportant un service d'aide médicale urgente en dehors de toute mise en concurrence, tandis qu'elle-même est soumise aux règles de passation des marchés publics pour la conclusion et l'exécution des marchés qu'elle peut être amenée à passer, n'excède pas ce qui est nécessaire pour assurer l'exécution de sa mission.**

Si ce droit exclusif confère à l'agence une position dominante sur le marché des systèmes d'information et de télécommunication des services d'aide médicale urgente, le décret litigieux ne la place pas pour autant en situation d'exploiter de manière abusive cette position. A cet égard, la circonstance que l'agence peut proposer ses prestations aux établissements sièges des services d'aide médicale urgente en dehors de toute mise en concurrence et l'absence d'encadrement de la rémunération de ses prestations, à supposer qu'elles soient rémunérées, ne traduisent, par elles-mêmes, aucun abus de position dominante. Si les sociétés requérantes soutiennent en outre que l'agence pourrait être amenée à proposer, en dehors de toute mise en concurrence, des prestations accessoires à la mission pour laquelle un droit exclusif lui a été attribué, il ne ressort pas des pièces du dossier, eu égard aux autres missions confiées à l'agence à la date de la présente décision, que le décret attaqué conduirait à une distorsion de concurrence sur un marché voisin de celui des systèmes d'information et de télécommunication des services d'aide médicale urgente ».

CE, 26 janvier 2007, n° 276928, Syndicat des professionnels de la géomatique

« Considérant qu'il résulte de ces stipulations que s'il est loisible aux Etats membres d'accorder à des entreprises gérant des services d'intérêt économique général des droits exclusifs pouvant faire obstacle à l'application des règles du traité relatives à la concurrence, **ces restrictions à la concurrence ne doivent pas excéder les limites de ce qui est nécessaire à l'accomplissement de leur mission particulière et doivent rester proportionnées à ces nécessités** ».

Article L2512-5

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics suivants :

1° Les services d'acquisition ou de location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ;
2° Les services relatifs à la recherche et développement pour lesquels l'acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation.

La recherche et développement regroupe l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques et à l'exception de la réalisation et de la qualification de prototypes de préproduction, de l'outillage et de l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication. Les démonstrateurs technologiques sont les dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif ;

3° Les services relatifs à l'arbitrage et aux autres modes alternatifs de règlement des litiges ;

4° Les services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro ;

5° Les services financiers liés à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers définis à l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, à des services fournis par des banques centrales ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le Mécanisme européen de stabilité ;

6° Les contrats d'emprunt, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers mentionnés au 5° ;

7° Lorsqu'ils sont conclus avec une organisation ou une association à but non lucratif :

a) Les marchés publics de services d'incendie et de secours ;

b) Les marchés publics de services de protection civile ;

c) Les marchés publics de services de sécurité nucléaire ;

d) Les marchés publics de services ambulanciers, à l'exception de ceux ayant pour objet exclusif le transport de patients ;

8° Les services juridiques suivants :

a) Les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires ;

b) Les services fournis par des administrateurs, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction ;

c) Les services liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique.

d) Les services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, devant les autorités publiques ou les institutions internationales ou dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des conflits ;

e) Les services de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation de toute procédure mentionnée au d du présent 8° ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités que la question sur laquelle porte la consultation fera l'objet d'une telle procédure.

CJUE, 7 juill. 2022, aff. C-213/21 et C-214/21, Italy Emergenza Cooperativa Sociale

« L'article 10, sous h), de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui prévoit que des services de transport sanitaire d'urgence et d'extrême urgence ne peuvent être attribués par voie de convention, en priorité, qu'à des organisations de bénévolat, et non à des coopératives sociales pouvant distribuer à leurs membres des ristournes liées à leurs activités ».

CJUE 6 juin 2019, C-264/18, P.M., N.G.d.M, P.V.d.S

« En troisième lieu, **en ce qui concerne les services juridiques relevant des activités participant, même occasionnellement, à l'exercice de l'autorité publique**, visés à l'article 10, sous d), v), de la directive 2014/24, ces activités, et, partant, ces services, **sont exclus**, aux termes de l'article 51 TFUE, **du champ d'application des dispositions de ce traité relatives à la liberté**

d'établissement et de celles relatives à la libre prestation de services aux termes de l'article 62 TFUE. De tels services se distinguent de ceux qui relèvent du champ d'application de cette directive en ce qu'ils participent directement ou indirectement à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques.

Il en ressort que, par leur nature même, des services juridiques liés, même occasionnellement, à l'exercice de l'autorité publique ne sont pas comparables, du fait de leurs caractéristiques objectives, aux autres services inclus dans le champ d'application de la directive 2014/24. Compte tenu de cette différence objective, c'est, encore une fois, sans porter atteinte au principe d'égalité de traitement que le législateur de l'Union a pu, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, les exclure du champ d'application de la directive 2014/24 ».

CJUE, 21 mars 2019, C-465/17, Falck Rettungsdienst GmbH, Falck A/S c : Ville de Solingen

« L'article 10, sous h), de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doit être interprété en ce sens que l'exception à l'application des règles de passation des marchés publics qu'il prévoit couvre la prise en charge de patients en situation d'urgence dans un véhicule de secours par un secouriste/ambulancier, couverte par le code CPV [Common Procurement Vocabulary (vocabulaire commun pour les marchés publics)] 75252000-7 (services de secours) ainsi que le transport en ambulance qualifié, qui comprend outre la prestation de transport, la prise en charge de patients dans une ambulance par un ambulancier assisté d'un auxiliaire ambulancier, couvert par le code CPV 85143000-3 (services ambulanciers), pour autant, s'agissant dudit transport en ambulance qualifié, qu'il est effectivement assuré par un personnel dûment formé aux premiers secours et qu'il vise un patient pour lequel existe un risque de dégradation de son état de santé durant ce transport.

L'article 10, sous h), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens, d'une part, qu'il s'oppose à ce que des associations d'utilité publique reconnues par le droit national comme des organisations de protection et de défense civiles soient considérées comme « **des organisations ou des associations à but non lucratif** », au sens de cette disposition, dans la mesure où la reconnaissance du statut d'association d'utilité publique n'est pas subordonnée en droit national à la poursuite d'un but non lucratif et, d'autre part, que les organisations ou les associations ayant pour objectif d'assumer des missions sociales, qui sont dépourvues de finalité commerciale et qui réinvestissent d'éventuels bénéfices en vue d'atteindre l'objectif de l'organisation ou de l'association, constituent « des organisations ou des associations à but non lucratif », au sens de ladite disposition ».

CE, sect., 8 févr. 1991, n° 57679, Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne et autres

« Ne sauraient légalement avoir recours à ce contrat de vente de droit privé, dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage et qui échappe tant aux règles de passation, notamment aux règles de concurrence, prévues par le code des marchés, qu'au régime d'exécution des marchés de travaux publics, lorsque, comme en l'espèce, l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres ».

CAA Bordeaux, 26 mars 2013, n° 11BX01637, Garde des sceaux, min. Justice

« Il résulte de l'instruction que les contrats de location financière conclus les 19 juin 2000 et 19 février 2004, qui avaient pour objet une prestation de services bancaires, étaient soumis au code des marchés publics ».

Chapitre III - Marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur

Article L2513-1

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics de services conclus par un pouvoir adjudicateur qui :

1° Soit sont relatifs aux temps de diffusion ou à la fourniture de programmes lorsqu'ils sont attribués à

des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou à des organismes de radiodiffusion ;
2° Soit ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion et qui sont attribués par des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou radiophonique.

La notion de programme inclut le matériel pour programme à l'exclusion du matériel technique.

Article L2513-2

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communications électroniques.

Article L2513-3

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur qui fournit des services postaux au sens du 5° de l'article L. 1212-3 et relatifs :

1° Aux services de courrier électronique assurés entièrement par voie électronique, notamment la transmission sécurisée de documents codés par voie électronique, les services de gestion des adresses et la transmission de courrier électronique recommandé ;

2° Aux services bancaires et d'investissement et les services d'assurance ;

3° Aux services de philatélie ;

4° Aux services logistiques associant la remise physique des colis ou leur dépôt à des fonctions autres que postales, tels que les services d'envois express.

Article L2513-4

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics conclus ou organisés par un pouvoir adjudicateur exerçant une ou plusieurs des activités mentionnées au 2° de l'article L. 1212-3 et qui sont relatifs aux activités d'exploration d'une aire géographique dans un but de prospection de pétrole ou de gaz.

Article L2513-5

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur pour l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux qui sont soumis aux articles L. 2514-1 à L. 2514-4 ou le deviennent en application de l'article L. 2514-5.

Chapitre IV - Marchés publics conclus par une entité adjudicatrice

Article L2514-1

Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics conclus par une entité adjudicatrice pour l'achat d'eau, lorsque cette entité exerce l'une des activités relatives à l'eau potable mentionnées au 1° de l'article L. 1212-3.

Article L2514-2

Sont soumis aux mêmes règles, les marchés publics conclus par une entité adjudicatrice pour l'achat d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie, lorsque cette entité exerce l'une des activités dans le secteur de l'énergie mentionnées aux a et c du 1° et au 2° de l'article L. 1212-3.

Article L2514-3

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics conclus par une entité adjudicatrice pour la revente ou la location à des tiers, lorsque cette entité ne bénéficie d'aucun droit spécial ou exclusif pour vendre ou louer l'objet de ces marchés publics et que d'autres entités peuvent librement le vendre ou le louer dans les mêmes conditions que l'entité adjudicatrice. Toutefois, le présent article ne s'applique pas lorsque ces marchés publics sont passés par les centrales d'achat.

Les entités adjudicatrices communiquent à la Commission européenne, à sa demande, les catégories de produits et d'activités qu'elles considèrent comme relevant du présent livre en vertu du présent

article.

Article L2514-4

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics de services conclus par une entité adjudicatrice qui sont relatifs aux temps de diffusion ou à la fourniture de programmes lorsqu'ils sont attribués à des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou à des organismes de radiodiffusion. La notion de programme inclut le matériel pour programme à l'exclusion du matériel technique.

Article L2514-5

Sont soumis aux mêmes règles les marchés publics conclus par une entité adjudicatrice dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans une aire géographique déterminée d'un Etat membre lorsque la Commission européenne a reconnu que, dans cet Etat ou dans l'aire géographique concernée, cette activité est exercée sur des marchés concurrentiels dont l'accès n'est pas limité.

Chapitre V - Marché de défense ou de sécurité

Article L2515-1

« Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés de défense ou de sécurité :

- 1° Présentant les caractéristiques mentionnées au 1° de l'article L. 2512-1, à l'article L. 2512-4 et au 1° à 3° de l'article L. 2512-5 ;
- 2° Portant sur des services financiers, à l'exception des services d'assurance ;
- 3° Portant sur des armes, munitions ou matériel de guerre lorsque, au sens de l'article 346 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat l'exige ;
- 4° Pour lesquels l'application de la présente partie obligerait à une divulgation d'informations contraire aux intérêts essentiels de sécurité de l'Etat ;
- 5° Conclues en vertu de la procédure propre à une organisation internationale et dans le cadre des missions de celle-ci ou qui doivent être attribués conformément à cette procédure ;
- 6° Conclues selon des règles de passation particulières prévues par un accord international ou un arrangement administratif conclu entre au moins un Etat membre de l'Union européenne et au moins un Etat tiers ;
- 7° Destinés aux activités de renseignement ;
- 8° Conclues dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement mené conjointement par l'Etat et un autre Etat membre de l'Union européenne en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, de tout ou partie des phases ultérieures du cycle de vie de ce produit tel que défini au 3° de l'article L. 1113-1. Lorsque seules participent au programme des personnes relevant d'Etats membres, l'Etat notifie à la Commission européenne, au moment de la conclusion de l'accord ou de l'arrangement de coopération, la part des dépenses de recherche et développement par rapport au coût global du programme, l'accord relatif au partage des coûts ainsi que, le cas échéant, la part envisagée d'achat pour chaque Etat membre telle que définie dans l'accord ou l'arrangement ;
- 9° Y compris pour des achats civils passés dans un pays tiers lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union européenne et que les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques locaux implantés dans la zone des opérations ;
- 10° Passés par l'Etat et attribués à un autre Etat ou à une subdivision de ce dernier.

Titre II - RÈGLES APPLICABLES

Chapitre unique.

Article L2521-1

Les marchés publics mentionnés au présent livre sont soumis aux règles relatives aux délais de paiement prévues à la section 2 du chapitre II du titre IX du livre Ier.

Article L2521-2

Les marchés publics mentionnés au présent livre sont soumis aux titres Ier et III de loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

Article L2521-3

L'acheteur peut résilier un marché public mentionné au présent livre, dans les conditions fixées au livre Ier.

Il peut résilier un contrat de droit privé mentionné au présent livre, dans les conditions prévues par le code civil.

Article L2521-4

Pour le règlement amiable des différends des parties à un marché public mentionné au présent livre, les dispositions du chapitre VII du titre IX du livre Ier sont applicables, à l'exception des dispositions relatives aux comités consultatifs de règlement amiable des différends.

Article R2521-1

Sans préjudice de dispositions réglementaires spéciales, en application de l'article L. 2500-1, les marchés publics mentionnés aux articles L. 2511-1 à L. 2515-1 sont soumis au présent titre.

Article R2521-2

Les marchés publics mentionnés aux articles L. 2511-1 à L. 2515-1 sont soumis aux règles relatives aux délais de paiement prévues à la section 2 du chapitre II du titre IX du livre Ier et à l'article R. 2112-5.

Article R2521-3

Pour le règlement amiable des différends des parties à un marché public mentionné aux articles L. 2511-1 à L. 2515-1, les dispositions du chapitre VII du titre IX du livre Ier sont applicables, à l'exception des dispositions relatives aux comités consultatifs de règlement amiable des différends.

Article R2521-4

Lorsqu'un marché public mentionné aux articles L. 2511-1 à L. 2515-1 est conclu par un acheteur et a pour objet la réalisation d'un ouvrage qui relève respectivement des articles L. 2411-1, L. 2412-1 et L. 2412-2, il est soumis au livre IV de la présente partie.

Article D. 2521-5

Les dispositions des articles D. 2192-1 et D. 2192-2 sont applicables aux factures émises en exécution des marchés publics mentionnés par les dispositions législatives des chapitres Ier à IV du titre Ier.

Article R. 2521-6

Les dispositions de l'article R. 2192-3 sont applicables aux factures émises en exécution des marchés publics mentionnés par les dispositions législatives des chapitres Ier à IV du titre Ier.

Article L2521-5

Les marchés publics mentionnés aux chapitres Ier à IV du titre Ier du présent livre sont soumis aux règles relatives à la facturation électronique prévues à la section 1 du chapitre II du titre IX du livre Ier de la présente partie.

TROISIÈME PARTIE - CONCESSIONS

Livre préliminaire CONTRATS DE CONCESSION MIXTES

Article L3000-1

Lorsqu'une autorité concédante décide de conclure un contrat destiné à satisfaire des besoins, objectivement dissociables, qui relèvent, d'une part, du droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la présente partie et qui relèvent, d'autre part, du régime juridique particulier applicable aux autres contrats de concession prévu au livre II de la présente partie ou du régime juridique particulier applicable aux autres marchés publics prévu au livre V de la deuxième partie, ce contrat est soumis au droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la présente partie.

Lorsque le contrat mentionné au premier alinéa couvre plusieurs activités dont l'une seulement constitue une activité d'opérateur de réseau, il est soumis aux dispositions applicables à son objet principal. Lorsque l'objet principal du contrat ne peut être objectivement identifié, le contrat est soumis aux dispositions du livre Ier de la présente partie.

Article L3000-2

Lorsqu'une autorité concédante conclut un contrat destiné à satisfaire des besoins, objectivement indissociables, qui relèvent, d'une part, du droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la présente partie et, qui relèvent, d'autre part, du régime juridique particulier applicable aux autres contrats de concessions prévu au livre II de la présente partie ou du régime juridique particulier applicable aux autres marchés publics prévu au livre V de la deuxième partie, ce contrat est soumis aux dispositions applicables à son objet principal.

Lorsque l'objet principal du contrat ne peut être objectivement identifié, le contrat est soumis au droit commun des contrats de concession prévu au livre Ier de la présente partie.

Article L3000-3

Lorsqu'un contrat de concession porte sur plusieurs activités, dont l'une au moins constitue une activité d'opérateur de réseaux, et dont l'objet principal peut être déterminé, les règles suivantes s'appliquent :

1° Lorsque le contrat porte à la fois sur une activité d'opérateurs de réseaux autre que celle mentionnée au c du 1° ou au 4° de l'article L. 1212-3 et une autre activité qui n'est pas une activité d'opérateurs de réseaux, il est soumis aux dispositions applicables à son objet principal ;

2° Lorsque le contrat porte à la fois sur une activité d'opérateurs de réseaux mentionnée au c du 1° ou au 4° de l'article L. 1212-3 et une autre activité qui n'est pas une activité d'opérateurs de réseaux, il est soumis aux dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs.

Article L3000-4

Lorsqu'un contrat de concession porte à la fois sur une activité d'opérateurs de réseaux et une autre activité qui n'est pas une activité d'opérateurs de réseaux et pour lequel il est objectivement impossible d'établir à quelle activité il est principalement destiné, il est soumis aux dispositions du livre Ier de la présente partie applicables aux pouvoirs adjudicateurs.

Livre Ier - DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article L3100-1

Sous réserve des dispositions de l'article L. 3200-1, les contrats de concession définis à l'article L. 1121-1 sont régis par les dispositions de la présente partie.

Titre Ier - PRÉPARATION DU CONTRAT DE CONCESSION

Chapitre Ier - Définition du besoin

Article L3111-1

La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique,

sociale et environnementale.

CAA de MARSEILLE, 20 novembre 2023, n°23MA00636, Société Le Chalet des Jumeaux

« La société requérante reproche à la commune de Ramatuelle de ne pas avoir défini avec suffisamment de précision, pour chaque lot de plage, le type d'établissement et d'ambiance, familiale, festive ou autre et de gamme de prestation de service, de redevance et de tarifs attendus en fonction des catégories d'usagers, et d'avoir ainsi comparé des offres trop différentes et laissé à la commune un pouvoir discrétionnaire. L'autorité concédante n'était toutefois pas tenue de définir cet élément de la stratégie commerciale des établissements exploités sur chacun des lots. Par suite, alors même que les informations sur les besoins étaient communes à l'ensemble des lots de sous-concession et que, par ailleurs, la commune avait limité le nombre de lots auxquels le candidat pouvait soumissionner, et qu'elle entendait clairement garantir une diversité de gammes de prestations pour un public varié, la société requérante n'est pas fondée à soutenir qu'en l'absence de définition suffisamment précise des besoins de la commune, la procédure de passation des contrats des lots E3 et T3d méconnaîtrait l'objectif de diversité d'accueil fixé par l'article 4 de l'avis d'appel public à la concurrence ainsi que l'article 27 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et les principes de libre accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ».

CE, 10 mars 2023 n° 464830, Commune de Ramatuelle

« Les concessions sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique. Pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une concession, avant le dépôt de leurs offres, une information suffisante sur la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. Il lui appartient à ce titre d'indiquer aux candidats les caractéristiques essentielles de la concession.

Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Marseille, pour estimer que la société Le Chalet des Jumeaux avait été irrégulièrement privée d'une chance sérieuse de se voir attribuer le lot n° E3 et condamner la commune de Ramatuelle à l'indemniser du préjudice résultant de son éviction de la procédure de passation de ce lot, a considéré que la commune avait entaché cette procédure d'un vice qui découlait notamment de l'insuffisante définition de ses besoins, faute pour elle d'avoir précisé le " niveau de standing " des établissements qui était attendu pour chaque lot. En statuant ainsi, alors que l'autorité concédante avait informé les candidats sur les principales caractéristiques du service public concédé, et qu'elle n'était pas tenue de définir cet élément de la stratégie commerciale des établissements exploités sur chacun des lots, la cour a commis une erreur de droit ».

CAA de MARSEILLE, 10 mai 2022, n°21MA03747, Société Le Chalet des Jumeaux

« La société Le Chalet des Jumeaux soutient que la commune de Ramatuelle n'a pas spécifié la nature et l'étendue des besoins à satisfaire propres à chacune des sous-concessions mises en concurrence, alors qu'elle souhaitait l'installation sur la plage de Pampelonne d'établissements de standings différents, de sorte qu'elle aurait dû, à cette fin, préciser les lots destinés à être attribués aux établissements de très haut standing, les lots destinés à l'être à ceux de standing intermédiaire et les lots destinés à des établissements de type familial. Parvenir à ce résultat conforme aux besoins exprimés par la commune, qui tenait à une diversification effective de la gamme de services proposés à la clientèle, supposait une mise en concurrence des établissements de standing équivalent, une répartition des parcelles à attribuer entre les catégories d'établissements selon leur niveau de standing, et des critères de sélection des candidatures propres à chaque catégorie d'établissement. A défaut de telles précisions, des candidatures de niveau de standing très différent s'étant retrouvées en concurrence sur une même parcelle, la commune de Ramatuelle s'est arrogée un pouvoir discrétionnaire d'attribution des lots incompatible avec les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence ci-dessus rappelés ».

TA Saint-Pierre-et-Miquelon, 27 août 2020 n°2000410, Saint-Pierre-et-Miquelon

« En l'espèce, l'avis de concession mentionne expressément que le contrat dont la passation est engagée inclue une desserte hebdomadaire du port de Miquelon. S'il indique également que l'autorité

concedant envisage une réduction du nombre de rotations entre Saint-Pierre et Miquelon afin de tenir compte de l'évolution nécessaire du service, des compétences de l'Etat et des offres de services concurrentes, cette réduction porte sur la fréquentation actuelle de la desserte du port de Miquelon, égale à 70 rotations annuelles, qui est mentionnée sur l'avis précédé de la mention " Pour information ", et nullement sur les rotations devant être réalisées dans le cadre de la desserte mise en place par le nouveau contrat. En outre, l'avis de concession précise que la fréquence exacte et les modalités de traversées attendues ainsi que le périmètre exact des opérations de manutention seront précisées dans le dossier de consultation des entreprises transmis aux candidats admis à présenter une offre au terme de l'étude des candidatures. Dans ces conditions, la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon n'est pas fondée à soutenir que le préfet aurait entaché d'erreur manifeste d'appréciation la définition de son besoin. Le moyen soulevé sur ce point doit, par suite, être écarté ».

CE, 6 novembre 2020, n°437946 et 437975, Commune de Saint-Amand-les-Eaux et Société du casino de Saint-Amand-les-Eaux

« Il lui appartient à ce titre d'indiquer aux candidats les caractéristiques essentielles de la concession et la nature et le type des investissements attendus ainsi que les critères de sélection des offres. S'il est **loisible** à l'autorité concédante **d'indiquer précisément** aux candidats **l'étendue et le détail des investissements** qu'elle souhaite les voir réaliser, elle n'est **pas tenue de le faire** à peine d'irrégularité de la procédure. Il lui est en effet **possible, après avoir défini les caractéristiques essentielles** de la concession, **de laisser les candidats définir eux-mêmes leur programme d'investissement, sous réserve qu'elle leur ait donné des éléments d'information suffisants sur la nécessité de prévoir des investissements, sur leur nature et leur consistance et sur le rôle qu'ils auront parmi les critères de sélection des offres** ».

CE, 26 févr. 2020, n° 436428, Commune Saint-Julien-en-Genevois

« Il est loisible à l'autorité concédante, lorsqu'elle estime qu'elle pourra être placée dans la nécessité de commander des prestations supplémentaires au cours de l'exécution du contrat, sans être en mesure d'en déterminer le volume exact, de prévoir, au stade de la mise en concurrence initiale, un critère d'appréciation des offres fondé sur la comparaison des prix unitaires proposés par les candidats pour ces prestations...2) Règlement de consultation en vue de l'attribution d'une concession de service portant sur la mise à disposition, l'installation, la maintenance, l'entretien et l'exploitation commerciale de mobiliers urbains. Règlement comportant un critère portant sur le coût d'achat de diverses prestations supplémentaires ainsi qu'un tableau de prix de mise à disposition, s'appliquant au déploiement de mobiliers supplémentaires correspondant à des mobiliers existants précisément décrits dans le cahier des charges, que les candidats devaient remplir en indiquant un prix unitaire...L'absence de limite quantitative à ces prestations ne méconnaît pas le principe de la définition préalable par l'autorité concédante de l'étendue de ses besoins et ne laisse pas à la commune une marge de choix discrétionnaire, dès lors que ce tableau permet de comparer les prix unitaires des différentes offres, et, au surplus, que les candidats admis à concourir sont à même de demander des précisions sur ce point à l'autorité concédante s'ils l'estiment souhaitable ».

CAA Bordeaux, 1er juill. 2013, n° 12BX00425, Cie des Eaux de Royan

« Le dossier de consultation comportait des informations suffisantes, notamment sur le coût de la masse salariale du personnel à reprendre, pour permettre aux deux autres candidats d'élaborer une offre ne reposant pas sur la sous-estimation des coûts de main-d'œuvre ».

Article R3111-1

Les spécifications techniques et fonctionnelles définissent les caractéristiques requises des travaux ou des services.

Elles peuvent se référer au processus spécifique de production ou d'exécution des travaux ou des services demandés, à condition qu'ils soient liés à l'objet du contrat de concession et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs.

CE, 15 novembre 2017, n°412644, Commune du Havre

« Si le fait de fixer seulement une durée maximale ne constitue pas, à lui seul, un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, il traduit en l'espèce, en raison de l'incertitude sur le **montant des investissements à réaliser et à amortir** qui résultait par ailleurs des imprécisions sur le **périmètre de la concession**, une insuffisante détermination des besoins de la commune ».

CE, 21 septembre 2016, n° 399656, Communauté urbaine du Grand Dijon

« Aucune disposition législative ni aucun principe général n'impose à la collectivité publique qui entend confier à un opérateur économique la gestion de services dont elle a la responsabilité de conclure autant de conventions qu'il y a de services distincts ; qu'elle ne saurait toutefois, sans méconnaître les impératifs de bonne administration ou les obligations générales de mise en concurrence qui s'imposent à elle, donner à une délégation un **périmètre manifestement excessif** ni réunir au sein de la même convention des services qui n'auraient manifestement aucun lien entre eux.

Le juge du référé précontractuel exerce un contrôle **restreint** sur la définition, par la collectivité délégante, du périmètre d'une délégation de service public".

CE, 15 décembre 2008, n° 312350, Communauté intercommunale Villes solidaires

« Considérant que le juge des référés précontractuels a d'une part estimé que la collectivité délégante, en fixant, dans l'avis d'appel public à la concurrence, la durée de principe du contrat à quinze ans, tout en proposant aux sociétés candidates des options portant sur des durées de dix et vingt ans, sans préciser les circonstances qui étaient de nature à justifier une offre sur dix ou sur vingt ans, ni les conditions dans lesquelles elle apprécierait les différentes offres au regard de la durée du contrat, n'avait pas donné aux entreprises candidates à la délégation de service public une information suffisante sur les critères d'appréciation des offres concurrentes ; que d'autre part, il a relevé qu'en tout état de cause, **la durée de la convention, pouvant aller jusqu'à vingt ans, ne saurait être justifiée eu égard à la faiblesse des investissements réclamés au fermier** ».

CE, ord., 15 déc. 2006, n° 298618, Sté Corsica Ferries

« Considérant que des spécifications techniques supérieures à celles exigées par la réglementation applicable au secteur d'activité peuvent être édictées par le règlement de la consultation ou le cahier des charges ; que, toutefois, si de telles spécifications ont pour effet de limiter la concurrence entre les candidats potentiels, elles doivent être justifiées par les nécessités propres au service public faisant l'objet de la délégation ».

Article L3111-2

Les travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession sont définis par référence à des spécifications techniques et fonctionnelles.

Loi n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite loi « climat et résilience ») : Modifications apportées à l'article L.3111-2 qui sera ainsi rédigé à partir du 22 août 2026 :

« Les travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession sont définis par référence à des spécifications techniques et fonctionnelles. Pour les contrats de concession qui ne sont pas des contrats de concession de défense ou de sécurité, ces spécifications techniques et fonctionnelles prennent en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.

Conformément au V de l'article 35 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021, ces dispositions entrent en vigueur à une date fixée par décret en fonction des catégories de concessions, et au plus tard cinq ans après la promulgation de la présente loi.

Elles s'appliquent aux concessions pour lesquelles une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de cette entrée en vigueur. »

Article R3111-2

Les spécifications techniques et fonctionnelles ne font pas référence à un mode ou procédé de fabrication particulier, à une provenance ou origine déterminée, à une marque, un brevet ou un type.

Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du contrat de concession ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du contrat de concession n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : « ou équivalent ».

Article R3111-3

L'autorité concédante ne peut pas rejeter une offre au motif qu'elle n'est pas conforme aux spécifications techniques et fonctionnelles si le soumissionnaire prouve dans son offre, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose respectent de manière équivalente ces spécifications.

Chapitre II - Mutualisation

Article L3112-1

Des groupements peuvent être constitués entre des autorités concédantes ou entre une ou plusieurs autorités concédantes et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne sont pas des autorités concédantes afin de passer conjointement un ou plusieurs contrats de concession.

Article L3112-2

La convention constitutive du groupement, signée par ses membres, définit les règles de fonctionnement du groupement. Elle peut confier à l'un ou plusieurs de ses membres la charge de mener tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du contrat de concession au nom et pour le compte des autres membres.

Les autorités concédantes membres du groupement sont solidairement responsables des seules opérations de passation ou d'exécution du contrat de concession qui sont menées conjointement en leur nom et pour leur compte, selon les stipulations de la convention de groupement.

Article L3112-3

Un groupement d'autorités concédantes peut être constitué avec des autorités concédantes d'autres Etats membres de l'Union européenne, à condition que ce choix n'ait pas été fait dans le but de se soustraire à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public.

Nonobstant les dispositions de l'article L. 3112-2, et sous réserve des stipulations d'accords internationaux ou d'arrangements administratifs, entre les Etats membres dont ils relèvent, les membres du groupement s'accordent sur la répartition des responsabilités ainsi que sur le droit applicable au contrat de concession, choisi parmi les droits des Etats membres dont ils relèvent.

Article L3112-4

Les contrats de concession conclus par un groupement au sein duquel les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux sont majoritaires obéissent aux règles prévues par la présente partie et par le chapitre préliminaire du titre 1er du livre IV de la première partie du code général des collectivités territoriales ainsi que, le cas échéant, par le chapitre 1er du titre 1er du livre IV de la première partie dudit code.

Chapitre III - Réserve

Article L3113-1

Des contrats de concession peuvent être réservés à des entreprises adaptées mentionnées à l'article L. 5213-13 du code du travail, à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés à l'article L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles ainsi qu'à des structures équivalentes, lorsqu'ils emploient une proportion minimale, fixée par voie réglementaire, de travailleurs handicapés qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

Article R3113-1

L'autorité concédante peut mettre en œuvre la réserve prévue aux articles L. 3113-1 et L. 3113-2 lorsque la proportion minimale mentionnée à ces articles est d'au moins 50 %. La décision de réserver est mentionnée

Article L3113-2

Des contrats de concession peuvent être réservés à des structures d'insertion par l'activité économique mentionnées à l'article L. 5132-4 du code du travail et à des structures équivalentes, lorsqu'elles emploient une proportion minimale, fixée par voie réglementaire, de travailleurs défavorisés.

Article L3113-2-1

Des contrats de concession peuvent être réservés à des opérateurs économiques qui les exploitent dans le cadre des activités de production de biens et de services qu'ils réalisent en établissement pénitentiaire et qui font travailler à ce titre, dans les conditions prévues aux articles L. 412-10 à L. 412-18 du code pénitentiaire, des personnes détenues dans une proportion minimale fixée par voie réglementaire.

Article L3113-3

Une autorité concédante ne peut réserver un contrat de concession aux opérateurs économiques qui répondent à la fois aux conditions de l'article L. 3113-1 et de l'article L. 3113-2.

Une autorité concédante ne peut réserver un contrat de concession à la fois aux opérateurs économiques qui répondent aux conditions de l'article L. 3113-2-1 et aux opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa du présent article et qui ne satisfont pas à ces mêmes conditions.

Chapitre IV - Contenu du contrat de concession

Section 1 - Règles générales relatives aux conditions d'exécution

Article L3114-1

Le contrat de concession est conclu par écrit.

Il ne peut contenir de clauses par lesquelles le concessionnaire prend à sa charge l'exécution de services, de travaux ou de paiements étrangers à l'objet de la concession.

TA Paris, 11 mars 2024, n°2203563

« La société requérante soutient que le mode de calcul et l'assiette de ce droit d'entrée sont irréguliers. Toutefois, le paiement d'un droit d'entrée correspondant à la valeur nette comptable des biens mis à disposition du concessionnaire ne saurait être regardé comme un paiement étranger à la concession ».

CE 21 oct. 2019, Sté coopérative métropolitaine d'entreprise générale, no 420086

« Les tiers à un contrat administratif ne peuvent en principe se prévaloir des stipulations de ce contrat, à l'exception de ses clauses réglementaires. Pour rejeter comme irrecevables les conclusions présentées par la société CMEG, sur le fondement de leur responsabilité quasi-délictuelle, à l'encontre du groupement de maîtrise d'oeuvre et du mandataire du maître d'ouvrage, la cour administrative d'appel de Douai a jugé que ceux-ci étaient fondés à se prévaloir d'un avenant transactionnel au marché conclu entre l'Etat et la société CMEG comportant une clause par laquelle cette société avait renoncé à toute réclamation, sans que puisse être utilement invoqué " le principe de l'effet relatif des contrats ". La cour a ainsi entaché son arrêt d'erreur de droit. Il suit de là que la société CMEG est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il a rejeté ses conclusions dirigées contre le groupement de maîtrise d'oeuvre et la société H4 Valorisation. »

CE, 9 février 2018, n°404982, Cté d'agglomération Val d'Europe Agglomération

« Considérant, d'une part, que revêtent un caractère réglementaire les clauses d'un contrat qui ont, par elles-mêmes, pour objet l'organisation ou le fonctionnement d'un service public ; que, s'agissant d'une

convention de concession autoroutière, relèvent notamment de cette catégorie les clauses qui définissent l'objet de la concession et les règles de desserte, ainsi que celles qui définissent les conditions d'utilisation des ouvrages et fixent les tarifs des péages applicables sur le réseau concédé ; qu'en revanche, les stipulations relatives notamment au régime financier de la concession ou à la réalisation des ouvrages, qu'il s'agisse de leurs caractéristiques, de leur tracé, ou des modalités de cette réalisation, sont dépourvues de caractère réglementaire et revêtent un caractère purement contractuel ».

CE, 21 septembre 2016, n°399656, Cté urb. du Grand Dijon, Sté Kéolis

« Considérant, ainsi qu'il a été dit au point 5, qu'une personne qui n'a pas présenté de candidature ou d'offre n'est recevable à agir sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative que si elle en a été dissuadée par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence que elle invoque ; que les trois sociétés requérantes, qui ont pour domaine d'activité principal la fourniture de services de stationnement, font valoir qu'elles ont été dissuadées de présenter leur candidature au motif que la délégation de service public portant sur " l'exploitation des services de la mobilité " était définie trop largement et ne leur permettait ainsi pas de se porter utilement candidates ; qu'il suit de là que, contrairement à ce qui est soutenu par les intervenantes en défense, leurs demandes présentées devant le juge des référés précontractuels sont recevables. »

CE, 22 mars 2000, n° 207804, Lasaulce

« le cahier des charges relatif aux opérations de dépannage et d'évacuation des véhicules sur le réseau des autoroutes et voies assimilées du Val-de-Marne et le règlement de la consultation engagée par le préfet du département fait état tantôt "d'un" titulaire agréé, chargé de l'ensemble du service dans le secteur Est, tantôt de plusieurs garagistes dépanneurs agréés dans ce secteur "établissant entre eux un tableau de permanence" ; que ces contradictions ne permettaient pas aux candidats d'être complètement informés de l'objet et de l'étendue réelle de la mission dont ils seraient chargés en application du contrat projeté par l'administration et dont la passation est contestée ; qu'ainsi le préfet du Val-de-Marne a méconnu les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumises la passation des contrats de délégation de service public ».

Article L3114-2

Les conditions d'exécution d'un contrat de concession peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du contrat de concession.

TA, Bastia, 20 juillet 2022, n°2200797

« L'autorité concédante peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard d'un critère relatif aux performances sociales et environnementales notamment, dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et lui permet d'apprécier objectivement ces offres. Le troisième et dernier critère d'analyse des offres fixé par le règlement de consultation est relatif à la responsabilité sociétale de l'entreprise, pondéré à hauteur de 10 % de la note totale. Le règlement de consultation prévoit que le candidat présente ses actions et son niveau d'engagement ainsi que les moyens de les contrôler en matière de responsabilité sociétale des entreprises, à savoir, performances éthiques, sociales et environnementales. A cet effet, un guide de rédaction du plan des actions au titre de la responsabilité sociétale de l'entreprise est joint au règlement en annexe 3. L'article 22 du projet de convention prescrit quant à lui que le délégataire met en œuvre un plan d'actions portant, entre autres, sur la valorisation du capital humain et la préservation de l'environnement, notamment en termes d'optimisation des consommations des navires exploités. Il prévoit en outre que le délégataire présente dans le cadre de l'exécution de la convention trois projets d'expérimentation visant à réduire l'impact environnemental de la desserte maritime. Le dossier de consultation comporte ainsi des précisions suffisantes sur les attentes de la collectivité de Corse en matière de responsabilité sociétale des candidats. Ce critère qui n'est pas étranger aux conditions d'exécution de la délégation de service public, ne laisse pas à l'autorité concédante une marge de choix indéterminée et ne crée pas de rupture d'égalité entre les candidats ».

Loi n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite loi « climat et résilience ») : Modifications apportées à l'article L.3114-2 qui sera ainsi rédigé à partir du 22 août 2026 :

« Les conditions d'exécution d'un contrat de concession sont liées à son objet. Pour les contrats de concession qui ne sont pas des contrats de concession de défense ou de sécurité, les conditions d'exécution du contrat prennent en compte des considérations relatives à l'environnement. Elles peuvent également prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, au domaine social ou à l'emploi.

Pour les contrats de concession de défense ou de sécurité, les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi.

Conformément au V de l'article 35 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021, ces dispositions entrent en vigueur à une date fixée par décret en fonction des catégories de concessions, et au plus tard cinq ans après la promulgation de la présente loi.

Elles s'appliquent aux concessions pour lesquelles une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de cette entrée en vigueur. »

Article L3114-2-1

« I.- L'autorité concédante prévoit des conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi, notamment en faveur des personnes défavorisées, dans ses contrats de concession dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen figurant dans un avis annexé au présent code.

II.- L'autorité concédante peut décider de ne pas prévoir de conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi dans l'un des cas suivants :

1° Une telle prise en compte n'est pas susceptible de présenter un lien suffisant avec l'objet du contrat de concession ;

2° Une telle prise en compte est de nature à restreindre la concurrence ou à rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution du contrat de concession.

III.- Lorsque, pour les contrats de concession mentionnés au I, l'autorité concédante ne prévoit pas des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi, elle en consigne les motifs par tout moyen approprié.

Conformément au V de l'article 35 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021, ces dispositions entrent en vigueur à une date fixée par décret en fonction des catégories de concessions, et au plus tard cinq ans après la promulgation de la présente loi.

Elles s'appliquent aux concessions pour lesquelles une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de cette entrée en vigueur. »

Article L3114-3

L'autorité concédante peut imposer, notamment dans les contrats de concession de défense ou de sécurité, au titre des conditions d'exécution, que les moyens utilisés pour exécuter tout ou partie de la concession, maintenir ou moderniser les travaux ou services réalisés soient localisés sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne afin, notamment, de prendre en compte des considérations environnementales ou sociales ou d'assurer la sécurité des informations et des approvisionnements.

Section 2 - Droits d'entrée, redevances et tarifs

Article L3114-4

Les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le concessionnaire à l'autorité concédante doivent être justifiés dans le contrat de concession.

TA Paris, 11 mars 2024, n°2203563

« En premier lieu, la société requérante soutient que la méthode de fixation de ce montant est illégale, dès lors qu'elle méconnaît le principe d'indépendance des procédures, le montant final du droit d'entrée

étant dépendant de l'issue de la précédente concession. Toutefois, le droit d'entrée peut comprendre une somme correspondant à l'indemnité versée au délégataire sortant au titre des investissements non amortis qu'il a réalisés. Par suite, la ville de Paris pouvait prendre en compte les conséquences de la terminaison de la précédente concession pour fixer le droit d'entrée exigé. (...)

Enfin, la société requérante soutient que l'existence d'un droit d'entrée favorise le concessionnaire sortant, qui est en capacité de présenter une meilleure offre dès lors qu'il peut financer ce droit d'entrée au moyen de l'indemnité qu'il perçoit. Toutefois, alors que la société Climespace, concessionnaire sortant, n'est qu'un des membres du groupement attributaire, le droit d'entrée a pour objet d'indemniser cette société pour des investissements effectivement supportés mais non amortis comptablement, qui ont donc, au cours de la précédente concession, affecté sa situation économique et financière. Par suite, l'imposition d'un droit d'entrée ne méconnaît pas le principe d'égalité de traitement en faveur du concessionnaire sortant ».

CE, 10 juill. 2020, n° 434353, Cne La Guérinière

« L'omission de faire figurer dans une convention de délégation de service public, comme le prévoit l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT), la justification des montants et modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire à la collectivité délégante ne donne pas un caractère illicite au contrat ni n'affecte les conditions dans lesquelles les deux parties ont donné leur consentement et peut, au demeurant, être régularisée. Dès lors, une telle omission n'est pas de nature à justifier, en l'absence de toute autre circonstance particulière, que dans le cadre d'un litige entre les parties, l'application de ce contrat soit écartée ».

CE, 9 mars 2018, n° 409972, Cie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel

« Alors même que les clauses tarifaires d'un contrat de délégation de service public revêtent un caractère réglementaire, les tarifs sont au nombre des éléments essentiels qui concourent à l'équilibre économique du contrat ».

Article R3114-4

Pour les pouvoirs adjudicateurs dotés d'un comptable public, le contrat de concession indique, lorsqu'il y a lieu, les conditions administratives et techniques auxquelles sont subordonnés l'ordonnement et le paiement.

Article L3114-5

Le versement par le concessionnaire de droits d'entrée à l'autorité concédante est interdit quand le contrat de concession concerne l'eau potable, l'assainissement ou les ordures ménagères et autres déchets.

Droits d'entrée

TA Bordeaux, 19 juin 2024, n°2200691

« Les sociétés requérantes soutiennent qu'une modification irrégulière des critères de sélection des offres prévus au dossier de consultation des entreprises entache d'irrégularité la passation du contrat litigieux, dès lors que le syndicat ValOrizon, en exigeant des candidats au cours de la négociation qu'ils s'engagent sur le montant minimum des subventions à obtenir, a créé un critère de sélection illégal pour y introduire un critère de sélection qui s'analyse comme un droit d'entrée prohibé par l'article L. 3114 - 5 du code de la commande publique. Selon les requérantes, la négociation n'a ainsi pas porté sur des éléments permettant à l'autorité concédante d'analyser la capacité des candidats à assurer l'exécution du service public en cause, mais sur des éléments extérieurs au contrat, le syndicat exigeant de la part des candidats la remise d'offres conditionnelles. Toutefois, d'une part, ainsi qu'il a été dit au point 7 du présent jugement, en sollicitant une garantie financière des candidats dans le cas où le montant minimum des subventions que ceux-ci s'engageaient à obtenir ne serait pas atteint, le syndicat ValOrizon a manifesté la volonté de faire supporter au concessionnaire le risque inhérent à l'éventualité de subventions obtenues inférieures à celles prévues afin de ne pas

transférer ce risque sur le montant de la redevance. En évaluant l'existence ou l'absence d'engagement du soumissionnaire sur ce point au titre du critère 4.2 relatif à la redevance proposée à l'autorité concédante, le syndicat n'a ni instauré en cours de négociation un nouveau critère de sélection des offres, ni exigé de la part des candidats leur engagement au paiement d'un droit d'entrée illégal ».

Article L3114-6

Le contrat détermine les tarifs à la charge des usagers et précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution.

Contrat détermine les tarifs

CE, 18 nov. 2024, n°465266, Association Coénove

« Les tarifs applicables aux usagers d'un réseau sont, en vertu des dispositions de l'article L. 2122-22 du code général des collectivités territoriales, fixés par la collectivité compétente et, lorsque le réseau fait l'objet d'une concession, l'article L.3114 - 6 du code de la commande publique impose que "Le contrat détermine les tarifs à la charge des usagers et précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution". Dès lors, par les conditions auxquelles elles soumettent le classement et l'utilisation des réseaux et par les dérogations qu'elles prévoient à l'obligation de raccordement, les dispositions législatives et réglementaires litigieuses sont nécessaires et proportionnées au regard de l'objectif de développement des énergies renouvelables. Le moyen tiré de ce qu'elles placeraient les exploitants de ces réseaux en situation d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché de la fourniture d'énergie destinée au chauffage des bâtiments doit, ainsi, être écarté ».

CAA Bordeaux, 24 oct. 2016, n° 13BX02542, Sté Groupe Partouche

« En vertu de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, issu de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques : " (...) La convention stipule les tarifs à la charge des usagers et précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution. (...) ". Ni la circonstance tirée de la nature particulière du service public délégué notamment quant au caractère hétérogène des activités du complexe comprenant le casino, ni la durée de dix-huit ans de la délégation de service public, ne pouvaient dispenser la commune de Toulouse de satisfaire aux exigences de l'article L. 1411-2 précité du code général des collectivités territoriales, qui concourt à la transparence de l'attribution des délégations de service public. Contrairement à ce que soutient la commune, le 4ème alinéa de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales selon lequel " La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations, ainsi que s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur (...) ", ne lui permettait pas de se dispenser de faire figurer les tarifs dans le contrat de délégation de service public compte tenu de l'obligation impérative prévue en ce sens par l'article L. 1411-2 précité du code général des collectivités territoriales. Toutefois, comme le fait valoir la commune le défaut de fixation des tarifs n'a pas enfreint le principe d'égalité entre les candidats admis à déposer une offre et n'a eu aucune incidence sur l'attribution au groupe Barrière plutôt qu'au groupe Partouche de la délégation de service public, dès lors que les montants des offres respectives présentées par ces deux sociétés, ont nécessairement tenu compte dans les prévisions d'exploitation sur lesquelles reposaient ces offres, des différentes tarification devant être appliquées aux usagers ».

CAA Marseille, 29 mars 2005, n° 01MA01669, SAGIM

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'article 23 de la convention d'affermage en date du 13 juin 2000 portant délégation du service public de la gestion du port des Quilles par la commune de Sète à la Société d'aménagement, de Gestion et d'informatique (SAGIM) donne au fermier la faculté d'aménager, pour chaque saison, la structure tarifaire et les augmentations correspondantes en fonction des services rendus à la clientèle et des contraintes du marché, sans aucune référence

à des paramètres ou indices permettant d'encadrer les tarifs au sens des dispositions précitées de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales ; qu'aucune autre stipulation de la convention et notamment son article 22 qui n'est relatif qu'aux tarifs établis pour la saison 2000 par le titulaire, ou de ses annexes ne précise les tarifs et les paramètres ou indices qui déterminent leur évolution ; que la circonstance que plusieurs dispositions du code du domaine de l'Etat et du code des ports maritimes, auxquelles d'ailleurs l'article 23 de la convention dont s'agit ne fait pas référence, encadrent les modalités de fixation des tarifs portuaires ne fait pas obstacle en tant que telle à ce que la convention d'affermage, dans le respect des règles édictées par ces réglementations, stipule les tarifs à la charge des usagers et l'incidence sur ceux-ci de paramètres ou indices déterminant leur évolution ; que par suite, c'est à bon droit que les premiers juges se sont fondés sur le motif tiré de la méconnaissance des dispositions précitées de l'article L. 1411.2 du code général des collectivités territoriales pour prononcer l'annulation de ladite convention ainsi que de la délibération du conseil municipal de Sète en date du 20 avril 2000 en autorisant la signature »

CAA Lyon, 20 mai 1999, n° 95LY00795, SA Comalait industries

« Aux termes de l'article L. 121-26 du code des communes alors applicable : "Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune". Il résulte de ces dispositions qu'il n'appartient qu'au conseil municipal d'établir le tarif d'un service public communal. Lorsqu'un service public communal a fait l'objet d'une délégation de service public, la détermination du prix du service ou du montant de la redevance ne peut être laissée à la discrétion du délégataire. En se bornant, dans le cahier des charges annexé au traité de concession, à fixer des prix de base de livraison d'eau potable constituant un plafond en deçà duquel le concessionnaire peut librement fixer des tarifs applicables à certains usagers sous réserve du respect du principe d'égalité, le conseil municipal méconnaît l'étendue de sa compétence ».

Indices

CE, 27 janvier 2023, n°462752, M. Boda

« Sans préjudice des dispositions du code de la commande publique, des ouvrages ou des aménagements non prévus au cahier des charges de la concession peuvent être intégrés à l'assiette de celle-ci, sous condition stricte de leur nécessité ou de leur utilité, impliquant l'amélioration du service autoroutier sur le périmètre concédé, une meilleure articulation avec les réseaux situés au droit de la concession afin de sécuriser et fluidifier les flux de trafic depuis et vers les réseaux adjacents à la concession et une connexion renforcée avec les ouvrages permettant de desservir les territoires, ainsi que de leur caractère accessoire par rapport au réseau concédé. Ces ouvrages ou ces aménagements peuvent porter sur des sections à gabarit routier ayant pour effet de fluidifier l'accès au réseau autoroutier. Leur financement ne peut être couvert que par une augmentation des tarifs de péages, raisonnable et strictement limitée à ce qui est nécessaire. Le cas échéant, l'Etat et les collectivités territoriales intéressées, dans le cadre des règles prévues dans le code général des collectivités territoriales, peuvent, à titre exceptionnel, apporter des concours ».

CE, 29 juill. 1994, n° 126678, 126679 et 127248, Sté La Main noire et a.

« Pour l'application de l'article 79 de l'ordonnance du 30 décembre 1958 modifiée, en vertu duquel sont interdites les indexations fondées "sur le prix de biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties", les juges du fond apprécient souverainement la nature de l'activité des parties. Ne commet pas d'erreur de droit la cour qui juge qu'une convention de sous-concession, conclue par un concessionnaire ayant pour activité la construction de parcs de stationnement, peut légalement prévoir une révision de la redevance due par le sous-concessionnaire en fonction d'un indice départemental des salaires dans les industries du bâtiment et des travaux publics ainsi que de l'indice du prix de l'acier et de celui du prix du ciment ».

Section 3 - Durée

Article L3114-7

La durée du contrat de concession est limitée. Elle est déterminée par l'autorité concédante en fonction

de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire.

TA de Nice, 14 Mai 2024, n° 2002786

« Il résulte de ces dispositions que la durée normale d'amortissement des installations susceptible d'être retenue par une collectivité délégante peut être la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant, ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers, que cette durée coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable des investissements.

Par ailleurs, eu égard à l'impératif d'ordre public imposant de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation, **la nécessité de mettre fin à une convention de délégation de service public dépassant la durée prévue par la loi constitue un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation unilatérale par la personne publique, sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge ».**

TA Pau 1^{ère} chambre, 28 août 2023 n°2002156

« En application des règles de la commande publique, la durée du contrat et le montant des redevances perçues auprès des usagers doivent être définies en fonction du montant des investissements demandés au titulaire, conformément aux dispositions des articles L. 3114-7 et R. 3114-1 et suivants du code de la commande publique ; par ailleurs, les dispositions prévoyant la possibilité de conclure un marché sans procédure de publicité et de mise en concurrence préalable n'exonèrent pas les acheteurs du respect des exigences constitutionnelles d'égalité devant la commande publique et de bon usage des deniers publics ; or en l'espèce, le montant des investissements prévus au contrat attaqué ne sera arrêté que six mois après son entrée en vigueur ; **ainsi, ni le montant des tarifs perçus sur les usagers, ni la durée du contrat n'ont été déterminés en tenant compte du montant total des investissements mis à la charge de la société publique locale aéroportuaire régionale ; en l'absence de ces éléments, il n'est pas possible de justifier de la durée du contrat, supérieure à 5 ans, ni de connaître le programme des investissements à réaliser au moment de l'attribution du contrat ».**

CAA Paris, 4 juill. 2023, n° 20PA02799, Cne Fontainebleau

« Eu égard à l'impératif d'ordre public imposant de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation, **la nécessité de mettre fin à une convention dépassant la durée prévue par la loi d'une délégation de service public constitue un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation unilatérale par la personne publique, sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge ».**

CAA Marseille, 19 janvier 2022, n°19MA05754, M. F... Carre et le Collectif alétois gestion publique de l'eau actions sur le limouxin et le saint hilairois " Coll Eau "

« Au-delà de 5 ans, il convient de démontrer que la durée n'est pas excessive et qu'elle n'excède pas le temps nécessaire pour amortir les investissements. Ces textes ont pour objet d'éviter les contrats trop longs et donc d'imposer aux parties de pouvoir justifier d'investissements à amortir sur une durée aussi longue. **Il ressort du compte prévisionnel d'exploitation que, sur une durée de 7 années, le délégataire parvient à l'équilibre économique et financier global. Le fait que les travaux de gros entretien-renouvellement sont simplement financés par le délégataire via une redevance, puis exécutés par la collectivité, n'est pas de nature à établir que la durée de la convention conclue serait insuffisante pour permettre un amortissement des investissements réalisés par le délégataire dans des conditions normales ».**

CE, avis, 27 octobre 2021, n° 452903

« Il ne résulte d'aucune disposition législative ou réglementaire que le contrat de concession conclu entre une autorité concédante de la distribution publique d'électricité et un gestionnaire d'un réseau

public de distribution d'électricité soit prorogé ou renouvelé de plein droit dans le cas où il arrive à son terme sans que les parties ne se soient entendues sur sa prorogation, son renouvellement ou la conclusion d'un nouveau contrat. Aucune disposition applicable à ces contrats n'implique, en particulier, que leurs clauses financières puissent fonder la perception de redevances qu'elles prévoient pour une période postérieure au terme du contrat ».

CE, 20 novembre 2020, n°428156, L'association Trans'Cub

« Ces dispositions (cf articles L.3114-7 et L.3114-8 du Code de la commande publique) répondent à un impératif d'ordre public qui est de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation. **Un tel motif d'intérêt général ne saurait, pas plus que la nécessité d'assurer l'égalité de tous les opérateurs économiques délégataires de service public au regard des exigences de la loi, entraîner la nullité des contrats de délégation de service public conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993 pour des durées incompatibles avec les dispositions de son article 40, ni contraindre les parties à de tels contrats à modifier leur durée.** Il implique en revanche, non seulement qu'aucune stipulation relative à la durée du contrat, convenue entre les parties après la date d'entrée en vigueur de la loi, ne peut méconnaître les exigences prévues par son article 40, mais en outre que les clauses d'une convention de délégation de service public qui auraient pour effet de permettre son exécution pour une durée restant à courir, à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi, excédant la durée maximale autorisée par la loi, ne peuvent plus être régulièrement mises en œuvre au-delà de la date à laquelle cette durée maximale est atteinte ».

CE, 4 févr. 2009, n° 312411, Communauté urbaine Arras

« Il est loisible à la collectivité d'indiquer les durées potentielles de la délégation au regard desquelles s'exerce la concurrence, à condition il est vrai que ces potentialités n'induisent pas une incertitude telle qu'elle puisse empêcher des entreprises de présenter utilement leurs offres ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que tel ait été le cas en l'espèce, ni d'ailleurs et en tout état de cause que l'entreprise aurait été lésée ou susceptible d'être lésée à ce titre ».

Article R3114-1

Pour la détermination de la durée du contrat de concession, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, lorsqu'ils sont nécessaires à l'exploitation des travaux ou des services concédés.

Sont notamment considérés comme tels les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel.

Article R3114-2

Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat ne doit pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat.

CAA Nancy, 1er oct. 2015, n° 14NC00400, 14NC00417 et 14NC00418, Cne de Troyes

« Un contrat de concession, conclu pour une longue durée dans le secteur de l'eau, de l'assainissement ou des déchets ménagers, est, en principe, frappé de caducité au terme du délai de 20 ans appliqué à compter de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ».

CE, 4 juill. 2012, n° 352417, n° 352418, n° 352449, n° 352450, Communauté d'agglo. Chartres Métropole et Sté Véolia Eau

« Si ces dispositions limitent la durée de la convention et imposent qu'elle tienne compte, pour la déterminer, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser, elles n'interdisent pas, par principe, que cette durée puisse être inférieure à celle de l'amortissement des investissements réalisés et ne font pas obstacle au droit du délégataire d'être indemnisé à hauteur des investissements non amortis à l'issue du contrat ; qu'il en résulte que la convention pouvait légalement prévoir le montant de l'indemnisation due au titre des investissements non encore amortis au terme du contrat ».

CAA Lyon, 3 nov. 2011, n° 10LY00536, Sté Véolia Propreté

« Cette durée « doit être entendue comme concernant la seule période d'exploitation de l'ouvrage, au cours de laquelle le délégataire se voit effectivement confier la gestion d'un service public, à l'exclusion de la période préalable de travaux. »

Article D3114-3

L'autorité compétente de l'Etat mentionnée à l'article L. 3114-8 est le directeur départemental des finances publiques.

Article L3114-8

Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les contrats de concession ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par l'autorité compétente de l'Etat, à l'initiative de l'autorité concédante, des justifications de dépassement de cette durée. Les conclusions de cet examen sont communiquées, le cas échéant, aux membres de l'organe délibérant compétent, avant toute délibération de celui-ci.

TA de Montpellier, 7 Novembre 2024, n° 2300155

« Ces dispositions (cf articles L.3114-7 et L.3114-8 du Code de la commande publique) répondent à un impératif d'ordre public qui est de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation. **Un tel motif d'intérêt général ne saurait, pas plus que la nécessité d'assurer l'égalité de tous les opérateurs économiques délégataires de service public au regard des exigences de la loi, entraîner la nullité des contrats de délégation de service public conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993 pour des durées incompatibles avec les dispositions de son article 40, ni contraindre les parties à de tels contrats à modifier leur durée.** Il implique en revanche, non seulement qu'aucune stipulation relative à la durée du contrat, convenue entre les parties après la date d'entrée en vigueur de la loi, ne peut méconnaître les exigences prévues par son article 40, mais en outre que les clauses d'une convention de délégation de service public qui auraient pour effet de permettre son exécution pour une durée restant à courir, à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi, excédant la durée maximale autorisée par la loi, ne peuvent plus être régulièrement mises en œuvre au-delà de la date à laquelle cette durée maximale est atteinte. »

Section 4 - Part du contrat exécutée par des tiers

Article L3114-9

L'autorité concédante peut imposer aux soumissionnaires :

1° De confier à des petites et moyennes entreprises, au sens de la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, une part minimale fixée par voie réglementaire de travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession.

Les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas aux opérateurs économiques qui sont des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices ;

2° De confier à des tiers une part minimale fixée par voie réglementaire de travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession ;

3° D'indiquer dans leur offre s'ils entendent confier à des tiers une part des travaux ou services faisant

l'objet du contrat de concession et, dans l'affirmative, le pourcentage qu'elle représente dans la valeur estimée de la concession.
Cette exigence doit être indiquée dans les documents de la consultation.

Article R3114-5

En application de l'article L. 3114-9, la part des services ou travaux que le soumissionnaire doit confier à des petites et moyennes entreprises ou à des tiers ne peut être inférieure à **20 %** de la valeur globale estimée du contrat de concession.

TA de Paris, 5 Avril 2023, n° 2304294, Sté Kéolis

« Or, il résulte des pièces produites par la société requérante qu'elle a limité à hauteur de 20% les prestations qu'elle entendait sous-traiter dans le cadre de la concession, objet du litige. Dans ces conditions, le moyen tiré de ce que la limitation, par l'annexe 7 " conditions particulières " du contrat, du recours à la sous-traitance au-delà de 30% du volume de la part des prestations concédées aurait été susceptible de la léser doit être écarté. »

Article L3114-10

Ne sont pas considérés comme tiers les opérateurs économiques qui se sont groupés pour obtenir des contrats de concession, non plus que les entreprises qui leur sont liées au sens de l'article L. 3211-8.

Titre II - PROCÉDURE DE PASSATION

Article L3120-1

Les contrats de concession sont passés conformément aux règles de procédure prévues aux chapitres I à V du présent titre, sous réserve des règles particulières propres à certains d'entre eux prévues par le chapitre VI du présent titre.

Chapitre Ier - Détermination des règles procédurales applicables

Article L3121-1

L'autorité concédante organise librement une procédure de publicité et mise en concurrence qui conduit au choix du concessionnaire dans le respect des dispositions des chapitres I à V du présent titre et des règles de procédure fixées par décret en Conseil d'Etat.
Elle peut recourir à la négociation.
Ces dispositions s'appliquent sous réserve des règles particulières du chapitre VI du présent titre.

Fiche DAJ, Détermination de la valeur estimée et de la durée des contrats de concession

CE, 12 avril, 2021, n°436663, Société Ile de Sein Energies

« La société requérante soutient que ces dispositions et les motifs de la directive imposent, compte tenu de l'incidence environnementale de la production électrique sur l'île de Sein par EDF et du frein à la réalisation des objectifs de la directive du 23 avril 2009 que constitue le fait de désigner EDF comme seul et unique gestionnaire du réseau de distribution électrique sur l'île, qu'il soit mis fin à l'exécution de la convention en litige. Toutefois, ni ces dispositions, qui ne fixent aux Etats membres que des objectifs, ni les motifs de la directive dont se prévaut la société requérante, qui sont au surplus dépourvus de valeur juridique contraignante, **ne constituent un motif d'intérêt général imposant la résiliation d'une convention légalement conclue, à moins qu'il ne soit établi que la poursuite de son exécution fait évidemment et immédiatement obstacle à ce que l'Etat puisse se conformer aux obligations résultant du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.** La société IDSE, qui n'établit pas que l'exécution de la concession en litige constitue un obstacle à ce que l'Etat atteigne les objectifs fixés par la directive 2009/28/CE du 23 avril 2009, dans le délai qu'elle prescrit, n'est pas fondée à soutenir qu'en jugeant que l'application de ces dispositions n'imposerait pas en l'espèce la

résiliation de la convention litigieuse, la cour administrative d'appel, qui a suffisamment motivé son arrêt, aurait commis une erreur de droit ou dénaturé les pièces du dossier ».

CE 20 oct. 2006, n° 289234, Commune d'Andeville

« Il résulte des dispositions du premier alinéa de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales que pour qualifier un contrat de délégation de service public et en déduire les règles qui s'appliquent à sa passation, il appartient au juge, non seulement de déterminer l'objet du contrat envisagé, mais aussi d'apprécier si les modalités de rémunération du cocontractant sont substantiellement liées aux résultats de l'exploitation de l'activité.,b) Contrat ayant pour objet de confier au cocontractant la gestion du service de la restauration scolaire destinée à une école primaire, d'un centre de loisir et d'un pôle jeunes d'une commune. Cocontractant percevant de la commune une rémunération fixe mais dont les trois-quarts des recettes, environ, sont constituées d'une redevance versée par les familles et d'une participation du département et de la caisse d'allocations familiales variant selon le nombre d'usagers. Une rémunération calculée selon ces modalités est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le contrat est donc une délégation de service public.,c) Le c) de l'article L. 1411-12 du code général des collectivités territoriales prévoit une procédure allégée de passation pour les délégations de faible montant. Une délégation entre dans le champ de ces dispositions lorsque, soit le montant prévisionnel de l'ensemble des sommes à percevoir par le délégataire, qu'elles soient liées ou non au résultat de l'exploitation du service, et quelle que soit leur origine, n'excède pas 106 000 euros pour toute la durée de la convention, soit ce montant n'excède pas 68 000 euros par an et la durée de la convention ne dépasse pas trois ans ».

Article L3121-2

Par dérogation aux dispositions de l'article L. 3121-1, l'autorité concédante peut passer un contrat de concession sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat, lorsqu'en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse ou d'une urgence particulière, le respect d'une telle procédure est inutile ou impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'autorité concédante.

Caractère impossible

CE, 5 février 2018, n° 416581, Ville de Paris et SOMUPI

« Le motif d'intérêt général permettant, à titre dérogatoire, de conclure un contrat provisoire dans les conditions mentionnées au point précédent doit tenir à des impératifs de continuité du service public ; que, dès lors, en refusant de prendre en compte les intérêts financiers avancés par la ville de Paris et en appréciant les effets d'une interruption du service d'information sur le mobilier urbain sur la seule continuité du service public de l'information municipale, le juge des référés (...) n'a pas commis d'erreur de droit ».

CE, 14 février 2017, n°405157, SMPA

« En cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service, conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de concession de services sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites. La durée de ce contrat ne saurait excéder celle requise pour mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la personne publique entend poursuivre l'exécution de la concession de services ou, au cas contraire, lorsqu'elle a la faculté de le faire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance ».

Section 1 - Calcul de la valeur estimée du contrat de concession

Article R3121-1

La valeur estimée du contrat de concession est calculée selon une méthode objective, précisée dans les documents de la consultation mentionnés à l'article R. 3122-7. Elle

correspond au chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire pendant la durée du contrat.

Le choix de la méthode de calcul utilisée par l'autorité concédante ne peut avoir pour effet de soustraire le contrat de concession aux dispositions du présent livre qui lui sont applicables, notamment en scindant les travaux ou services.

Article R3121-2

Pour estimer la valeur du contrat de concession, l'autorité concédante prend notamment en compte :

- 1° La valeur de toute forme d'option et les éventuelles prolongations de la durée du contrat de concession ;
- 2° Les recettes perçues sur les usagers des ouvrages ou des services, autres que celles collectées pour le compte de l'autorité concédante ou d'autres personnes ;
- 3° Les paiements effectués par l'autorité concédante ou toute autre autorité publique ou tout avantage financier octroyé par l'une de celles-ci au concessionnaire ;
- 4° La valeur des subventions ou de tout autre avantage financier octroyés par des tiers pour l'exploitation de la concession ;
- 5° Les recettes tirées de toute vente d'actifs faisant partie de la concession ;
- 6° La valeur de tous les fournitures et services mis à la disposition du concessionnaire par l'autorité concédante, à condition qu'ils soient nécessaires à l'exécution des travaux ou à la prestation des services ;
- 7° Toutes primes ou tous paiements au profit des candidats ou des soumissionnaires.

Calcul de la valeur estimée

CE, 18 juill. 2024, n° 492880, Exploitation des plages de Sablettes, Menton

« Aux termes de l'article R. 3121-1 du CCP : La valeur estimée du contrat de concession est calculée selon une méthode objective, précisée dans les documents de la consultation mentionnés à l'article R. 3122-7. Elle correspond au chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire pendant la durée du contrat. / Le choix de la méthode de calcul utilisée par l'autorité concédante ne peut avoir pour effet de soustraire le contrat de concession aux dispositions du présent livre qui lui sont applicables, notamment en scindant les travaux ou services ».

TA de Montpellier, 11 avril 2023, n° 2301953, Argelès-sur-Mer

« [...] la commune assume sur ses deniers propres la construction du dépôt et le met à disposition du délégataire. Il ressort de l'annexe n° 4 du projet de contrat que le futur concessionnaire n'a pas prévu d'acquérir les véhicules listés à son offre, lesquels font l'objet de leasing, dont les loyers constituent non pas des investissements mais des dépenses de fonctionnement [...] ».

Article R3121-3

Lorsque l'ouvrage ou le service concédé fait l'objet d'une attribution en lots séparés, l'autorité concédante tient compte de la valeur globale estimée de la totalité de ces lots.

L'autorité concédante peut décider de mettre en œuvre soit une procédure commune de mise en concurrence pour l'ensemble des lots, soit une procédure de mise en concurrence propre à chaque lot. Elle détermine la procédure à mettre en œuvre pour la passation en fonction de la valeur cumulée des lots et, pour les contrats relevant du 2° de l'article R. 3126-1, en fonction de leur objet.

CAA de Versailles, 17 octobre 2024, n° 22VE00945 La SASU Eurautos

« Aux termes de l'article 7 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession : 'Il. - Lorsque l'ouvrage ou le service concédé peut donner lieu à l'attribution de contrats de concession en lots séparés, est prise en compte la valeur globale estimée de la totalité de ces lots. L'autorité concédante peut décider de mettre en œuvre soit une procédure commune de mise en

concurrence pour l'ensemble des lots, soit une procédure de mise en concurrence propre à chaque lot. Elle détermine la procédure à mettre en œuvre pour la passation en fonction de la valeur cumulée des lots ».

Article R3121-4

La valeur du contrat de concession à prendre en compte pour déterminer les règles procédurales à mettre en œuvre pour la passation du contrat est celle estimée au moment de l'envoi de l'avis de concession ou, dans les cas où un tel avis n'est pas prévu, au moment où l'autorité concédante engage la procédure de passation.

Lorsque la valeur du contrat de concession au moment de l'attribution est supérieure de plus de 20 % à sa valeur précédemment estimée et qu'elle excède alors le seuil européen qui figure dans l'avis annexé au présent code, une nouvelle procédure de passation est mise en œuvre si les règles procédurales applicables aux contrats dont la valeur excède ce seuil n'ont pas été respectées.

Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique

Section 2 - Passation des contrats de concessions

Sous-section 1 - Contrats de concession passés avec publicité et mise en concurrence préalables

Article R3121-5

Les contrats de concession sont passés dans le respect des règles de procédure prévues par les chapitres Ier à V du présent titre, sous réserve des règles particulières propres aux contrats de concession relevant du chapitre VI du présent titre.

Sous-section 2 - Contrats de concession passés sans publicité ni mise en concurrence préalables

Article R3121-6

Les contrats de concession peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants :

- 1° Le contrat de concession ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ;
- 2° Lorsque aucune candidature ou aucune offre n'a été reçue ou lorsque seules des candidatures irrecevables au sens de l'article L. 3123-20 ou des offres inappropriées au sens de l'article L. 3124-4 ont été déposées, pour autant que les conditions initiales du contrat ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne si elle le demande ;
- 3° En cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve l'autorité concédante publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service concédé par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, à la condition, d'une part, que la continuité du service soit justifiée par un motif d'intérêt général et, d'autre part, que la durée de ce nouveau contrat de concession n'excède pas celle requise pour mettre en œuvre une procédure de passation.

En cas d'urgence

CE, 5 février 2018, n°416581, Ville de Paris et sté des mobiliers urbains pour la publicité et l'information

« Considérant qu'en cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant

ou de l'assurer elle-même, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service public conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de concession de service sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites ; que **la durée de ce contrat ne saurait excéder celle requise pour mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la personne publique entend poursuivre l'exécution de la concession de service ou, au cas contraire, lorsqu'elle a la faculté de le faire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance** ».

CAA Douai, 12 nov. 2020, n° 18DA00506, Synd. intercnal Valenciennes

« Dès lors, la convention d'exploitation provisoire, quand bien même elle a été conclue avec le précédent délégataire, **ne saurait être regardée comme une prolongation de la convention de délégation de service public conclue initialement** le 30 juin 1993 en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, alors en vigueur, relatives à la durée maximale d'une telle convention **mais bien comme un nouveau contrat** satisfaisant les conditions mentionnées au point 2 du présent arrêt. Les dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales ne font pas obstacle à la faculté, pour une personne publique, de conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de concession de service dans les conditions exposées au point 2 ».

Chapitre II - Engagement de la procédure de passation

Section 1 - Publicité préalable

Article L3122-1

Afin de susciter la plus large concurrence, les autorités concédantes procèdent à une publicité dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par décret en Conseil d'Etat, selon l'objet du contrat de concession ou sa valeur estimée hors taxe.

Fiche DAJ, Modalités de publicité applicables à la passation des contrats de concession

Sous-section 1 - Avis de concession

Article R3122-1

L'autorité concédante qui envisage d'attribuer un contrat de concession publie un avis de concession qui comporte notamment une description de la concession et des conditions de participation à la procédure de passation.

Cet avis est établi conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011.

CE, 26 février 2020, n° 436428, Sté JCDecaux France

« Aux termes du I de l'article 34 du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 : 'L'autorité concédante offre, sur son profil d'acheteur (**), un accès libre, direct et complet aux données essentielles du contrat de concession**, notamment aux données suivantes : (...) f) La valeur globale et les principales conditions financières du contrat.' (...) »

Le modèle d'avis de concession établi par l'annexe XXI au règlement n° 2015/1986 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics, prévoit que doivent figurer dans l'avis de marché, la nature et la quantité des travaux ou services, ou l'indication des besoins et exigences, ainsi que la valeur estimée du contrat ».

CE, 4 févr. 2009, n° 312411, Communauté urbaine Arras

« Il est loisible à la collectivité d'indiquer les durées potentielles de la délégation au regard desquelles s'exerce la concurrence, à condition il est vrai que ces potentialités n'induisent pas une incertitude telle qu'elle puisse empêcher des entreprises de présenter utilement leurs offres ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que tel ait été le cas en l'espèce, ni d'ailleurs et en tout état de cause que l'entreprise aurait

été lésée ou susceptible d'être lésée à ce titre ».

CE, ord., 23 mai 2008, n° 306153, Musée Rodin

« Les stipulations du cahier des charges de la délégation remis aux candidats prévoyaient que la durée de la délégation était liée à la nature des investissements à réaliser par le délégataire, lequel n'avait pas nécessairement de tels investissements à réaliser, et qu'ainsi, en l'absence d'indication portant sur ce point dans les avis d'appel public à la concurrence, le MUSEE RODIN n'avait pas fait connaître aux candidats cette durée de la délégation ; que le juge des référés n'a donc pas commis d'erreur de droit en jugeant que l'établissement public avait ainsi méconnu les obligations résultant des dispositions précitées en ne portant pas à la connaissance des candidats la caractéristique essentielle de la délégation relative à sa durée et avait par conséquent méconnu les règles de publicité et de mise en concurrence ».

CE, 15 déc. 2008, n° 312350, Communauté intercnale des villes solidaires

« Considérant que le juge des référés précontractuels a d'une part estimé que la collectivité délégante, en fixant, dans l'avis d'appel public à la concurrence, la durée de principe du contrat à quinze ans, tout en proposant aux sociétés candidates des options portant sur des durées de dix et vingt ans, sans préciser les circonstances qui étaient de nature à justifier une offre sur dix ou sur vingt ans, ni les conditions dans lesquelles elle apprécierait les différentes offres au regard de la durée du contrat, n'avait pas donné aux entreprises candidates à la délégation de service public une information suffisante sur les critères d'appréciation des offres concurrentes ; que d'autre part, il a relevé qu'en tout état de cause, la durée de la convention, pouvant aller jusqu'à vingt ans, ne saurait être justifiée eu égard à la faiblesse des investissements réclamés au fermier ; que ce faisant, le juge des référés a mis le juge de cassation en mesure d'exercer son contrôle et a suffisamment motivé son ordonnance ».

CE, 25 juill. 2001, n° 231319, Synd. eaux de l'Ifneret

« Considérant que, si l'avis d'appel public à la concurrence ne mentionnait pas la durée de la convention envisagée, cette information figurait dans le dossier de consultation remis à l'ensemble des candidats ayant répondu à l'avis ; que l'absence de précision sur ce point de l'avis, levée dès la première phase de consultation, n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, et compte tenu de la durée envisagée de 12 ans, habituelle pour ce type de délégation, entaché d'irrégularité la procédure de passation du contrat ».

Sous-section 2 - Supports de publication

Article R3122-2

L'autorité concédante publie l'avis de concession dans les trois supports suivants :

- 1° Au Journal officiel de l'Union européenne ;
- 2° Au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un **journal d'annonces légales** ;
- 3° Dans une publication spécialisée correspondant au **secteur économique concerné**.

Journal d'annonces légales

CE, 1^{er} avril 2022, n° 458793, Sté Eiffage Construction Midi-Pyrénées

« Pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire dès l'engagement de la procédure d'attribution. Cette obligation inclut **la publication d'un avis conforme aux exigences de publicité** imposées par les textes réglementaires. »

CE, 8 juill. 2005, n° 277554, Sté EGS

« L'autorité responsable de la personne publique délégante doit satisfaire à l'exigence de publicité prévue à l'article L. 1411-1 par une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces

légal et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné (...); que si la publication par le préfet du département, en vertu des articles 1er et 2 de la loi du 4 janvier 1955 concernant les annonces judiciaires et légales, de la liste des journaux susceptibles de recevoir des annonces légales dans le département, ne fait pas obstacle à ce que d'autres publications se voient reconnaître, au niveau national, le caractère de publication habilitée à recevoir des annonces légales au sens des dispositions précitées du code général des collectivités territoriales, il n'en est pas ainsi du Journal officiel de l'Union européenne, compte tenu notamment de l'objet de sa « série S », limité en principe à la publication des avis relatifs à la passation de certains contrats dont les montants dépassent des seuils déterminés au niveau de l'Union; que, dès lors, en estimant que la commune de Clichy-la-Garenne avait satisfait à l'obligation qui lui incombait de procéder à une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales par la seule publication de l'avis d'appel public à la concurrence dans le Journal officiel de l'Union européenne, le juge des référés pré-contractuels du tribunal administratif de Versailles a commis une erreur de droit; que la société EGS est fondée à demander, pour ce motif, l'annulation de l'ordonnance attaquée ».

Secteur économique concerné

CE, 24 nov. 2010, n° 335703, Cne Ramatuelle

« Les publications faites, ainsi qu'il a été dit, dans le quotidien " Var Matin " et dans la revue spécialisée " l'Hôtellerie " étaient suffisantes pour permettre à une personne intéressée par une délégation de service public de la plage de Pampelonne et raisonnablement vigilante de présenter sa candidature ».

CE, 19 oct. 2004, n° 266975, Cne Auxerre c/ SAUR France

« Le Moniteur du bâtiment et des travaux publics, publication qui traite notamment des travaux publics dont les collectivités territoriales assurent la maîtrise d'ouvrage, constitue une publication spécialisée correspondant au secteur économique de la délégation de service public concernée, au sens des dispositions de l'article R. 1411-1 du code général des collectivités territoriales ».

CAA Nantes, 18 juin 2004, n° 03NT01143 et n° 03NT01238, Cne Carnac

« La commune de Carnac a fait procéder à cette insertion dans la revue Le Moniteur des travaux Publics; qu'en égard tant à son contenu éditorial qu'à sa diffusion et aux lecteurs auxquels elle s'adresse, celle-ci peut être regardée comme propre à assurer une information des professionnels susceptibles d'être intéressés par l'opération, équivalente à celle qui pourrait être réalisée par l'intermédiaire d'une éventuelle publication exclusivement consacrée au secteur dont s'agit, et, par suite, comme une revue dans laquelle une insertion est suffisante pour permettre, dans les circonstances susrappelées, que soient respectées les obligations de publicité préalable à l'attribution d'un contrat de délégation de service public ayant l'objet du contrat litigieux ».

CAA Lyon, 19 avr. 2001, n° 97LY00357, Cne Sainte-Foy-lès-Lyon

« Pour satisfaire à l'obligation d'insertion dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné, la COMMUNE DE SAINTE-FOY-LES-LYON a fait appel à la revue "Le Moniteur des Travaux Publics"; que, comme l'indique elle-même la commune, cette revue est spécialisée en matière de travaux publics; que si la mise en place par un concessionnaire d'un réseau câblé de télévision comporte des travaux publics, son exploitation requiert des compétences différentes de celles qui sont exigées des entreprises dites de travaux publics; qu'ainsi et, quand bien même cette revue publierait de nombreux articles sur les réseaux câblés, elle ne saurait être regardée comme spécialisée dans le secteur économique concerné, au sens des dispositions précitées; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier et qu'il n'est d'ailleurs pas allégué qu'aucune revue spécialisée dans le secteur des réseaux câblés n'était à même de recevoir l'insertion prévue par les dispositions précitées; que l'absence d'insertion dans une telle revue présente le caractère d'un vice substantiel qui entache la régularité de la procédure ».

Article R3122-3

L'autorité concédante peut faire paraître, en sus de l'avis de concession mentionné à l'article R. 3122-2, un avis de publicité complémentaire sur un autre support que celui choisi à titre

obligatoire.

Cet avis complémentaire peut, le cas échéant, ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de concession publié à titre obligatoire, à condition qu'il indique expressément les références de ce dernier.

TA de Toulon, 22 mars 2023, n° 2300556

« ...Les moyens de communication utilisés ne peuvent avoir pour effet de restreindre l'accès des opérateurs économiques à la procédure de passation du contrat de concession. Les transmissions, les échanges et le stockage d'informations sont effectués de manière à assurer l'intégrité des données et la confidentialité des candidatures et des offres [...] ».

Sous-section 3 - Modalités de publication des avis de concession

Article R3122-4

Les avis destinés à être publiés au Journal officiel de l'Union européenne sont transmis par voie électronique à l'Office des publications de l'Union européenne qui se charge de leur publication au Journal officiel de l'Union européenne.

Article R3122-5

La publication d'un avis de concession sur tout autre support que le Journal officiel de l'Union européenne ne peut intervenir avant sa publication par l'Office des publications de l'Union européenne.

L'autorité concédante peut toutefois procéder à une publication, au niveau national, lorsqu'elle n'a pas été avisée de la publication au Journal officiel de l'Union européenne dans les quarante-huit heures suivant la confirmation de la réception de l'avis par l'Office des publications de l'Union européenne.

L'avis de concession publié au niveau national ne peut fournir plus de renseignements que ceux qui sont contenus dans l'avis adressé à l'Office des publications de l'Union européenne et fait mention de la date d'envoi de l'avis à l'Office des publications de l'Union européenne.

CJUE, 24 octobre 2019, Affaire C-515-18, Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna - Italia) – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/Regione autonoma della Sardegna

« L'article 7, paragraphes 2 et 4, du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 23 octobre 2007, relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, doit être interprété en ce sens que les autorités nationales compétentes qui ont l'intention d'attribuer directement un contrat de service public de transport de voyageurs par chemin de fer ne sont pas tenues, d'une part, de publier ou de communiquer aux opérateurs économiques éventuellement intéressés toutes les informations nécessaires afin qu'ils soient en mesure d'élaborer une offre suffisamment détaillée et susceptible de faire l'objet d'une évaluation comparative et, d'autre part, d'effectuer une telle évaluation comparative de toutes les offres éventuellement reçues à la suite de la publication de ces informations ».

Article R3122-6

L'autorité concédante doit être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi des avis de concession.

Section 2 - Communications et échanges d'informations

Sous-section 1 - Consignation des étapes de la procédure

Article L3122-2

L'autorité concédante consigne, par tout moyen approprié, les étapes de la procédure de passation des contrats de concession.

TA de Strasbourg, 30 septembre 2022, n° 2205442 Sté Engie Energie Services

« ... La documentation relative aux **étapes de la procédure de passation** doit permettre de garantir la transparence et le respect des principes d'égalité entre les candidats. L'autorité concédante, en ne consignant pas précisément les échanges et décisions intervenues lors de la phase de négociation, a manqué à ses obligations, entraînant une irrégularité de la procédure de passation ».

Article R3122-7

Les documents de la consultation sont constitués de l'ensemble des documents fournis par l'autorité concédante ou auxquels elle se réfère, pour définir l'objet, les spécifications techniques et fonctionnelles, les conditions de passation et d'exécution du contrat de concession, ainsi que le délai de remise des candidatures ou des offres et, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'usager. Ils comprennent notamment l'avis de concession, le cahier des charges de la concession et, le cas échéant, l'invitation à présenter une offre.

CAA Bordeaux, 1er juill. 2013, n° 12BX00425, Cie des Eaux de Royan

« Le dossier de consultation comportait des informations suffisantes, notamment sur le coût de la masse salariale du personnel à reprendre, pour permettre aux deux autres candidats d'élaborer une offre ne reposant pas sur la sous-estimation des coûts de main-d'œuvre ».

CAA Paris, 13 juin 2006, n° 03PA03602, Cne Asnières-sur-Seine

« Il résulte de l'instruction et notamment de l'avis public d'appel à la concurrence que si la délégation de service public de l'ensemble des parkings décidée par la COMMUNE D'ASNIERES-SUR-SEINE devait faire l'objet d'un contrat de concession de travaux publics pour la création de trois ouvrages souterrains et d'un contrat d'affermage pour la gestion et l'exploitation des parcs de stationnement existants, en cours d'études ou en cours d'acquisition, il était précisé que cette délégation de service formait « un ensemble » ; que, par ailleurs, il était prévu à l'issue la procédure de passation du marché, de ne recourir qu'à un seul prestataire, titulaire de la convention de concession et du contrat d'affermage ; qu'enfin, selon le tableau de financement des travaux, les travaux de réalisation du parking de l'Hôtel de Ville devaient être payés en partie par les amodiations provenant des autres parcs de stationnement ; que, dans ces conditions, les liens existant entre les deux conventions étaient tels que l'illégalité de la convention de concession a nécessairement affecté la convention d'affermage ».

CE, 9 févr. 2004, n° 259369, Communauté urbaine de Nantes

« Une personne publique ne peut apporter de modifications au dossier de consultation remis aux candidats à un appel d'offres que dans des conditions garantissant l'égalité des candidats et leur permettant de disposer d'un délai suffisant, avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour prendre connaissance de ces modifications et adapter leur offre en conséquence ; que, dès lors, et en l'absence de toute précision dans le règlement de consultation sur le mode de décompte du délai de 15 jours prévu à l'article 3-7, le juge des référés précontractuels a pu, sans commettre d'erreur de droit ni dénaturer les pièces du dossier, estimer que ce délai devait être décompté à partir de la date à laquelle les entreprises candidates ont reçu les modifications en cause et non à partir de la date à laquelle ces modifications ont été décidées ou envoyées par la personne publique ».

CE, 29 avril 2002, n° 216902, Groupement des associations de l'Ouest parisien et autres

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier qu'après avoir décidé, en janvier 1999, d'engager les négociations avec la compagnie financière et industrielle des autoroutes, l'Etat a demandé, à la suite notamment de l'accident survenu au mois de mars 1999 dans le tunnel du Mont-Blanc, à la société avec laquelle il négociait de tenir compte des conclusions de la commission interministérielle chargée d'examiner la sécurité des tunnels routiers et de s'engager à modifier son projet pour procéder à des travaux supplémentaires permettant d'accroître la sécurité des usagers dans les deux tunnels que doit comprendre la section d'autoroute faisant l'objet du contrat de concession ; que le montant des travaux supplémentaires s'élève à 58 millions d'euros alors que le montant global des travaux de construction de l'ouvrage public est supérieur à 1,3 milliards d'euros ; que la compagnie financière et industrielle

des autoroutes restant seule en lice à ce stade de la procédure, cette modification de l'objet du contrat, qui était justifiée par l'intérêt du service et d'une portée limitée, n'a pas présenté un caractère discriminatoire ; que, dès lors, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que les services de l'Etat auraient méconnu les obligations de publicité et de mise en concurrence ».

CE, 13 mars 1998, n° 165238, Sté de transport Galiero

« Il ressort des pièces du dossier et notamment d'une lettre de la commune de Salon-de-Provence du 15 juin 1992 que, malgré des demandes renouvelées, la société "TRANSPORTS GALIERO" n'a pu avoir communication des informations qu'elle sollicitait sur le **kilométrage du réseau et sur la masse salariale des personnels à reprendre** en application des dispositions du code du travail ; qu'ainsi tous les candidats n'ont pas été mis à même de prendre connaissance des éléments essentiels de la convention leur permettant d'apprécier les charges du cocontractant et d'élaborer une offre satisfaisante ; que, par suite, dans les circonstances de l'espèce, la société "TRANSPORTS GALIERO" est fondée à soutenir que le principe d'égalité entre les candidats a été méconnu ».

Article R3122-8

Toute modification des documents de la consultation est communiquée à l'ensemble des opérateurs économiques, aux candidats admis à présenter une offre ou à tous les soumissionnaires, dans des conditions garantissant leur égalité et leur permettant de disposer d'un délai suffisant pour remettre leurs candidatures ou leurs offres.

CE, 29 juill. 1998, n° 188686, Éd. Dalloz-Sirey

« Le ministre de la justice a pu légalement apporter à la consultation engagée sur le fondement de ces dispositions des adaptations correspondant à des éléments d'information complémentaires apparues nécessaires en cours de procédure qui ont été portés à la connaissance des candidats ; qu'en estimant que ces modifications n'avaient pas pour but d'avantager un candidat, le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Paris n'a pas entaché son ordonnance d'une erreur de droit ».

Article R3122-9

Les documents de la consultation sont mis à disposition, par voie électronique, sur un profil d'acheteur défini à l'article R. 3122-10, à compter de la date de publication d'un avis de concession ou de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre. Le texte de l'avis de concession ou de l'invitation précise l'adresse internet à laquelle il peut être pris connaissance des documents de la consultation.

Article R3122-10

Le profil d'acheteur est la plate-forme de dématérialisation permettant notamment aux autorités concédantes de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires. Un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code détermine les fonctionnalités et les exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur.

Article R3122-11

Par dérogation à l'article R. 3122-9, lorsque, dans des circonstances dûment justifiées, pour des raisons de sécurité exceptionnelle, des raisons techniques ou en raison du caractère particulièrement sensible d'informations commerciales nécessitant un niveau de protection très élevé, l'autorité concédante est dans l'impossibilité d'offrir un accès dématérialisé à certains documents de la consultation, elle indique, dans l'avis de concession ou l'invitation à présenter une offre, que ces documents seront transmis par des moyens autres qu'électroniques. Le délai de réception des offres tient compte de cette impossibilité.

Article R3122-12

L'autorité concédante communique, au plus tard six jours avant la date limite fixée pour la réception des candidatures ou des offres, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sollicités en temps utile par les candidats ou soumissionnaires.

Sous-section 2 - Confidentialité**Article L3122-3**

L'autorité concédante ne peut communiquer les informations confidentielles qu'elle détient dans le cadre d'un contrat de concession, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation de la valeur globale ou détaillée des offres.

Toutefois, l'autorité concédante peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées.

L'autorité concédante peut imposer aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'elle communique dans le cadre de la procédure de passation du contrat de concession.

Article R3122-13

Les moyens de communication utilisés ne peuvent avoir pour effet de restreindre l'accès des opérateurs économiques à la procédure de passation du contrat de concession.

Les transmissions, les échanges et le stockage d'informations sont effectués de manière à assurer l'intégrité des données et la confidentialité des candidatures et des offres et à garantir que l'autorité concédante ne prend connaissance du contenu des candidatures et des offres qu'à l'expiration du délai prévu pour leur présentation.

Article R3122-14

A l'exception des cas prévus aux articles R. 3122-4 et R. 3122-9, l'autorité concédante choisit le ou les moyens de communication avec les opérateurs économiques. Ce choix est indiqué dans l'avis de concession ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation.

CE, 3 juin 2022, n° 461899, Syndicat mixte départemental Atlantique'Eau

« ... Selon l'article R. 3122-14 du Code de la commande publique : 'À l'exception des cas prévus aux articles R. 3122-4 et R. 3122-9, l'autorité concédante choisit le ou les moyens de communication avec les opérateurs économiques. Ce choix est indiqué dans l'avis de concession ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation.' Dans cette affaire, l'autorité concédante a mentionné deux liens hypertextes comme moyens d'accès au réseau informatique permettant le dépôt des candidatures. Bien qu'un des deux liens ait été défectueux, l'autre fonctionnait correctement, permettant ainsi à d'autres candidats de soumettre leurs dossiers en temps utile ».

Article R3122-15

Lorsque l'autorité concédante utilise des moyens électroniques, elle assure la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire, selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code.

Article R3122-16

Les dispositifs et les systèmes utilisés pour communiquer par voie électronique, ainsi que

leurs caractéristiques techniques, doivent être compatibles avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées.

Les frais d'accès au réseau sont à la charge de chaque candidat ou soumissionnaire.

Article R3122-17

Les candidats ou soumissionnaires peuvent adresser à l'autorité concédante une copie de sauvegarde des documents transmis par voie électronique dans des conditions fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code. Cette copie ne peut être prise en considération que si elle est parvenue à l'autorité concédante dans le délai prescrit pour le dépôt, selon le cas, des candidatures ou des offres.

Article R3122-18

L'autorité concédante peut exiger que les candidats et soumissionnaires joignent une traduction en français aux documents qu'ils ont remis rédigés dans une autre langue.

Sous-section 3 - Mise à disposition des documents de la consultation**Article L3122-4**

L'autorité concédante offre, par voie électronique, un accès gratuit, libre, direct et complet aux documents de la consultation, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

Sous-section 4 - Moyens de communication et échanges d'informations**Article L3122-5**

Les communications et les échanges d'informations effectués pour la procédure de passation d'un contrat de concession peuvent être réalisés par voie électronique, selon des modalités et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

Chapitre III - Phase de candidature**Section 1 - Motifs d'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession****Fiche DAJ, Modalités de mise en concurrence des contrats de concession****Article R3123-1**

L'autorité concédante vérifie les conditions de participation relatives aux capacités et aux aptitudes des candidats nécessaires à la bonne exécution du contrat de concession.

Article R3123-2

L'autorité concédante ne peut exiger des candidats que des renseignements et documents à caractère non discriminatoire et proportionnés à l'objet du contrat de concession ainsi que des renseignements et documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager.

Elle peut notamment exiger que les personnes morales indiquent, dans leur candidature, les noms et les qualifications professionnelles des personnes qui seront chargées de l'exécution du contrat de concession.

Article R3123-3

L'autorité concédante peut exiger, si l'objet ou les conditions du contrat le justifient, des renseignements relatifs à l'habilitation préalable des candidats, en application des articles R. 2311-1 et suivants du code de la défense. Elle peut accorder à ceux qui ne sont pas habilités au moment du dépôt de leur candidature un délai supplémentaire pour obtenir cette

habilitation. Elle indique ce délai dans l'avis de concession ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation.

Article R3123-4

Lorsque l'autorité concédante décide d'exiger des candidats des niveaux minimaux de capacité, ceux-ci doivent être liés et proportionnés à l'objet du contrat de concession.

Article R3123-5

Les renseignements, documents et les niveaux minimaux de capacité demandés au titre de la présente sous-section sont précisés par l'autorité concédante dans l'avis de concession ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation.

Sous-section 1 - Exclusions de plein droit

Article L3123-1

Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts, et pour les contrats de concession qui ne sont pas des contrats de concession de défense ou de sécurité aux articles 225-4-1 et 225-4-7 du code pénal, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

La condamnation définitive pour l'une de ces infractions ou pour recel d'une de ces infractions d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale entraîne l'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions.

L'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession au titre du présent article s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation.

Cette exclusion n'est pas applicable en cas d'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du même code ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 dudit code ou des articles 702-1 ou 703 du code de procédure pénale.

CAA de Nantes, 17 Novembre 2023, n° 22NT03825, SELARL Pharmacie de l'Université

« En troisième lieu, il ne résulte pas de l'instruction que le CCAS de Saint-Brieuc aurait méconnu les articles L. 3123-1 et suivants du code de la commande publique relatifs aux conditions de participation des candidats à la procédure de passation, notamment leur capacité et aptitude à candidater. La requérante ne justifie au demeurant pas avoir été lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine à cette occasion.

11. En quatrième lieu, il résulte des termes du rapport d'analyse des offres que les trois candidates ont obtenu la note maximale au titre du critère prix en proposant toutes de ne facturer aucun prix au CCAS de Saint-Brieuc et de se rémunérer exclusivement grâce aux versements faits par les résidents ou l'assurance-maladie. Ce critère n'a ni pour objet ni pour effet de désavantager la candidature de la Pharmacie de l'Université par rapport aux autres candidatures. En outre, la Pharmacie de l'Université ne justifie pas ni même n'allègue que son offre présentait des conditions financières de nature à lui donner l'avantage sur les autres candidats. Dans ces conditions, elle ne justifie pas de l'irrégularité de ce critère. »

CAA de NANTES, 19 mai 2021, n° 20NT01141, Société Vert Marine

« L'article III. 1 de l'avis d'appel public à la concurrence définissait les conditions de participation et précisait que les candidats devaient produire " III. 1. 1) Habilitation à exercer l'activité professionnelle, y compris exigences relatives à l'inscription au registre du commerce ou de la profession (...) ».

Contrairement à ce que soutient la société appelante, une telle mention n'exigeait pas des candidats qu'ils justifient obligatoirement d'une inscription au registre du commerce et des sociétés mais uniquement qu'ils justifient de leur habilitation à exercer l'activité professionnelle concernée, l'inscription au registre du commerce et des sociétés étant l'une des modalités de cette justification ».

CE, 12 octobre 2020, n° 419146. Sté Vert Marine

« Il résulte de l'interprétation ainsi donnée par la Cour de justice de l'Union européenne que, pour ne pas méconnaître les objectifs de la directive du 26 février 2014, **le droit français doit prévoir la possibilité pour un opérateur économique, lorsqu'il est condamné par un jugement définitif prononcé par une juridiction judiciaire pour une des infractions pénales énumérées à l'article 39 de l'ordonnance du 29 janvier 2016**, repris à l'article L. 3123-1 du code de la commande publique, **et que, pour cette raison, il se trouve en principe exclu des procédures d'attribution des contrats de concession pour une durée de cinq ans, d'apporter la preuve qu'il a pris des mesures correctrices susceptibles de démontrer le rétablissement de sa fiabilité**. Toutefois, la faculté de faire preuve de sa fiabilité ne saurait être ouverte lorsque l'opérateur a été expressément exclu par un jugement définitif de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession, pendant la période fixée par ce jugement. (...) »

La présente décision a nécessairement pour conséquence que, dans l'attente de l'édition de dispositions législatives et réglementaires nécessaires au plein respect des exigences découlant du droit de l'Union européenne, **l'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession prévue à l'article L. 3123-1 du code de la commande publique n'est pas applicable à la personne qui, après avoir été mise à même de présenter ses observations, établit dans un délai raisonnable et par tout moyen auprès de l'autorité concédante, qu'elle a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements correspondant aux infractions mentionnées au même article pour lesquelles elle a été définitivement condamnée et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du contrat de concession n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement ».**

CJUE, 11 juin 2020 - n° C-472/19. Sté Vert Marine

« L'article 38, paragraphe 9, de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession, doit être interprété en ce sens qu'il **s'oppose à une réglementation nationale qui n'accorde pas à un opérateur économique condamné de manière définitive pour l'une des infractions visées à l'article 38, paragraphe 4, de cette directive et faisant l'objet, pour cette raison, d'une interdiction de plein droit de participer aux procédures de passation de contrats de concession la possibilité d'apporter la preuve qu'il a pris des mesures correctrices susceptibles de démontrer le rétablissement de sa fiabilité**.

L'article 38, paragraphes 9 et 10, de la directive 2014/23 doit être interprété en ce sens qu'il **ne s'oppose pas à ce que l'examen du caractère approprié des mesures correctrices prises par un opérateur économique soit confié aux autorités judiciaires**, à condition que le régime national mis en place à cet effet respecte l'ensemble des exigences posées à l'article 38, paragraphe 9, de cette directive et que la procédure applicable soit compatible avec les délais imposés par la procédure de passation des contrats de concession.

Par ailleurs, l'article 38, paragraphe 9, de la directive 2014/23 doit être interprété en ce sens qu'il **ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui permet aux autorités judiciaires de relever une personne d'une interdiction de plein droit de participer aux procédures de passation de contrats de concession à la suite d'une condamnation pénale, d'effacer une telle interdiction ou d'exclure toute mention de la condamnation dans le casier judiciaire**, à condition que de telles procédures judiciaires répondent effectivement aux conditions posées et à l'objectif poursuivi par ce régime et, en particulier, permettent, dès lors qu'un opérateur économique souhaite participer à une procédure de passation de contrats de concession, de lever, en temps utile, l'interdiction le frappant, au regard du seul caractère approprié des mesures correctrices invoquées par cet opérateur et évaluées par l'autorité judiciaire compétente conformément aux exigences prévues à cette disposition, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier ».

Article L3123-2

Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles. La liste de ces impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales est fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie qui figure en annexe au présent code.

Cette exclusion n'est pas applicable aux personnes qui, avant la date à laquelle l'autorité concédante se prononce sur la recevabilité de leur candidature, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, acquitté lesdits impôts, taxes, contributions et cotisations, ou constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement, ou, à défaut, conclu et respectent un accord contraignant avec les organismes chargés du recouvrement en vue de payer les impôts, taxes, contributions ou cotisations, ainsi que les éventuels intérêts échus, pénalités ou amendes.

Article L3123-3

Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes :

1° Soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce ou faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger ;

2° Qui font l'objet, à la date à laquelle l'autorité concédante se prononce sur la recevabilité de leur candidature, d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer en application des articles L. 653-1 à L. 653-8 du code de commerce, ou d'une mesure équivalente prévue par un droit étranger ;

3° Admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger, qui ne bénéficient pas d'un plan de redressement ou qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la période prévisible d'exécution du contrat de concession.

Article L3123-4

Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes qui :

1° Ont été sanctionnées pour méconnaissance des obligations prévues aux articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2 du code du travail ou qui ont été condamnées au titre de l'article L. 1146-1 du même code ou de l'article 225-1 du code pénal ;

2° Au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la procédure de passation du contrat de concession, n'ont pas mis en œuvre l'obligation de négociation prévue au 2° de l'article L. 2242-1 du code du travail.

Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés publics a été prononcée pour une durée différente fixée par une décision de justice définitive, l'exclusion prévue au présent article s'applique pour une durée de trois ans à compter de la date de la décision ou du jugement ayant constaté la commission de l'infraction.

Cette exclusion n'est pas applicable en cas d'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du code pénal ou d'un relèvement de peine en application de l'article 132-21 du code pénal ou des articles 702-1 ou 703 du code de procédure pénale.

TA de Pau, 21 mars 2022, n° 2200424, Société Chalair Aviation

« Il résulte de l'instruction que, par jugement du 13 septembre 2021, le **tribunal correctionnel** de Bordeaux a condamné la société Volotea à une peine d'amende de 200 000 € pour méconnaissance de ses obligations prévues par les articles L. 8221-3 et L. 8221-5 du code du travail du fait de travail dissimulé, faute d'avoir procédé en France, pour certains de ses pilotes, aux déclarations devant être faites aux organismes de protection sociale, ainsi qu'à verser à différentes personnes qui se sont constituées parties civiles des sommes à titre de dommages-intérêts. Si la société Volotea a **interjeté appel** de ce jugement le 17 septembre 2021, il résulte des dispositions précitées de l'article 38 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 et de l'article L. 3123-4 du code de la commande publique qu'un jugement sanctionnant la méconnaissance des obligations rappelées précédemment implique **l'exclusion de la personne condamnée de la procédure de**

passation des contrats de concession pour une durée de trois ans à compter de la date de ce jugement, et que seule la durée de cette exclusion, lorsqu'une peine relative à cet objet a été prononcée pour une durée différente de celle de trois ans, doit être fixée par une décision de justice définitive. **Dans ces conditions, outre le fait que le jugement du 13 septembre 2021 ne prévoit pas que la société Volotea est exclue de la procédure de passation des contrats de concession, cette dernière n'est pas fondée à soutenir que l'appel qu'elle a formé contre cette décision de justice a pour conséquence de suspendre les effets qui s'y attachent ».**

Article L3123-5

Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative prise en application de l'article L. 8272-4 du code du travail.

Article L3123-6

L'autorité concédante peut, à titre exceptionnel, autoriser un opérateur économique qui serait dans un cas d'exclusion prévu aux sous-sections 1 et 3 de la présente section, à participer à la procédure de passation d'un contrat de concession, à condition que cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, que le contrat de concession en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique et qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des contrats de concession.

Article L3123-6-1

La personne qui se trouve dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux articles L. 3123-1, L. 3123-4 et L. 3123-5 peut fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité, notamment en établissant qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation du préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, qu'elle a clarifié totalement les faits ou les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières de l'infraction pénale ou de la faute.

Si l'autorité concédante estime que ces preuves sont suffisantes, la personne concernée n'est pas exclue de la procédure de passation du contrat de concession.

Une personne qui fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics au titre des articles 131-34 ou 131-39 du code pénal ne peut se prévaloir des deux premiers alinéas du présent article pendant la période d'exclusion fixée par la décision de justice définitive.

Sous-section 2 - Exclusions à l'appréciation de l'autorité concédante

Article L3123-7

L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les **personnes** qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une **résiliation** ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles **lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur**.

Personnes

CJUE, 30 janvier 2020, C-395/18, Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA c/ Consip SpA, Ministero dell'Economia e delle Finanze

« L'article 57, paragraphe 4, sous a), de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, **ne s'oppose pas à une réglementation nationale en vertu de laquelle le pouvoir adjudicateur a la faculté, voire l'obligation, d'exclure l'opérateur économique ayant soumis l'offre de la participation à la procédure de passation de marché lorsque le motif d'exclusion visé à cette**

disposition est constaté à l'égard de l'un des sous-traitants mentionnés dans l'offre de cet opérateur. En revanche, cette disposition, lue en combinaison avec l'article 57, paragraphe 6, de cette directive, ainsi que le principe de proportionnalité s'opposent à une réglementation nationale prévoyant le caractère automatique d'une telle exclusion. »

Résiliation lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieure

Fiche DAJ, « La résiliation unilatérale par l'administration des marchés publics et des contrats de concession »

«**Les hypothèses** dans lesquelles la personne publique peut prononcer la résiliation à titre de sanction ainsi que la procédure à suivre, **sont précisées par les cahiers des clauses administratives générales.** En l'absence de clause prévue à cet effet, **seule une faute d'une gravité suffisante est de nature à justifier la résiliation d'un marché public aux torts du titulaire** (CE, 26 février 2014, Société environnement service, n° 365546). Il existe deux types de résiliation pour faute : la résiliation simple et la résiliation aux frais et risques ».

CJUE, 3 octobre 2019, C-267/18, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA c/ Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA

« L'article 57, paragraphe 4, sous g), de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doit être interprété en ce sens que **la sous-traitance, par un opérateur économique, d'une partie des travaux dans le cadre d'un marché public antérieur, décidée sans le consentement du pouvoir adjudicateur et qui a donné lieu à la résiliation de ce marché, constitue une défaillance importante ou persistante constatée lors de l'exécution d'une obligation essentielle afférente audit marché, au sens de ladite disposition, et est donc de nature à justifier l'exclusion de cet opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché ultérieure** si, après avoir procédé à sa propre évaluation de l'intégrité et de la fiabilité de l'opérateur économique visé par la résiliation du marché public antérieur, le pouvoir adjudicateur qui organise cette procédure de passation de marché ultérieure estime qu'une telle sous-traitance entraîne la rupture du lien de confiance avec l'opérateur économique en cause. Avant de prononcer une telle exclusion, **le pouvoir adjudicateur doit toutefois, conformément à l'article 57, paragraphe 6, de cette directive, lu en combinaison avec le considérant 102 de ladite directive, laisser la possibilité à cet opérateur économique de présenter les mesures correctives** qu'il a adoptées à la suite de la résiliation du marché public antérieur. »

CJUE, 20 novembre 2019, C-552/18, Indaco Service Soc. coop. sociale c/ Ufficio Territoriale del Governo Taranto

« **L'article 57, paragraphe 4, sous c) et g), de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale en vertu de laquelle** l'introduction d'un recours juridictionnel contre une décision de résilier un contrat de marché public prise par un pouvoir adjudicateur en raison d'une « faute professionnelle grave », **survenue lors de l'exécution de ce contrat**, empêche le pouvoir adjudicateur qui lance un nouvel appel d'offres d'exclure un opérateur, au stade de la sélection des soumissionnaires, sur la base d'une appréciation de la fiabilité de cet opérateur. »

Article L3123-7-1

L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui, soumises à l'article L. 225-102-1 du code de commerce en vertu du nombre de salariés qu'elles emploient, ne sont pas en mesure de présenter un plan de vigilance dûment réalisé pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis de concession ou d'engagement de la consultation.

Article L3123-7-2

L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes soumises à l'article L. 229-25 du code de l'environnement qui ne satisfont pas à leur

obligation d'établir un bilan de leurs émissions de gaz à effet de serre, pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou d'engagement de la consultation.

Article L3123-8

L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui ont entrepris d'influer indûment le processus décisionnel de l'autorité concédante ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du contrat de concession, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.

CE, 2 février 2024, n°489820, Société Suez Eau France

« Pour juger que la société Veolia ne pouvait être regardée comme ayant entrepris d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu dans le cadre de la procédure de passation en litige, le juge des référés a relevé que des fichiers concernant l'offre de la société Suez Eau France et identifiables comme tels avaient été mis à la disposition de la société Veolia en raison d'un **dysfonctionnement informatique majeur dû à une erreur de programmation de la plateforme utilisée par le pouvoir adjudicateur** et que, **si cette dernière société les avait téléchargés, en avait pris connaissance et les avait dupliqués et avait tardé plusieurs jours avant d'informer le pouvoir adjudicateur de cet incident**, elle l'en avait averti avant la poursuite de la procédure de négociation et le dépôt de son offre finale, de sorte **qu'elle devait être regardée comme ayant nécessairement renoncé à tirer parti de ces éléments dans le cadre de la procédure**. En déduisant de ces faits, sur lesquels il a porté une **appréciation souveraine exempte de dénaturation**, que le SEDIF n'était pas tenu d'exclure la société Veolia de la procédure de passation en litige sur le fondement de l'article L. 3123-8 du code de la commande publique, le juge des référés n'a pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ni commis d'erreur de droit ».

CE, 24 mars 2022, n°457733, Société EPI

« Les articles L. 3123-8 et L. 3123-11 du code de la commande publique (CCP) permettent à l'autorité concédante d'exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant, dans le cadre de la procédure de passation en cause ou dans le cadre d'autres procédures récentes de commande publique, entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée à cette fin, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats...Le choix par un opérateur économique d'une dénomination sociale ne saurait, au seul motif que celle-ci est susceptible d'induire un risque de confusion avec une autre société également candidate à l'attribution d'une concession, justifier son exclusion sur le fondement de l'article L. 3123-8 du CPP ».

Article L3123-9

L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes à l'égard desquelles elle dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence.

Article L3123-10

L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de **conflit d'intérêts**, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens.

Constitue une telle situation toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du contrat de concession ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de

passation du contrat de concession.

TA Montpellier, 11 Octobre 2024, n° 2405430

« 4. Au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le **principe d'impartialité**. Ce principe implique l'**absence de situation de conflit d'intérêts au cours de la procédure de sélection du titulaire du contrat**. L'existence d'une situation de conflit d'intérêts au cours de la procédure d'attribution du contrat est constitutive d'un **manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence**. »

Conflit d'intérêts

TA Toulon, 26 octobre 2023, n° 2303203, Chambre de commerce et d'industrie du Var et ste NGE

« D'une part, il résulte de l'instruction que les partenariats entre le Groupe Eiffage et la société Créocéan, bien que répétés, sont très modérés, qu'ils n'ont jamais duré dans le temps et sont restés très ponctuels, qu'ils constituent un pourcentage très résiduel du chiffre d'affaires de la société Créocéan, laquelle ne dispose d'aucun intérêt particulier avec les sociétés du Groupement Eiffage - Sodéports et se sont tous achevés avant le lancement de la procédure d'attribution litigieuse. Le seul partenariat cité par la requérante qui est actuel, est celui constitué entre la société Créocéan, la société Eiffage Travaux Maritimes et Fluviaux et la société SCE dans le cadre de la concession relative à la Marina Baie des Anges à Villeneuve-Loubet. Toutefois, **bien que ce lien soit actuel, il n'en demeure pas moins que l'intensité de la relation d'affaires est très relative et ne saurait constituer un quelconque intérêt de la société Créocéan au sein des sociétés du Groupement Eiffage - Sodéports**, dès lors que ce contrat conclu en décembre 2020 pour une durée de 4 ans, a été conclu pour un montant total d'environ 500.000 euros, soit, ramené à l'année, environ 125.000 euros pour l'ensemble des 3 membres du groupement, autrement dit, un pourcentage de moins de 1,54% - étant précisé que la part de la société Créocéan est nécessairement encore inférieure - sur la moyenne du chiffre d'affaires de la société Créocéan des années 2020 et 2021. Ainsi, **l'intensité des relations commerciales entre l'un des AMO techniques de TPM et le groupement attributaire n'est pas constituée, dès lors que la société Créocéan ne dispose d'aucun intérêt direct auprès dudit groupement**.

D'autre part, le secteur d'études et conseils en matière d'aménagement et de génie portuaire est particulièrement étroit, rendant inévitable une collaboration, à un moment où un autre, entre les acteurs du secteur, a fortiori pour des entreprises telles que celles constituant le Groupement EIFFAGE - SODEPORTS intervenant en matière de génie civil portuaire, littoral et fluvial, et nécessitant des expertises d'études relevant de la compétence de la société Créocéan. Ainsi, il n'existe que peu de références d'entreprises pertinentes dans le domaine d'intervention de la société Créocéan, illustrant, s'il en était besoin, le caractère très restreint et spécialisé du secteur, rendant inévitable le croisement et les liens commerciaux entre ses différents acteurs, ne constituant donc pas nécessairement une impartialité du seul fait d'une collaboration ponctuelle entre lesdits acteurs ».

TA Montpellier, 29 juin 2023, n° 2206742, M. E F et Mme B D

« Il est constant que M. A C a travaillé, au cours de l'année 2019, en qualité d'employé polyvalent pour une entreprise de plomberie dont le gérant est le président de la communauté de communes Pyrénées Catalanes et qu'il exerce, depuis 2021, les fonctions d'employé polyvalent auprès de la mairie de la commune de Formiguères, qui est incluse dans la communauté de communes en litige. **Si ces deux élus, également membres de la commission chargée de l'analyse des candidatures et des offres, ont entretenu des relations professionnelles avec M. A C, cette circonstance ne permet pas de conclure qu'ils auraient eu un intérêt personnel et privé dans la sélection de l'attributaire de la présente convention de délégation de service public**. Par ailleurs, **alors que ces élus connaissent également les requérants, qui étaient les précédents attributaires de la délégation en litige, il n'est pas établi qu'ils auraient méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats**. Notamment, la seule circonstance qu'un document électronique interne identifie M. A C par son prénom ne permet pas de conclure à l'existence d'une proximité avec ce candidat en l'absence de précision quant à son auteur et aux modalités de son élaboration. Enfin, s'il est soutenu

qu'une visite sur site a été annulée faute de disponibilité de M. A C, cette circonstance, à la supposer avérée, ne permet pas de conclure à l'absence d'impartialité envers les candidats alors au demeurant que seuls deux candidatures ont été présentées et que les requérants, titulaires actuels de la délégation, avaient connaissance du site. **Dans ces conditions, la délibération du 24 octobre 2022 n'a pas méconnu les dispositions de l'article L. 2131-11 du code général des collectivités territoriales et le contrat n'a pas été conclu en méconnaissance des dispositions de l'article L. 3123-10 du code de la commande publique** ».

CE, 28 février 2023, n° 467455, Ste Sofratel

« Il résulte de ce qui a été dit au point 4 qu'en faisant participer la société AV Protec à l'analyse et l'évaluation des offres dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux, la commune de Caudry a méconnu le principe d'impartialité et, partant, ses obligations de publicité et de mise en concurrence. En revanche, il ne résulte de l'instruction aucune circonstance de nature à faire naître un doute sur le fait que cette société aurait élaboré le règlement de la consultation et les pièces du marché de façon à favoriser l'offre qui indiquerait utiliser le logiciel commercialisé par la société avec laquelle elle partage des intérêts. Par suite, **il y a lieu, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la demande, d'annuler la procédure de passation contestée au stade de l'analyse des offres, et d'enjoindre à la commune de Caudry, si elle entend conclure le marché en litige, de la reprendre à ce stade, sans qu'y participe la société AV Protec** ».

CE, 18 décembre 2019, n° 432590, Port autonome de la Nouvelle Calédonie

« En premier lieu, ainsi qu'il a été dit au point 5, la circonstance que la SODEMO soit une société d'économie mixte locale dont le PANC est actionnaire ne fait pas par elle-même obstacle à ce qu'une délégation de service public lui soit attribuée. Le fait que certains membres du conseil d'administration du PANC soient également administrateurs de la SODEMO n'a, en l'espèce, pas conduit à une situation de conflit d'intérêts, dès lors qu'il résulte de l'instruction que, lors de la réunion du 10 avril 2019 au cours de laquelle le conseil d'administration du PANC a approuvé l'attribution de la délégation de service public litigieuse à la SODEMO, les deux membres du conseil également administrateurs de la SODEMO n'ont participé ni aux débats ni aux votes sur ce point ».

CE, 14 octobre 2015, n° 390968, Région Nord-Pas-de-Calais

« Considérant qu'au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'en l'espèce, il résulte de l'instruction que, d'une part, M.A..., chargé par la région d'une mission d'assistance à la maîtrise d'ouvrage pour le marché litigieux, a non seulement contribué à la rédaction du cahier des clauses techniques particulières mais aussi à l'analyse des offres des candidats aux côtés des services de la région et qu'il a ainsi été susceptible d'influencer l'issue de la procédure litigieuse ; que, d'autre part, M. A...a exercé des responsabilités importantes au sein de la SA Applicam, en qualité de directeur qualité puis de directeur des opérations et des projets, et qu'ayant occupé ces fonctions du mois de décembre 2001 au mois d'avril 2013, il n'avait donc quitté l'entreprise que moins de deux ans avant le lancement de la procédure litigieuse ; que **s'il ne résulte pas de l'instruction que l'intéressé détiendrait encore des intérêts au sein de l'entreprise, le caractère encore très récent de leur collaboration, à un haut niveau de responsabilité, pouvait légitimement faire naître un doute sur la persistance de tels intérêts et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par la région Nord-Pas-de-Calais** ; qu'il était au demeurant loisible à la région, qui avait connaissance de la qualité d'ancien salarié de la SA Applicam de M.A..., de mettre en œuvre, une fois connue la candidature de cette société, toute mesure en vue de lever ce doute légitime, par exemple en l'écartant de la procédure d'analyse des offres ; que, dans ces conditions, la région Nord-Pas-de-Calais a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que, par suite, il y a lieu, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la demande, d'annuler la procédure contestée ».

Article L3123-11

L'autorité concédante qui envisage d'exclure un opérateur économique en application de la présente

sous-section doit le mettre à même de présenter ses observations, d'établir dans un délai raisonnable et par tout moyen qu'il a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements précédemment énoncés et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du contrat de concession n'est pas susceptible de porter **atteinte à l'égalité de traitement**.

La personne établit notamment qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation des manquements précédemment énoncés, qu'elle a clarifié totalement les faits et les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir toute nouvelle situation mentionnée aux articles L. 3123-7 à L. 3123-10. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières attachées à ces situations.

Si l'autorité concédante estime que ces preuves sont suffisantes, la personne concernée n'est pas exclue de la procédure de passation du contrat de concession.

Atteinte à l'égalité de traitement des candidats

CE, 24 mars 2022, n° 457733 et n°457735, Société EPI et a.

« Les dispositions citées au point précédent permettent à l'autorité concédante d'exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession une personne qui peut être regardée, au vu d'éléments précis et circonstanciés, comme ayant, dans le cadre de la procédure de passation en cause ou dans le cadre d'autres procédures récentes de commande publique, **entrepris d'influencer la prise de décision de l'acheteur et qui n'a pas établi, en réponse à la demande que l'acheteur lui a adressée à cette fin, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être mis en cause et que sa participation à la procédure n'est pas de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats**.

5. Le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a estimé, par l'ordonnance attaquée, que la dénomination sociale de la société EPI, attributaire pressentie du contrat de sous-concession en litige, **crée un " grave risque de confusion "** avec la société détenant l'hôtel du même nom, actionnaire unique de la société EPI plage de Pampelonne, également candidate, eu égard à la **forte notoriété** de cet établissement, d'ailleurs titulaire de la marque " EPI Plage ". Il en a déduit que l'autorité concédante aurait dû exclure la société EPI de la procédure de passation ou, à tout le moins, solliciter ses observations sur le fondement de l'article L. 3123-11 du code de la commande publique. En statuant ainsi, alors que **le choix par un opérateur économique d'une dénomination sociale ne saurait, au seul motif que celle-ci est susceptible d'induire un risque de confusion avec une autre société également candidate à l'attribution de la sous-concession en litige, justifier son exclusion sur le fondement des dispositions de l'article L. 3123-8 du code de la commande publique, le juge des référés a commis une erreur de droit ».**

CJUE, 1er août 2022, n° C-322/20, Roma Multiservizi et Rekeep

« L'article 38 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2017/2366 de la Commission du 18 décembre 2017, doit être interprété en ce sens qu'un **pouvoir adjudicateur peut exclure un opérateur économique de la procédure** visant, d'une part, à constituer une société à capital mixte et, d'autre part, à attribuer à cette société une concession de services **lorsque cette exclusion est justifiée par le fait que, en raison de la participation indirecte de ce pouvoir adjudicateur dans le capital de cet opérateur économique, la participation maximale dudit pouvoir adjudicateur dans le capital de cette société, telle qu'elle a été fixée par les documents de l'appel d'offres, serait, dans les faits, dépassée si ce même pouvoir adjudicateur choisissait ledit opérateur économique comme son associé, pour autant qu'un tel dépassement aboutit à augmenter l'aléa économique supporté par le même pouvoir adjudicateur ».**

Sous-section 3 - Exclusions de plein droit propres aux contrats de concession de défense ou de sécurité

Article L3123-12

Les motifs d'exclusion de plein droit prévus à la fois par la sous-section 1 de la présente section et la présente sous-section s'appliquent à la passation des contrats de concession de défense ou de sécurité.

La personne qui se trouve dans l'un des cas d'exclusion mentionnés au premier alinéa du présent article, à l'exception de ceux mentionnés aux articles L. 3123-2 et L. 3123-3, peut fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité, notamment en établissant qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation du préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, qu'elle a clarifié totalement les faits ou les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir toute nouvelle situation mentionnée au premier alinéa du présent article. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières attachées à ces situations.

Si l'autorité concédante estime que ces preuves sont suffisantes, la personne concernée n'est pas exclue de la procédure de passation du contrat de concession.

Une personne qui fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics au titre des articles 131-34 ou 131-39 du code pénal ne peut se prévaloir des deuxième et troisième alinéas du présent article pendant la période d'exclusion fixée par la décision de justice définitive.

Article L3123-13

Sont exclus des contrats de concession de défense ou de sécurité :

1° Les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 226-13, 222-52 à 222-59 ou 413-10 à 413-12 du code pénal, aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4, L. 2339 11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense ou à l'article L. 317 8 du code de la sécurité intérieure. L'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la décision du juge ;

2° Les personnes qui, par une décision de justice définitive, ont vu leur responsabilité civile engagée depuis moins de cinq ans pour méconnaissance de leurs engagements en matière de sécurité d'approvisionnement ou en matière de sécurité de l'information, à moins qu'elles aient entièrement exécuté les décisions de justice éventuellement prononcées à leur encontre et qu'elles établissent, par tout moyen, que leur intégrité professionnelle ne peut plus être remise en cause ;

3° Les personnes au sujet desquelles il est établi, par tout moyen et, le cas échéant, par des sources de données protégées, qu'elles ne possèdent pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'Etat.

Article L3123-14

Les dispositions de l'article L. 3123-6 sont applicables à la passation des contrats de concession de défense ou de sécurité.

Article R3123-6

Pour les contrats de concession de défense ou de sécurité, l'autorité concédante indique dans l'avis de concession si la procédure de passation est ouverte aux opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen.

Article R3123-7

Lorsque l'autorité concédante décide d'ouvrir la procédure de passation aux opérateurs économiques des pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen, elle indique, dans l'avis de concession, les critères d'accessibilité sur le fondement desquels l'autorisation de participer à la procédure peut être accordée.

Ces critères sont établis notamment au regard des impératifs de sécurité d'information et d'approvisionnement, de la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'Etat, de l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense européenne, des objectifs de développement durable, de l'obtention d'avantages mutuels et des exigences de

réciprocité.

Article R3123-8

Lorsque l'autorité concédante décide d'autoriser les opérateurs économiques de pays tiers à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen à participer à la procédure de passation de la concession, le candidat n'ayant pas la qualité d'opérateur économique européen produit à l'appui de sa candidature tous documents, renseignements ou justificatifs permettant d'évaluer s'il répond aux critères d'accessibilité à la procédure indiqués dans l'avis de concession.

Sous-section 4 - Changement de situation des opérateurs économiques au regard des motifs d'exclusion

Article L3123-15

Lorsqu'un opérateur économique est, au cours de la procédure de passation d'un contrat de concession, placé dans l'une des situations mentionnées aux sous-sections 1 à 3 de la présente section, il informe sans délai l'autorité concédante de ce changement de situation.

Dans cette hypothèse, l'autorité concédante exclut le candidat de la procédure de passation du contrat de concession pour ce motif.

CE, 2 février 2024, n°489820, Société Suez Eau France

« Pour juger que la société Veolia ne pouvait être regardée comme ayant entrepris d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu dans le cadre de la procédure de passation en litige, le juge des référés a relevé que des fichiers concernant l'offre de la société Suez Eau France et identifiables comme tels avaient été mis à la disposition de la société Veolia en raison d'un **dysfonctionnement informatique majeur dû à une erreur de programmation de la plateforme utilisée par le pouvoir adjudicateur** et que, **si cette dernière société les avait téléchargés, en avait pris connaissance et les avait dupliqués et avait tardé plusieurs jours avant d'informer le pouvoir adjudicateur de cet incident**, elle l'en avait averti avant la poursuite de la procédure de négociation et le dépôt de son offre finale, de sorte **qu'elle devait être regardée comme ayant nécessairement renoncé à tirer parti de ces éléments dans le cadre de la procédure**. En déduisant de ces faits, sur lesquels il a porté une **appréciation souveraine exempte de dénaturation**, que le SEDIF n'était pas tenu d'exclure la société Veolia de la procédure de passation en litige sur le fondement de l'article L. 3123-8 du code de la commande publique, le juge des référés n'a pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ni commis d'erreur de droit ».

Sous-section 5 - Groupements d'opérateurs économiques et travaux ou services confiés à des tiers

Article L3123-16

Lorsque le motif d'exclusion de la procédure de passation concerne un membre d'un groupement d'opérateurs économiques, l'autorité concédante exige son remplacement par un autre opérateur économique qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande, sous peine d'exclusion du groupement de la procédure.

Article L3123-17

Les personnes à l'encontre desquelles il existe un motif d'exclusion ne peuvent se voir confier une partie des travaux ou services d'un contrat de concession.

Lorsqu'une personne à l'encontre de laquelle il existe un motif d'exclusion est présentée au stade de la procédure de passation du contrat de concession, l'autorité concédante exige son remplacement par un autre opérateur économique qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion, dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le candidat ou le soumissionnaire, sous peine d'exclusion de la procédure.

Article R3123-9

Peuvent se porter candidats des **groupements d'opérateurs économiques**.

Groupements d'opérateurs économiques

Réponse ministérielle n°340, JO Sénat du 25 octobre 2012

« Les articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales (CGCT), relatifs à la délégation de service public, n'interdisent pas qu'un groupement d'opérateurs économiques puisse se porter candidat à l'attribution d'un contrat de délégation de service public et ce, d'autant moins que cette possibilité offre aux entreprises, qui n'auraient pas la capacité de soumissionner seules à l'attribution de la délégation de service public, d'accéder à la commande publique. En outre, le recours au groupement de candidatures peut favoriser l'exercice de la concurrence, car il constitue un facteur d'accroissement du nombre d'offres. Les entreprises, qui souhaitent candidater à l'obtention de la délégation de service public sous la forme d'un groupement d'opérateurs économiques doivent, chacune pour ce qui la concerne, remplir et signer la lettre de candidature. Les autres pièces demandées par l'autorité délégante sont fournies par chaque membre du groupement. Il est loisible aux entreprises ayant décidé de constituer un groupement de candidatures de choisir l'un des prestataires du groupement, désigné dans l'offre comme mandataire, pour les représenter vis-à-vis de l'autorité délégante ainsi que pour coordonner les prestations exécutées par les membres du groupement. S'il a été habilité par ses cotraitants pour ce faire par la voie d'un mandat présenté à part, le mandataire peut signer la convention de délégation de service public au nom de l'ensemble des entreprises groupées. Dans le cas contraire, il appartient à chacune d'elles de signer le contrat. **Selon le droit de la concurrence, le groupement d'entreprises ne doit pas porter atteinte aux règles de transparence et de libre concurrence. Ainsi, il ne doit pas aboutir à une entente illicite, prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce. Cette exigence interdit aux entreprises concernées de présenter des offres à plusieurs titres en agissant à la fois en qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ».**

CE, 13 juillet 2012, n° 358512, Commune d'Aix-en-Provence

« Considérant que la circonstance que des candidats doivent s'associer par la constitution d'un groupement ou prévoir de recourir à un sous-traitant pour présenter leur candidature à une délégation de service public ne peut constituer en soi une atteinte aux principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ; que, par suite, en jugeant que la commune d'Aix-en-Provence avait méconnu ses obligations de mise en concurrence en imposant aux sociétés commerciales de s'associer, par la voie d'un groupement ou d'un contrat de sous-traitance, avec une fondation ou une association habilitée à gérer la partie refuge de l'activité déléguée, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a commis une erreur de droit ».

Article R3123-10

L'autorité concédante ne peut exiger que le groupement d'opérateurs économiques ait une forme juridique déterminée lors de la présentation d'une candidature ou d'une offre.

Toutefois, l'autorité concédante ne peut exiger que les groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme juridique déterminée après l'attribution du contrat de concession que lorsque cela est nécessaire à sa bonne exécution. Dans ce cas, l'autorité concédante précise la forme qui sera imposée après attribution dans les documents de la consultation.

Sous-section 6 - Réduction du nombre de candidats

Article R3123-11

L'autorité concédante peut limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre. Dans ce cas, elle fixe, dans les documents de la consultation, un nombre minimum de candidats

admis à présenter une offre et, le cas échéant, un nombre maximum. Le nombre de candidats admis à présenter une offre doit garantir une concurrence effective.

Article R3123-12

L'autorité concédante procède à la sélection des candidats en appliquant des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du contrat de concession relatifs à leurs capacités et à leurs aptitudes. Ces critères sont mentionnés dans les documents de la consultation.

Article R3123-13

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum indiqué dans les documents de la consultation, l'autorité concédante peut continuer la procédure avec le ou les seuls candidats sélectionnés.

Section 2 - Conditions de participation

Article L3123-18

L'autorité concédante ne peut imposer aux candidats des conditions de participation à la procédure de passation autres que celles propres à garantir qu'ils disposent de **l'aptitude à exercer l'activité professionnelle**, de la **capacité économique et financière** ou des **capacités techniques et professionnelles** nécessaires à l'exécution du contrat de concession.

Lorsque la gestion d'un service public est concédée, ces conditions de participation peuvent notamment porter sur **l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public**.

Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution.

Aptitude à exercer l'activité professionnelle

CJUE, 10 novembre 2022, n° C-486/21, Sharengo

« L'article 38, paragraphe 1, de la directive 2014/23, telle que modifiée par le règlement délégué 2019/1827, lu en combinaison avec l'annexe V, point 7, sous b), et le considérant 4 de cette directive ainsi qu'avec l'article 4 et l'annexe XXI, point III.1.1, du règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission, du 11 novembre 2015, établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011, doit être interprété en ce sens que : **un pouvoir adjudicateur peut exiger, au titre des critères de sélection et d'évaluation qualitative des candidats, que les opérateurs économiques soient inscrits au registre du commerce ou au registre de la profession, pour autant qu'un opérateur économique puisse se prévaloir de son inscription au registre similaire dans l'État membre dans lequel il est établi** ».

CE, 6 octobre 2004, n° 263083, Ste La communication hospitalière

« Considérant, toutefois que, **pour apprécier si la candidature de la SOCIETE LA COMMUNICATION HOSPITALIERE devait être regardée comme remplissant ce critère, le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Paris s'est fondé sur des appréciations négatives portées par une autre société candidate sur la manière dont la SOCIETE LA COMMUNICATION HOSPITALIERE se serait acquittée de ses obligations dans l'exécution d'une précédente délégation de service public dont elle était titulaire ; qu'en se fondant ainsi sur les seuls manquements allégués de la SOCIETE LA COMMUNICATION HOSPITALIERE dans l'exécution d'une précédente délégation de service public pour estimer que cette entreprise ne justifiait pas des références en milieu hospitalier exigées par les avis d'appel à candidatures, sans rechercher si d'autres éléments du dossier de candidature de cette société permettaient à celle-ci de justifier de telles références, le juge des référés précontractuels** du tribunal administratif de

Paris **a entaché son ordonnance d'une erreur de droit** ; que, par suite, l'ASSISTANCE PUBLIQUE-HOPITAUX DE PARIS et la SOCIETE LA COMMUNICATION HOSPITALIERE sont fondées à en demander l'annulation ».

Capacité économique et financière

Ordonnance n° 2020-738 du 17 juin 2020 portant diverses mesures en matière de commande publique

Art. 3 : « Lorsque la capacité économique et financière des opérateurs économiques nécessaire à l'exécution du marché ou du contrat de concession est appréciée au regard du chiffre d'affaires, l'acheteur ou l'autorité concédante ne tient pas 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. »

TA Caen, 8 août 2023, n° 2301913, Ste Engie Solutions Energie Services

« Il ressort du dossier de candidature de la société Coriance, pièce soustraite au contradictoire en application de l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative, que ce candidat, d'une part, a transmis à l'autorité concédante l'ensemble des pièces exigées pour apprécier sa capacité économique et financière ainsi que ses capacités professionnelles et, d'autre part, ne s'est pas prévalu de capacités d'autres opérateurs économiques auxquels il prévoyait de recourir pour l'exécution du contrat de concession en cause. Enfin, la circonstance que **la société Coriance**, dont il est constant qu'elle n'était pas placée en redressement judiciaire, **n'a pas indiqué, dans son dossier de candidature, que son actionnariat était susceptible d'évoluer en cours de procédure ne saurait être regardée comme une rétention d'informations de nature à avoir faussé, en l'espèce, l'appréciation de l'autorité concédante des garanties financières de la société Coriance, aucune disposition législative ou réglementaire ne faisant par ailleurs obstacle à ce qu'une société en vente se porte candidate à l'attribution d'un contrat de concession de service public**.

En outre, il ne résulte pas de l'instruction que la société Coriance, dont le chiffre d'affaires pour les années 2019, 2020 et 2021 s'élève, ainsi que cela ressort de son dossier de candidature, à, respectivement, 75 661 895 euros, 66 382 629 euros et 68 907 181 euros, ne disposerait manifestement pas des capacités suffisantes pour exécuter le contrat de concession en cause, dont le montant prévisionnel est estimé, sur une période de vingt-cinq ans, à 750 000 000 euros. Enfin, **la circonstance que la société requérante aurait un chiffre d'affaires annuel largement supérieur à celui de la société Coriance est sans incidence sur l'appréciation portée par la communauté urbaine sur les capacités de la société Coriance à exécuter le contrat de concession** ».

CAA Bordeaux, 20 décembre 2018, n° 16BX00794, Société Edeis

« **Si la commission de délégation de service public a relevé, lors de l'examen des candidatures, que " la trésorerie fonctionnelle de la SNIE était très faible " et que " la surface financière apparaît limitée pour prendre en charge les prestations du port de Mayotte et l'ensemble de ces terminaux "**, elle a pu estimer, compte tenu de la complexité des montages financiers induits par une délégation de service public et eu égard au niveau de ses fonds propres satisfaisants, **que la société pouvait être admise à présenter une offre**. En outre, la société requérante ne démontre pas plus en appel qu'elle ne le faisait en première instance, que les niveaux de trésorerie et les indicateurs de rentabilité de la SNIE s'opposaient à ce que cette dernière soit admise à déposer une offre. Par ailleurs, en précisant que certains indicateurs économiques portés à l'appui de la candidature de la SNIE appelaient une vigilance particulière sur le montage juridico-financier proposé dans le cadre de la procédure, la commission n'a pas invité le candidat retenu à une quelconque régularisation de sa candidature. Par suite, le moyen tiré de l'absence de capacité économique et financière de la SNIE doit être écarté. »

CJUE, 8 sept. 2016, C-225/15, Domenico Politano

« L'article 49 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une disposition nationale, telle que celle en cause au principal, qui impose aux opérateurs désireux de répondre à un appel d'offres visant à l'octroi de concessions en matière de jeux et de paris l'obligation d'apporter la preuve

de leur capacité économique et financière au moyen de déclarations délivrées par au moins deux établissements bancaires, sans permettre que cette capacité puisse également être autrement établie, dès lors qu'une telle disposition est susceptible de satisfaire aux conditions de proportionnalité établies par la jurisprudence de la Cour, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier ».

CE, 14 déc. 2009, n° 325830, Cne La Roche-sur-Yon

« Il résulte de cette disposition que si l'autorité délégitante peut exiger, au stade de l'admission des candidatures, la détention par les candidats de documents comptables et de références de nature à attester de leurs capacités, cette exigence, lorsqu'elle a pour effet de restreindre l'accès du marché à des entreprises de création récente ou n'ayant réalisé jusqu'alors que des prestations d'une ampleur moindre, doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet de la délégation et la nature des prestations à réaliser ; que dans le cas contraire, l'autorité délégitante doit permettre aux candidats de justifier de leurs capacités financières et professionnelles et de leur aptitude à assurer la continuité du service public par tout autre moyen ; qu'il appartient au juge administratif, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1, de vérifier la légalité des motifs de l'exclusion d'un candidat d'une procédure de délégation de service public, notamment au regard des principes ainsi définis ».

CAA Douai, 11 mai 2006, n° 05DA00105, Sté d'exploitation de marchés communaux

« Il résulte de l'instruction que, pour refuser d'admettre la société SEMACO à présenter une offre pour l'attribution de la délégation de la gestion des marchés publics d'approvisionnement de la commune de Chantilly, celle-ci s'est fondée sur la situation des comptes présentés par l'entreprise, et notamment sur le montant de ses dettes et a précisé devant les premiers juges que le taux d'endettement important de cette dernière, représentant plus de 40% de son chiffre d'affaires au 31 décembre 1999 fragilisait l'aptitude du délégant à pouvoir assurer la continuité du service ; que si ces motifs étaient de ceux pouvant être légalement invoqués par la collectivité délégataire pour justifier la décision attaquée, il résulte de l'instruction, et notamment des pièces comptables produites en appel, que la santé financière de la société SEMACO était satisfaisante, et notamment, qu'elle présentait depuis plusieurs exercices des résultats bénéficiaires, qu'elle dégageait un cash flow important lui permettant de faire face au remboursement de ses emprunts et que le montant de ceux-ci était régulièrement en diminution ; qu'ainsi **la commission, qui disposait, au moment où elle a pris la décision attaquée, des bilans de la société sur plusieurs années, a commis, en se fondant sur le seul montant d'endettement de la société pour estimer qu'elle ne présentait pas les garanties financières suffisantes pour lui permettre de conduire dans de bonnes conditions le contrat de six années faisant l'objet de la consultation, une erreur manifeste d'appréciation** ».

CAA Nantes, 22 déc. 1999, n° 95NT00738, District urbain de l'agglomération nantaise

« Le district urbain de l'agglomération nantaise fait valoir sans autres précisions que l'importance du chiffre d'affaires exigé des entreprises, est justifié par "un contexte économique particulièrement difficile, où le nombre des liquidations judiciaires d'entreprises dans le domaine des travaux publics ne cesse d'augmenter", il n'apporte aucun élément propre à l'espèce de nature à justifier que le règlement de l'appel d'offres ait exigé **que le chiffre d'affaires annuel des entreprises soit d'au moins 300 millions de francs pour des travaux d'un coût total d'environ 60 millions de francs à réaliser sur 20 mois** ».

Capacités techniques et professionnelles

CAA PARIS, 15 décembre 2023, n°22PA03812, Société Espace Valeurs

« Il résulte de l'instruction que pour apprécier l'expérience et la qualification des effectifs affectés aux prestations concernées, **la commission d'appel d'offres s'est bornée à prendre en compte l'ancienneté des effectifs au sein de leur société. Toutefois, la seule ancienneté des employés ne permet d'apprécier ni leur expérience, laquelle peut avoir été acquise au sein d'autres sociétés, ni leurs qualifications.** Si l'OPT NC fait valoir que seule l'ancienneté de ses effectifs avait été mentionnée par la société Espace Valeurs dans son offre, cette circonstance, à la supposer établie, serait sans incidence dès lors que la commission d'appel d'offres s'est exclusivement fondée sur l'ancienneté des salariés, tant pour apprécier l'offre de la société Espace Valeurs que pour apprécier

l'offre de la société Vigifonds. La société Espace Valeurs ayant obtenu la note de 10/20 pour ce sous-critère et la société Vigifonds 20/20, cette irrégularité dans les modalités d'application de ce sous-critère a été de nature à la léser.

[...] D'une part, la société Espace Valeurs soutient que la présence d'un centre-fort en province Nord est susceptible de renforcer la sécurité des prestations réalisées au titre du lot n° 2 en permettant que, compte tenu des distances à parcourir, les fonds ne soient pas maintenus dans les véhicules une nuit au moins, mais soient stockés dans un centre-fort. L'OPT NC et la société Vigifonds n'apportent aucun élément de nature à contredire ces allégations, alors que le gain en matière de sécurité faisait partie des éléments devant être pris en compte pour apprécier la valeur de l'offre. **Dans ces conditions, la société Espace Valeurs est fondée à soutenir que c'est à tort que la commission d'appel d'offres a apprécié indifféremment les moyens techniques des sociétés pour les trois lots**, alors que les moyens techniques mis en œuvre pour satisfaire aux prestations n'étaient pas les mêmes selon les lots ».

CAA Bordeaux, 3 mars 2009, n° 07BX02078, X. et a.

« Considérant, en quatrième lieu, que la circonstance que la commission de délégation de service public ait retenu l'offre de la société Agur, dont les références n'atteignaient pas le seuil susmentionné de 20 000 abonnés, ne saurait à elle seule constituer une méconnaissance des modalités de présentation des offres définies par le SIEP, dès lors qu'un tel critère n'était que l'un des éléments d'information à produire par les candidats et qu'au regard des autres critères, il ne ressort pas des pièces du dossier que ce serait à tort que la commission n'a pas écarté l'offre de ladite société ».

CAA Lyon, 10 mai 2001, n° 00LY00675, Ville Lyon

« Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 qu'il appartient à la collectivité publique intéressée de procéder à l'examen pour chaque candidat des garanties et aptitudes prévues par ces dispositions et d'inscrire sur la liste des candidats admis à présenter une offre tous ceux qui ont satisfait à cet examen ; que si la collectivité a, à cette fin, la possibilité d'inviter, dans l'avis d'appel public à la concurrence, les candidats à faire état de références, elle ne peut, sans erreur de droit, limiter son examen à celui de références dans l'exercice d'une activité définie sans permettre à des candidats de démontrer par d'autres références ou par d'autres moyens leur aptitude à recevoir la délégation de service public ».

CE, 14 déc. 2009, n° 325830, Cne La Roche-sur-Yon

« Considérant dès lors que le juge des référés, qui n'a pas dénaturé les pièces du dossier, a pu sans erreur de droit et sans entacher son raisonnement d'une contradiction de motifs, annuler la décision de la commission de délégation de service public au motif que dans les circonstances de l'espèce, elle ne pouvait légalement rejeter la candidature de la société AGUR en se fondant exclusivement sur **son absence d'expérience dans la gestion d'un service équivalent, tant en capacité de production qu'en nombre d'abonnés, faute d'avoir justifié que cette exigence était rendue nécessaire par l'objet de la délégation et la nature des prestations à réaliser** ».

Aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public

TA Nice, 7 septembre 2023, n° 2304119, Ste l'Hélios

« La candidature de la société requérante n'a pas été retenue, au motif, qu'à l'examen de ses garanties professionnelles, financières et son aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public, **celles-ci ne sont pas apparues suffisantes à la commission de délégation de service public pour l'exploitation de la plage des Sablettes à Menton.** Est joint à ce courrier du 28 juin 2023 portant décision de rejet de la candidature, un tableau récapitulatif des insuffisances du dossier de candidature. En conséquence, l'offre n'a pas été examinée ».

Article L3123-19

Après examen des capacités et aptitudes des candidats, l'autorité concédante élimine les candidatures

incomplètes ou irrecevables et dresse la liste des candidats admis à participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession.

Suite de la procédure de passation du contrat de concession

CE, 21 Octobre 2024, n° 491665, Commune de Hyères

« Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Toulon a relevé, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, d'une part, qu'aucun document n'établissait que Mme A..., présentée dans le dossier de candidature de la future société Les Voiles d'Or comme l'une de ses deux fondateurs, n'aurait pris un engagement ferme fixant le montant de son éventuelle participation au capital de cette société et, d'autre part, que, contrairement à ce qu'exigeait l'article 6.2 du règlement de la consultation, Mme A... n'avait pas signé le dossier de candidature. En déduisant de ces constatations que **la candidature de cette société ne satisfaisait pas à toutes les exigences du règlement de la consultation et aurait dû, à ce titre, être écartée par la commune**, le juge des référés, dont l'ordonnance est suffisamment motivée sur ce point, n'a ni commis d'erreur de droit, ni inexactement qualifié les faits de l'espèce. »

10. En second lieu, le choix d'une offre présentée par un candidat irrégulièrement retenu était susceptible d'avoir lésé la société SMDR, quel qu'ait été son propre rang de classement à l'issue du jugement des offres. Par conséquent, **le motif par lequel le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a jugé que la candidature de la société Les Voiles d'Or aurait dû être écartée par l'autorité concédante comme incomplète justifiait nécessairement, à lui seul, l'annulation de la procédure de passation litigieuse**. Il s'ensuit que les motifs de son ordonnance relatifs à l'appréciation par l'autorité concédante des capacités de cette société et de celles d'une autre candidate sont surabondants et que les moyens du pourvoi dirigés contre eux doivent être écartés comme inopérants. »

TA Rouen, 28 janvier 2021, n° 2100012, Sté Gimarco

« Eu égard aux manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence commis par l'autorité concédante, il y a lieu, en principe, d'annuler la procédure de passation au stade de l'analyse des candidatures. Toutefois, la société requérante a cité, dans ses écritures contentieuses, des extraits de documents confidentiels révélant l'appréciation portée par le Grand port maritime du Havre sur l'offre de la société attributaire. **Dans ces conditions, la divulgation par le candidat évincé d'informations se rapportant à offre de l'attributaire est de nature à nuire à la concurrence entre les opérateurs et, dans les circonstances de l'espèce, à porter irrémédiablement atteinte à l'égalité entre les candidats, dans le cadre de la procédure en cours comme dans le cadre d'une nouvelle procédure si la procédure de passation devait, à brève échéance, être reprise depuis son début. Il y a lieu, par suite, de faire droit aux conclusions présentées par la société Gimarco tendant à l'annulation de la procédure de passation du contrat de concession litigieux** ».

Article L3123-20

Est irrecevable une candidature présentée par un candidat qui ne peut participer à la procédure de passation en application des articles L. 3123-1 à L. 3123-14, L. 3123-16 et L. 3123-17 ou qui ne possède pas les capacités ou les aptitudes exigées en application de la présente section.

Article L3123-21

Pour la passation d'un contrat de concession de défense ou de sécurité, l'autorité concédante peut écarter un opérateur économique qui ne dispose pas des capacités techniques. Ces capacités sont appréciées au regard, notamment, de l'implantation hors du territoire de l'Union européenne de l'outillage, du matériel, de l'équipement technique, du personnel, du savoir-faire et des sources d'approvisionnement dont il dispose pour exécuter la concession, faire face à d'éventuelles augmentations des besoins par suite d'une crise ou pour assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des prestations faisant l'objet de la concession.

Sous-section 1 - Délai de réception des candidatures

Article R3123-14

L'autorité concédante fixe le délai de réception des candidatures en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire.

Le délai minimum de réception des candidatures, accompagnées le cas échéant des offres, est de :

1° Trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de concession ;

2° Vingt-cinq jours lorsque l'autorité concédante accepte que les candidatures lui soient transmises par voie électronique.

Article R3123-15

Lorsque les candidatures ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du contrat ou après consultation sur place de documents complémentaires, le délai de réception des candidatures est fixé de manière à permettre aux opérateurs économiques concernés de prendre connaissance des informations nécessaires au dépôt de leur candidature.

CE, 24 octobre 2008, n°300034, Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de Mayotte

« Considérant que l'organisation, par l'autorité délégante, d'une **visite unique des sites objet de la délégation de service public soumise à la concurrence**, à laquelle participe l'ancien bénéficiaire de la délégation, **n'est pas en elle-même constitutive d'un manquement au principe d'égalité entre les candidats** ; que la société Véolia Eau ne démontre pas en quoi, en l'espèce, **l'organisation d'une telle visite aurait donné lieu à un tel manquement** ; qu'il y a lieu dès lors d'écarter le moyen ».

Sous-section 2 - Eléments à produire par le candidat

Article R3123-16

Le candidat produit, à l'appui de sa candidature, une déclaration sur l'honneur attestant :

1° Qu'il ne fait l'objet d'aucune exclusion de la participation à la procédure de passation des contrats de concession prévue aux articles L. 3123-1 à L. 3123-14 ;

2° Que les renseignements et documents relatifs à ses capacités et à ses aptitudes, exigés en application des articles L. 3123-18, L. 3123-19 et L. 3123-21 et dans les conditions fixées aux articles R. 3123-1 à R. 3123-8, sont exacts.

Renseignements et documents relatifs aux capacités et aux aptitudes du candidat

CE, 9 Juin 2020, n° 436922, Métropole de Nice Côte d'Azur

« D'une part, aux termes de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, dans sa version alors applicable : " 1.- Une commission ouvre les plis contenant les candidatures ou les offres et dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public ". Il résulte de cette disposition que **si l'autorité délégante peut exiger des candidats des documents comptables et des références de nature à attester leurs capacités, cette exigence, lorsqu'elle a pour effet de restreindre l'accès au contrat pour des entreprises de création récente ou n'ayant réalisé jusqu'alors que des prestations d'une ampleur moindre, doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet de la délégation et la nature des prestations à réaliser**. Dans le cas contraire, **l'autorité délégante doit permettre aux candidats de justifier de leurs capacités financières et professionnelles et de leur aptitude à assurer la continuité du service public par tout autre moyen**. Il appartient au juge administratif, saisi sur le fondement de l'article L. 551 1 du code de justice administrative, de vérifier la légalité des

motifs de l'exclusion d'un candidat d'une procédure de passation d'une délégation de service public, notamment au regard des principes ainsi définis ».

Article R3123-17

Le candidat produit, au plus tard avant l'attribution du contrat, tout document attestant qu'il ne fait l'objet d'aucune exclusion de la participation à la procédure de passation des contrats de concession prévue aux articles L. 3123-1 à L. 3123-14.

Article R3123-18

Pour justifier qu'il a satisfait aux obligations prévues à l'article L. 3123-2, le candidat produit un certificat délivré par les administrations et organismes compétents.

La liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales devant donner lieu à délivrance d'un certificat ainsi que **la liste des administrations et organismes compétents** figurent dans un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code.

Liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales et liste des administrations et Organismes compétents

Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution des contrats de la commande publique

Art 1 : « I. - Les impôts et taxes donnant lieu à la délivrance des certificats prévus aux articles R. 2143-7, R. 2343-9, R. 3123-18 du code de la commande publique susvisé sont :

- 1° L'impôt sur le revenu ;
- 2° L'impôt sur les sociétés ;
- 3° La taxe sur la valeur ajoutée.

II. - Le certificat attestant la souscription des déclarations et les paiements correspondants aux impôts susvisés est délivré par l'administration fiscale dont relève le demandeur. »

Article R3123-19

Si le candidat s'appuie sur les **capacités et aptitudes d'autres opérateurs économiques**, il justifie des capacités et aptitudes de ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera **pendant toute l'exécution du contrat**. Cette preuve peut être apportée par tout moyen approprié.

En ce qui concerne la capacité financière, l'autorité concédante peut exiger que l'opérateur économique et les autres entités en question soient solidairement responsables de l'exécution du contrat de concession.

Capacités et aptitudes d'autres opérateurs économiques

TA Rennes, 4 octobre 2023, n° 2304885, Ste Dépannage Galivel

« La société Dépannage Galivel soutient que la candidature de la société AACE, attributaire, est irrégulière dès lors qu'elle s'est prévaluée, dans le cadre de son offre, des capacités d'autres opérateurs économiques auxquels elle prévoit de recourir pour l'exécution du contrat de concession en cause sans justifier de leurs capacités techniques ni apporter la preuve qu'elle en disposerait pour l'exécution du marché.

Il est constant que la société AACE a transmis à l'autorité concédante l'ensemble des pièces exigées pour apprécier sa capacité économique et financière ainsi que ses capacités professionnelles. Il résulte de l'instruction, et notamment de son mémoire technique, que la société attributaire AACE a prévu d'affecter huit personnes en simultané, à savoir cinq dépanneurs confirmés pouvant être renforcés par le formateur, le salarié transport et M. A, son directeur ainsi que douze véhicules de typologies variées à l'exécution de la concession. Si dans le cadre de son mémoire technique, la société AACE a également indiqué que dans le cadre du GME (groupement momentané d'entreprises) avec les entreprises AACJ et Auto24, la capacité opérationnelle

humaine peut augmenter de huit à vingt-trois intervenants à l'occasion de manifestations d'ampleur et que des renforts à hauteur de vingt dépanneuses au total peuvent être apportés par ces deux sociétés, pour autant, pour regrettable que soit cette formulation inexacte sur l'existence d'un GME, il ne résulte pas de l'instruction que la société AACE ne dispose pas à elle seule, de capacités suffisantes pour exécuter les prestations essentielles du contrat de concession. Le rapport d'analyse des offres indique d'ailleurs, s'agissant de la société dépannage Galivel, que les moyens humains alloués à l'exécution de ce contrat sont variables allant de huit à dix-sept personnes selon les nécessités liées aux événements et que la flotte de douze véhicules de différents types offre la possibilité de prise en charge de tous types de véhicules. Ainsi, les moyens humains et matériels prévus par les deux candidats sont sensiblement identiques. Par suite, et alors que, précédente titulaire, elle n'apporte aucune précision chiffrée sur les capacités professionnelles et techniques qu'elle a été amenée à mettre en œuvre dans le cadre de l'exécution de son contrat ni sur le nombre d'événements exceptionnels qui l'auraient conduite à mobiliser des moyens supplémentaires, la société Dépannage Galivel n'est pas fondée à soutenir que la candidature de la société AACE aurait dû être rejetée, la circonstance qu'elle disposerait d'un nombre d'employés largement supérieur à celui de la société attributaire étant sans incidence sur l'appréciation portée par la commune de Saint-Malo sur les capacités de la société AACE à exécuter le contrat de concession ».

CAA de BORDEAUX, 02 novembre 2021, n°19BX01470, Département Mayotte

« Le département n'a pas commis d'irrégularité en retenant la candidature de la société SNIE alors même que celle-ci n'avait pas encore, à ce stade, justifié de l'engagement définitif d'opérateurs économiques partenaires comme cela était mentionné dans son dossier. Le moyen tiré de ce que l'insuffisance des capacités techniques de la société auraient dû conduire au rejet de sa candidature doit être écarté.

En deuxième lieu, à l'appui de sa candidature, la société SNIE a produit les documents prévus au point III.2.2 de l'avis d'appel public à la concurrence, rappelés à l'article 6.1 du règlement de consultation, pour justifier de ses capacités économiques et financières à assumer la gestion et l'exploitation du service. S'il est vrai que la commission de délégation de service public a relevé, lors de l'examen des candidatures, que " la trésorerie fonctionnelle de la SNIE était très faible " et que " la surface financière apparaît limitée pour prendre en charge les prestations du port de Mayotte et l'ensemble de ces terminaux ", elle a néanmoins pu estimer, compte tenu de la complexité des montages financiers rendus nécessaires par la mise en place de la délégation de service public et eu égard au niveau de ses fonds propres, que la société pouvait être admise à présenter une offre. A cet égard, il ne résulte pas de l'instruction que les niveaux de trésorerie et les indicateurs de rentabilité de la SNIE auraient dû faire obstacle à ce qu'elle soit admise à déposer une offre. Dans ces conditions, le moyen tiré de l'insuffisance des capacités économiques et financières de la société SNIE qui auraient dû conduire au rejet de sa candidature doit être écarté ».

Disposition pendant toute l'exécution du contrat

CAA Bordeaux, 11 octobre 2022, n° 20BX02756, Ste Régal des Iles

« En troisième lieu, la société appelante fait valoir que l'offre de la société D2R était basée sur des moyens matériels et humains non pérennes, à savoir la cuisine centrale et une mutualisation du personnel mis à sa disposition dans le cadre d'une délégation de service public conclue avec la commune de Saint-Benoît, dont la durée ne couvrirait pas celle d'exécution du marché litigieux, conclu pour une période d'un an et reconductible trois fois. Il résulte toutefois de l'instruction que la société D2R avait précisé que, dans l'hypothèse d'un non-renouvellement de cette délégation de service public, elle disposait de la cuisine centrale de Sainte Marie, d'une capacité suffisante pour y redéployer, si nécessaire, l'ensemble des prestations exécutées pour le GHER. Par ailleurs, si un non renouvellement de cette délégation de service public impliquait qu'elle renonce à la solution proposée de mutualisation d'une partie du personnel mis à sa disposition dans le cadre de cette délégation, il ne faisait cependant pas obstacle à ce qu'elle assure alors l'exécution du marché en procédant le cas échéant à une modification des temps de travail ou à un recrutement de personnel ».

Sous-section 3 - Examen des candidatures

Fiche DAJ, L'examen des candidatures

Article R3123-20

Avant de procéder à l'examen des candidatures, l'autorité concédante qui constate que manquent des pièces ou informations dont la production était obligatoire conformément aux dispositions des articles R. 3123-1 à R. 3123-8 et aux articles R. 3123-16 à R. 3123-19 peut demander aux candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié. Elle informe alors les autres candidats de la mise en œuvre de la présente disposition.

Examen des candidatures

TA Montpellier, 12 octobre 2023, n° 2105069, Ste BBCM

« Il résulte des dispositions qui précèdent, qu'en dehors des cas visés à l'article R. 3123-20 du code de la commande publique relatifs à l'incomplétude du dossier, en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires spéciales le prévoyant expressément, et dans le silence du règlement de la consultation, la modification, postérieurement à la date limite de réception des offres, du contenu du dossier des candidats, en l'espèce exclusivement transmis par voie électronique, ne peut être admise par la commission instituée en application de l'article L.1411-5 précité du code général des collectivités territoriales ».

CE, 20 Juillet 2022, n° 458427, Commune de Lavandou

« Le règlement de la consultation prévu par une autorité délégante pour la passation d'une délégation de service public est obligatoire dans toutes ses mentions. L'autorité délégante ne peut, dès lors, attribuer ce contrat à un candidat qui ne respecte pas une des exigences imposées par ce règlement, sauf si cette exigence se révèle manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres ou si la méconnaissance de cette exigence résulte d'une erreur purement matérielle d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue ».

Rép. Min. n° 09536, JO Sénat 23/05/2019, p.2746

« L'article L. 1410-3 du code général des collectivités territoriales (CGCT) dispose que les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics constituent, pour la passation des contrats de concession, une commission dont la composition, les modalités de fonctionnement et les attributions sont définies à l'article L. 1411-5 de ce même code relatif à la commission de délégation de service public. La commission intervient à deux reprises au cours de la passation d'un contrat de concession, d'abord lors de la phase de candidature, ensuite lors de la phase d'offre (avis du Conseil d'État, 15 décembre 2006, Préfet des Alpes-Maritimes, n° 297846). Chacune de ces phases nécessite au moins une réunion de la commission. En premier lieu, au cours de la phase de candidature, la commission se réunit une première fois pour ouvrir les plis contenant les candidatures ou les offres et, conformément aux dispositions de l'article L. 3123-19 du code de la commande publique (CCP), dresser la liste des candidats admis à présenter une offre, après examen de leurs capacités et aptitudes. Lors de cette même phase, si elle constate, à l'issue de l'ouverture des plis, que des dossiers de candidature sont incomplets, la commission peut, en application de l'article R. 3123-20 du CCP, demander aux candidats concernés de les compléter dans un délai approprié. La commission sera alors amenée à se réunir à nouveau, une fois les candidatures complétées, pour sélectionner les candidats admis à présenter une offre. En second lieu, au cours de la phase d'offre, la commission se réunit, après que les offres des candidats sélectionnés ont été remises dans les délais fixés par l'autorité concédante en application de l'article R. 3124-2 du CCP, pour procéder à leur analyse et émettre un avis sur celles-ci. »

Production obligatoire des pièces ou informations

TA Rennes, 23 juin 2023, n° 2302745, Ste Lamotte

« Dans ces circonstances, eu égard à l'ambiguïté des informations contenues et disséminées de manière éparse dans le dossier de candidature en cause, la commune de Saint-Grégoire a pu, sans commettre d'erreur de fait, d'erreur de droit ni d'erreur d'appréciation, et sans davantage dénaturer ses éléments, considérer qu'il était incomplet, en tant qu'il ne comportait pas la lettre de candidature, exigée par le règlement de la consultation et non manifestement inutile à l'appréciation des candidatures, et qu'il ne comportait pas davantage de documents permettant d'identifier, de manière simple, précise et certaine l'identité du candidat à l'attribution de la concession. Reste à cet égard sans incidence la circonstance que la demande de régularisation du dossier ait été adressée à la société Lamotte Constructeur, cette société étant simplement identifiée comme interlocuteur et contact sur le profil d'acheteur.

Il résulte de ce qui précède que la commune de Saint-Grégoire n'a pas commis de manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en rejetant la candidature de la société Lamotte Constructeur pour incomplétude. Les conclusions de la société Lamotte Constructeur tendant à l'annulation de la décision de la commune de Saint-Grégoire du 10 mai 2023 portant rejet de sa candidature et de toutes les décisions prises ultérieurement, et à ce qu'il lui soit enjoint de reprendre la procédure au stade de l'analyse des candidatures ne peuvent qu'être rejetées ».

CE, 28 mars 2022, n° 454341, Commune de Ramatuelle et Ste Tropezina Beach Development

« Saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué, non contestées sur ce point, que la société Tropezina Beach Development a produit une lettre de candidature suivant le formulaire dit " DC1 ", qui n'était que partiellement renseignée et n'était pas signée, alors que le règlement de la consultation établi par la commune de Ramatuelle exigeait des candidats la production d'un imprimé DC1 dûment complété et signé. La cour administrative d'appel de Marseille a estimé que cette irrégularité affectant la candidature aurait dû conduire l'autorité concédante à l'écarter, faute d'avoir invité la société candidate à la régulariser. Elle en a déduit que le vice consistant à avoir retenu l'offre d'une société dont la candidature était irrégulière ne permettait pas la poursuite de l'exécution du contrat et justifiait sa résiliation, dès lors qu'il avait, en tout état de cause, entraîné l'attribution du contrat à un candidat dont l'offre aurait dû être écartée. En statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de vérifier si, dans les circonstances de l'espèce, le vice entachant la validité du contrat résultant de l'irrégularité de la candidature permettait, eu égard à son importance et à ses conséquences, la poursuite de l'exécution du contrat, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit ».

CAA Marseille, 28 juin 2021, n° 20MA04796, Société Sud-Est

« Le règlement de consultation régissant la procédure de passation d'un contrat de commande publique

est obligatoire dans toutes ses mentions. L'administration ne peut, dès lors, attribuer le marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par ce règlement. Il résulte de l'instruction, d'une part, que le **formulaire DC1 produit par la société Tropezina Beach Development dans le cadre de sa soumission n'était que partiellement renseigné et n'était pas signé et, d'autre part, que la commune de Ramatuelle n'a pas invité cette société à régulariser cette candidature**, comme le lui permettaient les dispositions de l'article 22 du décret du 1^{er} février 2016. Il s'ensuit qu'à supposer même que le contenu des autres pièces produites par la société Tropezina Beach Development à l'appui de son offre ait été de nature à pallier les manques entachant le formulaire DC1, **cette offre était irrégulière et devait être d'emblée écartée**, sans que ce vice, qui aurait dû en tout état de cause entraîner l'exclusion de cette offre, puisse être régularisée devant le tribunal administratif de Toulon ».

CE, 22 Mai 2019, n° 426763, Corsica Ferries

« Le règlement de la consultation prévu par une autorité concédante pour la passation d'un contrat de concession est obligatoire dans toutes ses mentions. L'autorité concédante ne peut, dès lors, attribuer ce contrat à un candidat qui ne respecte pas une des exigences imposées par ce règlement, sauf si cette exigence se révèle manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres. Une candidature doit être regardée comme incomplète, au sens de l'article 23 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016, quand bien même elle contiendrait les pièces et informations dont la production est obligatoire en application des articles 19, 20 et 21 du décret, dès lors qu'elle ne respecte pas les exigences fixées par le règlement de la consultation relatives au mode de transmission de ces documents, sous réserve que ces exigences ne soient pas manifestement inutiles...»²) Pour rejeter la demande de la société requérante, le juge des référés a estimé que l'obligation imposée aux candidats par le règlement de la consultation de déposer une version sur support numérique des dossiers de candidature n'était pas une formalité inutile, en raison notamment de ce qu'elle avait pour objet de permettre l'analyse des candidatures déposées dans des délais contraints. Les candidats à l'attribution d'un contrat de concession doivent respecter les exigences imposées par le règlement de la consultation et ne peuvent être exonérés de cette obligation que dans l'hypothèse où l'une de ces exigences serait manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres. Par suite, c'est sans commettre d'erreur de droit que le juge des référés a estimé que l'absence de version sous format dématérialisé du dossier de candidature de la société avait pour effet de rendre cette candidature incomplète au sens de l'article 23 du décret du 1^{er} février 2016, alors même qu'une version sous format papier comportant les pièces et informations demandées avait été également déposée ».

Information des autres candidats

TA Bastia, 14 juin 2019, n° 190063, Préfet de la Corse

« Il résulte de l'instruction, et il n'est pas contesté, que l'autorité concédante n'a pas, en méconnaissance de l'article 23 du décret du 1^{er} février 2016 et du principe d'égalité de traitement, **informé les autres candidats de la demande de régularisation adressée à SFR Collectivités d'avoir à compléter son dossier de candidature en produisant l'attestation exigée par les documents de la consultation de créer une société ad hoc domiciliée en Corse, dédiée à la gestion du service public local délégué. Toutefois**, alors que la candidature de la société SFR Collectivités, qui a produit le document demandé dans le délai imparti, ne pouvait être pour ce motif déclarée irrecevable, et que **les cinq autres candidats ayant déposé un dossier de candidature ont tous été admis à déposer une offre, l'illégalité commise, eu égard à sa nature et à ses conséquences ne présente pas, en l'état de l'instruction, un caractère de gravité suffisant justifiant que soit ordonnée la suspension du contrat de concession en litige** ».

Article R3123-21

Ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession :

1° Les candidats qui produisent une candidature incomplète, le cas échéant après mise en œuvre des dispositions de l'article R. 3123-20, ou contenant de faux renseignements ou

documents ;

2° Les candidats qui produisent une candidature irrecevable.

TA Marseille, 1er juin 2023, n° 2304811, Ste LDS concept

« S'il résulte des dispositions combinées des articles R. 3123-14 et R. 3123-21 du code de la commande publique que les candidatures présentées hors du délai fixé par l'autorité concédante ne peuvent participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession, cette autorité ne saurait toutefois rejeter une candidature remise par voie électronique comme tardive lorsque le candidat, qui n'a pu déposer celle-ci dans le délai sur le réseau informatique mentionné à l'article R. 3122-15 du même code, établi, d'une part, qu'il a accompli en temps utile les diligences normales attendues d'un opérateur économique pour le téléchargement de sa candidature et, d'autre part, que le fonctionnement de son équipement informatique était normal.

Il résulte de l'instruction que, lors du dépôt de son dossier de candidature sur le site internet prévu par le règlement de la consultation, la société LDS concept s'est trouvée dans l'impossibilité de sélectionner les fichiers à télécharger, et s'est vue dans l'obligation de recommencer la procédure de dépôt de son dossier à partir d'un ordinateur différent, le dépôt du dossier n'étant achevé qu'à 16h01, au-delà du délai prévu par le règlement de la consultation. **Alors que les documents de candidatures et l'offre de la société LDS concept étaient achevés longtemps avant la date limite de dépôt des candidatures, selon les déclarations de la société elle-même, celle-ci a pris la décision de déposer son offre le plus tardivement possible et ne s'est connectée au site sur lequel le dossier devait être déposé que " vers 15h20 " selon les termes du constat d'huissier, qu'à 15h27 selon le bordereau de contrôle d'un pli dématérialisé produit par la société requérante. Dans ces conditions elle n'établit pas avoir accompli en temps utiles les diligences normales pour le téléchargement de sa candidature.**

Il résulte de ce qui précède que **c'est à bon droit que la commune d'Arles a rejeté la candidature de la société LDS concept comme tardive**. Par suite la requête de la société LDS concept doit être rejetée ».

CE, 3 juin 2022, n° 461899, Ste Saur

« S'il résulte des dispositions combinées des articles R. 3123-14 et R. 3123 21 du code de la commande publique que les candidatures présentées hors du délai fixé par l'autorité concédante ne peuvent participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession, cette autorité ne saurait toutefois rejeter une candidature remise par voie électronique comme tardive lorsque le candidat, qui n'a pu déposer celle-ci dans le délai sur le réseau informatique mentionné à l'article R. 3122-15 du même code, établi, d'une part, qu'il a accompli en temps utile les diligences normales attendues d'un opérateur économique pour le téléchargement de sa candidature et, d'autre part, que le fonctionnement de son équipement informatique était normal.

Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Nantes que la société Saur a tenté, en vain, de déposer sa candidature, par voie électronique, le 13 janvier 2022 dans la matinée, alors que par application de l'article 6.1 du règlement de la consultation, le délai pour remettre cette candidature expirait à midi ce même jour. Elle n'a finalement remis sa candidature au siège du syndicat mixte Atlantic'Eau qu'à 17h. La société Saur faisait valoir devant le juge des référés que **cet échec était imputable, d'une part, au fait qu'un des deux liens hypertextes mentionnés à l'article 6 du règlement de la consultation, qui permettait accès direct au réseau informatique de l'autorité concédante, était défectueux et, d'autre part, à la circonstance qu'elle avait été contrainte de confier le téléchargement de sa candidature à une salariée peu expérimentée en raison de la dégradation soudaine de l'état de santé de la salariée qui devait initialement accomplir cette tâche. Il résulte toutefois des énonciations de l'ordonnance attaquée, non contestées sur ce point, que si un des deux liens hypertextes ne permettait pas le téléchargement d'une candidature, l'autre lien, également mentionné dans le règlement de la consultation, fonctionnait correctement et avait d'ailleurs permis la remise en temps utile de plusieurs candidatures** ».

TA Rouen, 28 janvier 2021, n° 2100012, Société Lorany Conseils

« La notion de faux renseignements est appréciée d'une manière générale au regard de la candidature. Ainsi, contrairement à ce qui est soutenu, les mentions concernant les capacités d'un opérateur autre que le candidat et sur lesquelles celui-ci s'appuie pour présenter sa candidature, en font partie intégrante et doivent également être appréciées par le pouvoir adjudicateur. Dans ces conditions, en retenant la candidature de la société Lorany conseils, alors que cette **candidature était basée sur de faux renseignements**, le pouvoir adjudicateur a **porté atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures**.

Le choix de l'offre d'un candidat retenu irrégulièrement, y compris lorsque cette offre a été retenue sur la base d'informations relatives à des capacités financières et professionnelles erronées, est susceptible d'avoir lésé le candidat qui invoque ce manquement, à moins qu'il ne résulte de l'instruction que sa candidature devait elle-même être écartée, ou que l'offre qu'il présentait ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable ».

CE, 24 octobre 2008, n°300034, Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de Mayotte

« Considérant que la société Véolia Eau soutient, d'une part, **que le déroulement de la procédure aurait été vicié par l'admission de la société GTA Mayotte à négocier une offre alors que cette société ne présentait pas les capacités techniques, professionnelles et financières requises** ; que **l'admission irrégulière d'une société à négocier une offre n'entache pas nécessairement d'irrégularité le déroulement de la procédure, dès lors que l'offre présentée par cette société n'est pas retenue par l'autorité déléguée** ; que la société Véolia Eau ne démontre pas, en l'espèce, en quoi l'admission, à la supposer irrégulière, de la société GTA à négocier une offre aurait eu une incidence sur la régularité de la procédure ; qu'il résulte de ce qui précède que le moyen doit être écarté ».

Chapitre IV - Phase d'offre**Section 1 - Organisation de la négociation des offres****Article L3124-1**

Lorsque l'autorité concédante recourt à la négociation pour attribuer le contrat de concession, elle organise librement la négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les **conditions et caractéristiques minimales** indiquées dans les documents de la consultation.

Conditions et caractéristiques minimales**CAA de Douai, 19 juin 2024, n°22DA00597, Métropole Rouen Normandie**

« Toutefois, **si les dispositions précitées** des articles 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et 25 du décret du 1er février 2016 **interdisent au pouvoir adjudicateur de porter la négociation sur les conditions et caractéristiques minimales** indiquées dans les documents de la consultation et de retenir une offre méconnaissant ces conditions et caractéristiques, **elles ne font obstacle ni à ce que le candidat régularise son offre afin de la rendre conforme à cet égard, ni à ce que ce candidat et le pouvoir adjudicateur négocient ensuite sur la base de l'offre ainsi régularisée ».**

CE, 2 février 2024, n°489820, Société Suez Eau France

« Ni les dispositions des articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales ni celles, législatives ou réglementaires, du code de la commande publique, **ne font obligation à l'autorité déléguée de définir, préalablement à l'engagement de la négociation, les modalités de celle-ci ni de prévoir le calendrier de ses différentes phases ».**

CAA de Marseille, 27 novembre 2023, n° 22MA02071, Société Ciné Espace Evasion

« Si l'article L. 3124-1 du code de la commande publique prévoit que " la négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales

indiquées dans les documents de la consultation ", cette disposition **ne fait pas obstacle à la régularisation de l'offre qui a pour objet, non de modifier les caractéristiques minimales des documents de la consultation, mais de rendre l'offre conforme à ces caractéristiques**. 9. Aux termes de l'article L. 3124-1 du code de la commande publique : " Lorsque l'autorité concédante recourt à la négociation pour attribuer le contrat de concession, elle organise librement la négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires (...) / La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation ". 10. **Dès lors que la régularisation de l'offre n'avait pour objet ni de modifier l'objet de la concession, ni les critères d'attribution, ni les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation, la circonstance, à la supposer établie, qu'elle soit " substantielle " et ne vise pas seulement à corriger une erreur matérielle est sans incidence sur la régularité de la procédure. »**

CE, 8 avril 2019, n° 425373, Société Bijou Plage

« Il est soutenu que faute d'avoir précisé dans les documents de la consultation les caractéristiques minimales à respecter, la commune a manqué à son obligation de transparence et d'égalité de traitement entre les candidats admis à la négociation. Il résulte toutefois de l'instruction que, dans les documents de la consultation, **seuls les éléments exigeant une réponse de la part des soumissionnaires faisaient l'objet de la négociation, les autres points correspondant par déduction aux caractéristiques minimales non négociables de la concession**. Par suite, le moyen tiré de ce que la commune de Cannes aurait méconnu ces dispositions manque en fait. »

CE, 21 février 2014, n° 373159, Société Dalkia France

« 3. Considérant qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : " Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité déléguée à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat (...). La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité publique déléguée qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire " ; qu'au cours de la consultation engagée sur le fondement de ces dispositions, la personne responsable de la passation du contrat de délégation de service public peut apporter des adaptations à l'objet du contrat qu'elle envisage de conclure au terme de la négociation **lorsque ces adaptations sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire** ; qu'il ressort d'ailleurs des pièces du dossier soumis au juge des référés précontractuels que l'article 3.2 du règlement de la consultation autorisait les candidats à modifier le projet de convention de délégation de service public qui faisait partie des documents de la consultation à la condition que les modifications ainsi apportées par eux demeurent de portée limitée, ne remettent pas en cause l'économie générale du projet de convention et soient justifiées par l'intérêt du service ; »

Article R3124-1

Lorsque l'autorité concédante fait usage de la possibilité de négocier prévue à l'article L. 3121-1, elle peut décider de limiter le nombre de soumissionnaires admis à participer à la négociation.

Elle procède à la sélection du ou des soumissionnaires en appliquant les critères d'attribution fixés aux articles R. 3124-4 et R. 3124-5.

La libre négociation des offres**Rep. Min. à Q. E. n° 23107, publiée au JO Sénat du 2 septembre 2021, p. 5113**

« Il ressort donc tant des dispositions de l'article L. 1411-5 du CGCT que de celles de l'article L. 3124-1 du CCP que le législateur a entendu donner à l'autorité habilitée à signer la convention, c'est-à-dire à l'exécutif de la collectivité territoriale, une large souplesse pour organiser la négociation des offres, sous réserve qu'elle respecte les principes d'égalité de traitement des candidats, de liberté d'accès et

de transparence des procédures rappelés à l'article L. 3 du CCP. C'est d'ailleurs ce qu'a confirmé la jurisprudence, en précisant « qu'aucune règle n'encadre les modalités de l'organisation des négociations par l'autorité concédante » (Conseil d'État, 21 mai 2010, Commune de Bordeaux, n° 334845). Ainsi, l'exécutif de la collectivité territoriale peut assurer lui-même la conduite de cette négociation, éventuellement en s'adjoignant le conseil de personnes qualifiées, qu'il s'agisse d'agents de la collectivité territoriale ou de personnes extérieures (Conseil d'État, 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la Presqu'île guérandaise, n° 209319). Il peut également confier la négociation à un autre élu de la collectivité territoriale en lui accordant une délégation de fonctions sur le fondement des articles L. 2122-18, L. 3221-3 et L. 4231-3 du CGCT (Cour administrative d'appel de Bordeaux, 31 janvier 2006, SA Groupe Partouche, n° 02BX02398). Enfin, l'exécutif local a la possibilité de charger un organe collégial de cette mission, en la confiant à la commission prévue à l'article L. 1411-5 du CGCT ou à une commission spécialement constituée à cette fin et qui peut être composée d'élus et d'agents de la collectivité territoriale (Conseil d'État, 8 avril 2019, Commune de Cannes, n° 425373) ».

TA Nîmes, 27 janv. 2020, n° 2000031

« **Ni les dispositions des articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ni celles de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et du décret du 1er février 2016 pris pour son application ne font obligation à l'autorité délégante de définir, préalablement à l'engagement de la négociation, les modalités de celle-ci ni de prévoir le calendrier de ses différentes phases. Toutefois, dans le cas où l'autorité délégante prévoit que les offres seront remises selon des modalités et un calendrier fixé par le règlement de consultation qu'elle arrête, le respect du principe de transparence de la procédure exige en principe qu'elle ne puisse remettre en cause les étapes essentielles de la procédure et les conditions de la mise en concurrence.** A cet égard, lorsqu'un règlement de consultation prévoit que les candidats doivent, après une phase de négociation, remettre leur offre finale à une date déterminée, cette phase finale constitue une étape essentielle de la procédure de négociation qui ne peut normalement pas être remise en cause au cours de la procédure. Enfin il ne résulte pas de l'instruction que cette demande de poursuite des négociations, qui a été adressée dans les mêmes termes aux candidats, **a eu pour seul objet et effet d'avantager le candidat pressenti en lui permettant de corriger les éléments sur lesquels il n'obtiendrait pas la meilleure note.** Le moyen tiré de la méconnaissance de l'égalité des candidats et du caractère discriminatoire de la demande de la commune doit être écarté ».

CAA Nantes, 30 mars 2020, n° 18NT02671, Sté JC Decaux France

« La circonstance que les membres des conseils municipaux et du conseil communautaire de Vannes Agglo n'ont pas été informés du choix de la procédure suivie pour la passation du contrat de concession litigieux n'est pas de nature à établir une méconnaissance du droit à l'information de ces membres ou l'absence de consentement des collectivités membres du groupement de commandes à la conclusion du contrat ».

CE, 20 déc. 2019, n° 419993, Communauté de communes de Sélestat

« Ces dispositions, qui permettent à la personne publique délégante de négocier librement les offres des candidats, **ne l'autorisent pas à modifier ou à compléter de sa propre initiative et unilatéralement une offre dont elle estimerait que les prestations ne respectent pas les caractéristiques quantitatives et qualitatives qu'elle a définies** ».

CE, 14 oct. 2019, n° 418317, Société Les Téléskis de la Croix Fry

« Règlement de consultation d'une délégation de service public de remontées mécaniques prévoyant que les clauses du document de consultation pourront faire l'objet d'observations ou de propositions alternatives motivées de la part des candidats, qui seront intégrées dans leur proposition. Cahier des charges imposant aux candidats de proposer en plus des investissements de renouvellement, les investissements nouveaux ou toute autre proposition visant à contribuer au développement de la station, avec la réalisation a minima de deux télésièges et d'une retenue collinaire permettant l'installation d'un réseau de neige de culture sur le secteur croix de Fry...,En estimant qu'il résultait de ces dispositions, qui **n'interdisaient pas aux candidats de formuler des propositions alternatives**

s'agissant des investissements qu'elles visent, que l'offre de la société, qui avait proposé, lors de la phase de négociation, deux solutions à la commune délégante, l'une portant sur l'extension des réseaux d'enneigement artificiel sans construction d'une nouvelle retenue d'altitude, l'autre prévoyant la réalisation d'un lac d'altitude, n'était pas pour ce motif irrégulière, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit ».

CE, 8 avril 2019, n° n°425373, Société Bijou Plage

« Il résulte de l'instruction qu'alors qu'il n'y était pas tenu, le maire de Cannes a décidé, comme il lui était loisible de le faire en application des dispositions citées au point 5, de confier à une commission composée d'élus et d'agents de la ville le soin de mener la négociation avec les différents candidats, une fois arrêtée la liste des candidats admis à présenter une offre. La seule circonstance que certains membres de cette commission n'ont pas assisté à l'entretien de négociation avec la société Bijou Plage n'est pas de nature à établir la méconnaissance du principe d'égalité de traitement entre les candidats ».

CE, 21 février 2014, n°373159, Sté Dalkia France

« Le juge de cassation exerce un contrôle de qualification juridique sur l'appréciation portée par le juge du référé précontractuel sur le point de savoir si les adaptations apportées à l'objet du contrat au cours de la consultation engagée sur le fondement de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et exemptes de caractère discriminatoire entre entreprises concurrentes et si, par suite, la procédure peut sans irrégularité être menée à son terme...2) En retenant qu'excédait cette marge d'adaptation l'insertion dans un projet de convention de délégation de service public d'une clause, absente du projet initial, permettant au délégataire, dans le cas où un recours administratif ou contentieux à l'encontre de la convention ou de ses actes détachables n'aurait pas été définitivement réglé au cours des quatre premières années de l'exécution du contrat, d'une part, d'exiger de l'autorité délégante qu'elle résilie de plein droit le contrat dont la durée pouvait ainsi être réduite des cinq sixièmes, d'autre part, de limiter substantiellement le montant des investissements nouveaux auxquels il s'engageait, le juge du référé précontractuel a exactement qualifié les faits de l'espèce ».

CAA Marseille, 4 juin 2013, n° 12MA02775, Communauté de cnes de l'Enclave des Papes

« Il résulte des dispositions précitées des articles L. 1411-1 et L. 1411-5 du code général des collectivités locales que si l'autorité responsable de la personne publique délégante choisit librement, au vu des offres présentées, ceux des candidats admis à présenter une offre avec qui elle entend mener des négociations, elle ne peut, sans méconnaître ses obligations de mise en concurrence, se borner à demander aux candidats avec lesquels elle a choisi de négocier certaines précisions ou compléments d'information de tous ordres sans les inviter à lui faire des propositions d'ordre technique, juridique, économique ou financier, leur permettant, le cas échéant, d'améliorer leur offre par rapport aux autres candidats ».

CE, 18 juin 2010, n° 336120, Communauté urbaine de Strasbourg et Sté Seche Eco Industrie

« Les dispositions des articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales qu'aucune règle n'encadre les modalités de l'organisation des négociations par la personne publique, qui n'est en particulier pas tenue de fixer un calendrier préalable de négociation ni de faire connaître son choix de ne pas poursuivre les négociations avec l'un des deux candidats ».

CE, ord., 15 déc. 2006, n° 298618, Sté Corsica Ferries

« Considérant qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à l'autorité responsable de la personne publique délégante de notifier à l'opérateur économique ayant déposé une offre son choix de ne pas entamer de négociation avec lui ».

CE, 29 avril 2002, n° 216902, Groupement des associations de l'Ouest parisien et autres

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier qu'après avoir décidé, en janvier 1999, d'engager les négociations avec la compagnie financière et industrielle des autoroutes, l'Etat a demandé, à la suite notamment de l'accident survenu au mois de mars 1999 dans le tunnel du Mont-Blanc, à la société

avec laquelle il négociait de tenir compte des conclusions de la commission interministérielle chargée d'examiner la sécurité des tunnels routiers et de s'engager à modifier son projet pour procéder à des travaux supplémentaires permettant d'accroître la sécurité des usagers dans les deux tunnels que doit comprendre la section d'autoroute faisant l'objet du contrat de concession ; que le montant des travaux supplémentaires s'élève à 58 millions d'euros alors que le montant global des travaux de construction de l'ouvrage public est supérieur à 1,3 milliards d'euros ; que la compagnie financière et industrielle des autoroutes restant seule en lice à ce stade de la procédure, cette modification de l'objet du contrat, qui était justifiée par l'intérêt du service et d'une portée limitée, n'a pas présenté un caractère discriminatoire ; que, dès lors, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que les services de l'Etat auraient méconnu les obligations de publicité et de mise en concurrence ».

Section 3 - Délais de remise des offres

Article R3124-2

L'autorité concédante fixe le délai de remise des offres en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire, et, lorsqu'il y a lieu, conformément aux dispositions de l'article R. 3122-11, de l'impossibilité d'offrir un accès dématérialisé aux documents de la consultation.

Sous réserve des dispositions de l'article R. 3123-14, le délai minimum de remise des offres est de :

- 1° Vingt-deux jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre ;
- 2° Dix-sept jours lorsque l'autorité concédante accepte que les offres lui soient transmises par voie électronique.

CAA de Toulouse, 5 mars 2024, n°21TL03702, Sté Roxim Management

« Il résulte de l'instruction que le délai de remise des offres par les opérateurs admis à concourir a été fixé à 35 jours par l'autorité concédante. Si la société appelante soutient que ce délai était manifestement inadéquat au regard de l'ampleur, de la complexité, des caractéristiques du projet, du montant de la concession et des exigences attendues des candidats dans le contenu de leur offre, il ne résulte pas de l'instruction que ce délai était manifestement insuffisant pour présenter une offre. En tout état de cause, il résulte de l'instruction qu'au plus tard à la date du 10 mai 2019, la société Roxim Management était encore à la recherche d'études et de compétences techniques à s'adjoindre en vue d'aider son groupement à remettre une offre. Ainsi, alors même qu'entre le 29 avril 2019 et le 17 mai 2019, date limite fixée pour le dépôt des offres, il ne lui restait qu'un délai de 18 jours pour remettre son offre, la société appelante souhaitait encore s'adjoindre des compétences techniques pour être accompagnée dans la présentation de son offre. **Dans ces conditions, le délai de remise des offres ne peut, à lui seul, être regardé comme ayant dissuadé la société appelante de présenter une offre et, partant, comme l'ayant lésée dans ses intérêts.** Par ailleurs, eu égard aux caractéristiques du projet d'aménagement en litige, lequel ne portait pas sur quatre mais sur une seule zone d'aménagement concerté, à l'absence de complexité particulière de l'offre attendue, et au délai pris par la société Roxim Management pour constituer l'équipe nécessaire à l'établissement de son offre, le délai de remise des offres ne rendait pas, dans les circonstances de l'espèce, manifestement impossible la présentation d'une offre recevable par les soumissionnaires alors que deux autres opérateurs ont été en mesure de présenter une offre, jugée recevable, dans les délais requis ».

CE, 20 déc. 2021, n° 454801, Sté TDS

« Il résulte de l'instruction que la société TDS avait successivement transmis sur le profil d'acheteur de la commune, dans les délais fixés par le règlement de la consultation, sa candidature et un pli comportant une pièce complémentaire. Se fondant sur l'article R. 2151-6 du code de la commande publique, aux termes duquel " Le soumissionnaire transmet son offre en une seule fois. Si plusieurs offres sont successivement transmises par un même soumissionnaire, seule est ouverte la dernière offre reçue par l'acheteur dans le délai fixé pour la remise des offres. ", la commune n'a tenu compte que de ce dernier pli et, le regardant comme constituant la seule candidature transmise par la société

TDS, l'a rejetée comme incomplète. Or, d'une part, **ces dispositions, outre qu'elles ne sont pas applicables à la passation des concessions, n'ont pas pour effet de conduire à regarder toute transmission comme une offre.** D'autre part, **le seul renvoi par le règlement de la consultation à un guide d'utilisation de la plateforme** où devaient être déposées les offres sur lequel figurait la mention selon laquelle " Si vous devez modifier ou rajouter une pièce à votre réponse déjà déposée : tout déposer à nouveau et au complet car le dernier envoi prévaut !!! ", ne pouvait, en tout état de cause, dispenser l'autorité concédante de constater que la seconde transmission ne comportait qu'un document et ne pouvait être raisonnablement regardée comme se substituant au dossier de candidature transmis antérieurement. Par suite, la société TDS est fondée à soutenir qu'en rejetant sa candidature comme incomplète en ne tenant compte que de cette seconde transmission, la commune de Cavalaire-sur-Mer a manqué à ses obligations de mise en concurrence et que ce manquement l'a lésée ».

CE, 18 juin 2021, n°450283, Société Eiffage

« Il résulte de l'instruction que l'Etat a fixé en dernier lieu au 9 février 2021 la date de remise des offres, laissant aux candidats un délai de **5,5 mois** pour les élaborer. Contrairement à ce que soutient la société requérante, **un tel délai n'apparaît pas manifestement insuffisant au regard tant des caractéristiques du contrat que des circonstances particulières liées à l'épidémie de covid-19.** La société requérante n'établit pas davantage que l'autorité concédante aurait tardé à transmettre certains éléments relatifs aux données de trafic, aux études géotechniques et hydrauliques, utiles à l'élaboration des offres. (...)

Par suite, la requérante n'est pas fondée à soutenir que le refus de l'autorité concédante de prolonger davantage le délai de remise des offres l'aurait conduite à méconnaître l'égalité entre candidats, en ne permettant pas de corriger un avantage concurrentiel résultant de la détention de telles informations ».

CE, 24 juin 2011, n° 347889, Cne Bourgoin-Jallieu

« Dans les cas, toutefois, où le règlement de mise en concurrence édicté par l'autorité délégante prévoit une telle date limite, le délai ainsi fixé ne peut être prolongé qu'avec l'accord de l'ensemble des candidats admis à présenter une offre, sans que s'impose la fixation d'une nouvelle date limite, et sous réserve qu'un changement dans les conditions de la concurrence ou dans les conditions prévisibles d'exécution du contrat ne rende pas nécessaire, dans les circonstances propres à chaque procédure de mise en concurrence, eu égard notamment au rapport entre la durée de la procédure et la durée d'exécution du contrat, la fixation d'une nouvelle date limite ou l'organisation d'une nouvelle procédure de publicité ; que l'**expression d'un tel accord peut résulter notamment, selon les circonstances de l'espèce, de la poursuite par les candidats des négociations avec l'autorité délégante** ».

CE, ord., 15 déc. 2006, n° 298618, Sté Corsica Ferries

« La collectivité peut décider d'adresser le document définissant les caractéristiques des prestations à tous les candidats faisant connaître leur intention de déposer une offre ; qu'en ce cas, chaque candidat doit produire une enveloppe contenant d'une part ses garanties professionnelles et financières ainsi que les pièces établissant son aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public, d'autre part le pli contenant son offre ; que la commission doit, pour respecter l'égalité des candidats, éliminer après ouverture de la première enveloppe, les candidatures dont les justifications sont insuffisantes, puis doit ouvrir les plis contenant les offres des seuls opérateurs dont la candidature a été admise et donner, après examen de ces offres, son avis au vu duquel l'autorité responsable de la personne publique délégante peut engager la négociation ».

CE, 13 déc. 1996, n°169706, Synd. intercnal pour la revalorisation des déchets du secteur Cannes-Grasse

« Si l'autorité délégante choisit le délégataire à l'issue de négociations librement menées avec les candidats en fonction des offres qu'ils ont présentées, elle est tenue de mettre en œuvre une procédure de publicité et de recueil des offres ; que, dès lors, dans le cas où le règlement de mise en concurrence édicté par l'autorité délégante prévoit une date limite de validité des offres, celle-ci ne peut être prorogée qu'avec l'accord de l'ensemble des candidats admis à présenter une offre ».

Article R3124-3

Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du contrat ou après consultation sur place de documents complémentaires, le délai de réception des offres est fixé de manière à permettre aux opérateurs économiques concernés de prendre connaissance des informations nécessaires au dépôt de leur offre.

CE, 18 déc. 2019, n° 432590, Port autonome de Nouvelle-Calédonie

« La circonstance que la SODEMO soit une société d'économie mixte locale dont le PANC est actionnaire ne fait pas par elle-même obstacle à ce qu'une délégation de service public lui soit attribuée. Le fait que certains membres du conseil d'administration du PANC soient également administrateurs de la SODEMO n'a, en l'espèce, pas conduit à une situation de conflit d'intérêts, dès lors qu'il résulte de l'instruction que, lors de la réunion du 10 avril 2019 au cours de laquelle le conseil d'administration du PANC a approuvé l'attribution de la délégation de service public litigieuse à la SODEMO, les deux membres du conseil également administrateurs de la SODEMO n'ont participé ni aux débats ni aux votes sur ce point. Par ailleurs, il résulte de l'instruction que, si le PANC a été saisi d'une demande de prolongation du délai de remise des offres par la SODEMO, une telle prolongation était objectivement justifiée par la nécessité d'assurer une information égale des candidats, que ceux-ci ont l'un et l'autre bénéficié de ce nouveau délai de remise des offres initiales et ont accepté l'un et l'autre de participer à la négociation qui a ensuite été engagée. Dans ces conditions, les moyens tirés de ce que la procédure de passation de la délégation de service public aurait méconnu le principe d'impartialité doivent être écartés.

Section 3 - Choix de l'offre**Sous-section 1 - Offres irrégulières ou inappropriées****Article L3124-2**

L'autorité concédante écarte les offres irrégulières ou inappropriées.

CE, 24 juin 2024, n°491268, Commune de Sevrin

« En sixième lieu, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par l'autorité concédante, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que l'autorité concédante n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats ».

CAA de Marseille, 14 octobre 2024, n°24MA00197

« Il résulte des dispositions du code du travail citées au point précédent que les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel rendues obligatoires par arrêté ministériel s'imposent aux candidats à l'octroi d'une délégation de service public lorsqu'ils entrent dans le champ de l'application de cette convention. Par suite, une offre finale mentionnant une convention collective inapplicable ou méconnaissant la convention applicable ne saurait être retenue par l'autorité concédante et doit être écartée comme irrégulière par celle-ci ».

CAA NANTES, 01 décembre 2023, n°22NT02445, Société Vert Marine

« L'activité confiée à la société Action développement loisir, attributaire du contrat, a pour objet la gestion et l'exploitation du complexe aquatique Aquanacre de la communauté de communes Cœur de Nacre, qui comprend notamment un bassin sportif de 25 mètres avec 5 couloirs d'une surface de 312,50 m². Il résulte de l'instruction, notamment du contrat définitif signé le 23 décembre 2016, que ce complexe propose des séances d'aquagym, des activités natatoires pour adultes et enfants, de l'apprentissage au perfectionnement en cours individuels ou collectifs, ainsi que des activités enfants

de type Bébés nageurs. Un tel équipement a donc principalement une vocation sportive alors même qu'il comporte accessoirement des espaces ludiques et de détente, de type toboggan, pentagliss, lagune de jeux, bassin de loisirs et bassin ludique. L'activité ainsi exploitée ne se confond pas avec celle des parcs aquatiques entrant dans le champ d'application de la convention collective nationale des espaces de loisirs, d'attractions et culturels et relève dès lors de la convention nationale du sport.

12. Il est constant que la société Action développement loisir - Récréa a entendu faire application de la convention collective nationale des espaces de loisirs, d'attractions et culturels aux salariés placés sous sa responsabilité et a ainsi méconnu la législation et la réglementation sociale en vigueur. Son offre était par suite irrégulière et aurait dû, pour ce motif, ne pas être retenue dès lors que les modalités d'exécution du marché méconnaissent les dispositions de la convention collective applicable. La société Vert Marine, dont il n'est pas allégué que son offre aurait été inappropriée, irrégulière ou inacceptable, est ainsi fondée à soutenir que la procédure de passation du contrat de délégation de service public est entachée d'irrégularité ».

CAA de Marseille, 27 novembre 2023, n° 22MA02071, Société Ciné Espace Evasion

« 4. Toutefois, si, aux termes de l'article L. 3124-2 du code de la commande publique : " L'autorité concédante écarte les offres irrégulières ou inappropriées ", cette disposition, qui s'oppose seulement à ce que l'autorité concédante choisisse une offre irrégulière, ne fait en tout état de cause pas obstacle à ce qu'elle invite le candidat concerné à régulariser son offre au cours de la procédure de négociation. Par ailleurs, si l'article L. 3124-1 du code de la commande publique prévoit que " la négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation ", cette disposition ne fait pas obstacle à la régularisation de l'offre qui a pour objet, non de modifier les caractéristiques minimales des documents de la consultation, mais de rendre l'offre conforme à ces caractéristiques. 9. Aux termes de l'article L. 3124-1 du code de la commande publique : " Lorsque l'autorité concédante recourt à la négociation pour attribuer le contrat de concession, elle organise librement la négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires (...) / La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation ". 10. Dès lors que la régularisation de l'offre n'avait pour objet ni de modifier l'objet de la concession, ni les critères d'attribution, ni les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation, la circonstance, à la supposer établie, qu'elle soit " substantielle " et ne vise pas seulement à corriger une erreur matérielle est sans incidence sur la régularité de la procédure. »

CE, 10 oct. 2022, n° 455691, Sté Action développement loisir

« Il résulte de l'article L. 2261-15 du code du travail que les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel rendues obligatoires par arrêté ministériel s'imposent aux candidats à l'octroi d'une délégation de service public (DSP) lorsqu'ils entrent dans le champ d'application de cette convention. ...2) Par suite, une offre finale mentionnant une convention collective inapplicable ou méconnaissant la convention applicable ne saurait être retenue par l'autorité concédante et doit être écartée comme irrégulière par celle-ci »

Article L3124-3

Une offre est irrégulière lorsqu'elle ne respecte pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation.

CE, 28 mars 2022, n°454341, Commune de Ramatuelle

« 13. Le règlement de la consultation prévu par une autorité concédante pour la passation d'un contrat de concession est obligatoire dans toutes ses mentions. L'autorité concédante ne peut, dès lors, attribuer ce contrat à un candidat qui ne respecte pas une des exigences imposées par ce règlement, sauf si cette exigence se révèle manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres. Une candidature doit être regardée comme incomplète, au sens de l'article 23 du décret du 1^{er} février 2016, quand bien même elle contiendrait les pièces et informations dont la production est obligatoire en application des articles 19, 20 et 21 du décret, dès lors qu'elle ne respecte pas les exigences fixées par le règlement de la consultation relatives au mode de transmission de ces

documents, sous réserve que ces exigences ne soient pas manifestement inutiles. »

CE, 22 mai 2019, n° 426763, Société Corsica Ferries

« D'autre part, le règlement de la consultation prévu par une autorité concédante pour la passation d'un contrat de concession est obligatoire dans toutes ses mentions. L'autorité concédante ne peut, dès lors, attribuer ce contrat à un candidat qui ne respecte pas une des exigences imposées par ce règlement, sauf si cette exigence se révèle manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres. »

Article L3124-4

Une offre est inappropriée lorsqu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences de l'autorité concédante spécifiés dans les documents de la consultation.

TA Pau, 20 février 2020, n°2000228, Société Suez Eau-France

« Les critères d'appréciation des offres sur lesquels l'autorité concédante fonde son consentement avant d'attribuer un contrat de concession sont ceux qu'elle a publiés dans le règlement de consultation et **qu'elle ne peut, en cours de négociation, apporter des modifications à ces critères que si elles portent sur des conditions ou caractéristiques ne dépassant pas le seuil minimal fixé par le règlement de consultation lui-même comme justifiant que les offres des candidats soient qualifiées d'irrégulières.** Admettre des modifications plus substantielles au règlement de consultation remettrait en effet en cause la sécurité juridique de la procédure de sélection, dès lors que des opérateurs dissuadés par leur absence de présenter une offre pourraient s'en prévaloir ».

CE, 26 février 2020, n°436428, Commune Saint-Julien-en-Genevois

« **La prohibition des offres anormalement basses et le régime juridique relatif aux conditions dans lesquelles de telles offres peuvent être détectées et rejetées ne sont pas applicables, en tant que tels, aux concessions.** ».

TA Nîmes, 27 janv. 2020, n° 2000031

« **La personne publique, qui négocie librement les offres avant de choisir, au terme de cette négociation, le délégataire, n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères.** Toutefois, si, alors même qu'elle n'y est pas tenue, elle rend publiques les modalités de mise en œuvre des critères de sélection, elle ne peut en tout état de cause les modifier après le dépôt des offres sans méconnaître le principe de transparence des procédures. (...) »

« **Il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.** ».

Sous-section 2 - Choix de l'offre présentant le meilleur avantage économique global

Article L3124-5

Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. Lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers.

Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective. Ils sont rendus publics dans des conditions

prévues par décret en Conseil d'Etat.

Les modalités d'application du présent article sont prévues par voie réglementaire.

Article R3124-4

Pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde, conformément aux dispositions de l'article L. 3124-5, sur une pluralité de critères non discriminatoires. Au nombre de ces critères, peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation.

Les critères et leur description sont indiqués dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation.

Article R3124-4 Version en vigueur à partir du 21 août 2026

Modifié par Décret n°2022-767 du 2 mai 2022 - art. 7

« Pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde, conformément aux dispositions de l'article L. 3124-5, sur une pluralité de critères non discriminatoires **dont au moins l'un d'entre eux prend en compte les caractéristiques environnementales** de l'offre. Au nombre de ces critères peuvent également figurer des critères sociaux ou relatifs à l'innovation.

Les critères et leur description sont indiqués dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation ».

Conformément au troisième alinéa de l'article 11 du décret n° 2022-767 du 2 mai 2022, ces dispositions entrent en vigueur le 21 août 2026 et s'appliquent aux marchés et aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de cette date.

CAA de Bordeaux, 24 septembre 2024, n°22BX02269, Sté EDEIS Concessions

« En dernier lieu, **lorsqu'une personne publique est candidate à l'attribution d'un contrat de concession, il appartient à l'autorité concédante, dès lors que l'équilibre économique de l'offre de cette personne publique diffère substantiellement de celui des offres des autres candidats, de s'assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que l'ensemble des coûts directs et indirects a été pris en compte pour la détermination de cette offre, afin que ne soient pas faussées les conditions de la concurrence.** ».

CAA de Nantes, 14 juin 2024, n°22NT04059, SAS Pompes Funèbres Funerarium Lemarchand

« En premier lieu, {...} Aux termes de l'article 27 de ce décret : " 1. - Pour attribuer le contrat de concession, **l'autorité concédante se fonde, conformément aux dispositions de l'article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, sur une pluralité de critères non discriminatoires.** {...} Les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique. **Pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres.** ».

CE, 7 juin 2024, n°489404, Communauté Agglomération Quimper Bretagne Occidentale

« **L'autorité concédante définit librement la méthode d'évaluation des offres au regard de chacun des critères d'attribution qu'elle a définis et rendus publics.** Elle peut ainsi déterminer tant les éléments d'appréciation pris en compte pour son évaluation des offres que les modalités de leur combinaison. **Une méthode d'évaluation est toutefois entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, les éléments d'appréciation pris en compte pour évaluer les offres au titre de chaque critère d'attribution sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation ou si les modalités d'évaluation des critères d'attribution par combinaison de ces éléments sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure offre ne soit pas la mieux classée, ou, au regard de l'ensemble des**

critères, à ce que l'offre présentant le meilleur avantage économique global ne soit pas choisie. Il en va ainsi alors même que l'autorité concédante, qui n'y est pas tenue, aurait rendu publique, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, une telle méthode d'évaluation ».

CE, 3 mai 2022, n° 460089, SARL Le Prado – Gilbert

« Le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a considéré que la méthode d'évaluation de l'offre litigieuse, dans le cadre de laquelle l'appréciation de l'autorité concédante sur les différents critères d'attribution était matérialisée par **des flèches de couleur**, était irrégulière faute pour ces signes d'être convertis en note chiffrée, ce qui laissait " une trop grande part à l'arbitraire ". En jugeant ainsi, alors qu'il résulte des principes énoncés au point précédent qu'il lui incombait seulement de rechercher si la méthode d'évaluation retenue n'était pas, par elle-même, de nature à priver de leur portée les critères ou à neutraliser la hiérarchisation qu'avait retenue l'autorité concédante, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a commis une erreur de droit. En second lieu, en jugeant que la commune de Saint-Cyr-sur-Mer aurait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en tenant compte des prévisions de chiffre d'affaires des soumissionnaires dans son appréciation des offres sur le critère intitulé " Qualité et cohérence de l'offre sur le plan financier ", au motif qu'un tel élément d'appréciation n'était pas de nature à permettre la sélection de la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante, alors qu'il résulte des principes énoncés au point 4 qu'un élément d'appréciation ne peut entacher d'irrégularité la méthode d'évaluation que s'il est dépourvu de tout lien avec les critères dont il permet l'évaluation, le juge des référés a entaché son ordonnance d'une autre erreur de droit ».

CE, 03 mai 2022, n°459678, Commune de Saint-Cyr-sur-Mer

« L'autorité concédante définit **librement** la méthode d'évaluation des offres au regard de chacun des critères d'attribution qu'elle a définis et rendus publics. Elle peut ainsi déterminer tant les éléments d'appréciation pris en compte pour son évaluation des offres que les modalités de leur combinaison. ...b) i) Une méthode d'évaluation est toutefois entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, les éléments d'appréciation pris en compte pour évaluer les offres au titre de chaque critère d'attribution sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation ou **si les modalités d'évaluation des critères d'attribution par combinaison de ces éléments sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure offre ne soit pas la mieux classée, ou, au regard de l'ensemble des critères, à ce que l'offre présentant le meilleur avantage économique global ne soit pas choisie.** ...ii) Il en va ainsi alors même que l'autorité concédante, qui n'y est pas tenue, aurait rendu publique, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, une telle méthode d'évaluation...2) Autorité concédante ayant, pour évaluer les offres qui lui étaient soumises, associé à chacun des critères hiérarchisés qu'elle avait fixés et rendus publics une **appréciation qualitative** des offres. Appréciation étant composée d'une évaluation littérale décrivant les qualités des offres pour chaque critère, suivie d'une flèche qui la résumait. Dans le cadre de cette méthode, **une flèche verte** orientée vers le haut représentait la meilleure appréciation, une **flèche rouge** vers le bas la moins bonne, tandis que des flèches orange orientées en haut à droite ou en bas à droite constituaient deux évaluations intermédiaires. Enfin, offres ayant été classées au regard de l'appréciation que l'autorité concédante avait portée sur chacun des critères. ...**Cette méthode d'évaluation des offres, qui permet de comparer et de classer tant les évaluations portées sur une même offre au titre de chaque critère que les différentes offres entre elles, n'est pas de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation et n'est, par suite, pas entachée d'irrégularité** ».

CE, 9 juin 2021, n°448948, Ville de Paris

« Il résulte de l'instruction qu'en méconnaissance des dispositions citées au point 8, aucun critère de sélection n'a été communiqué par la ville de Paris aux entreprises candidates dans le cadre de la procédure en litige. Ce manquement, qui est susceptible d'avoir lésé les sociétés requérantes, justifie l'annulation de cette procédure, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les

autres moyens des requêtes et sans qu'il y ait lieu, dans les circonstances de l'espèce, d'enjoindre à la ville de Paris de la reprendre ».

CE, 26 février 2020, n°436428, Commune Saint-Julien-en-Genevois

« Il est loisible à l'autorité concédante, lorsqu'elle estime qu'elle pourra être placée dans la nécessité de commander des prestations supplémentaires au cours de l'exécution du contrat, sans être en mesure d'en déterminer le volume exact, de prévoir, au stade de la mise en concurrence initiale, un critère d'appréciation des offres fondé sur la comparaison des prix unitaires proposés par les candidats pour ces prestations...2) Règlement de consultation en vue de l'attribution d'une concession de service portant sur la mise à disposition, l'installation, la maintenance, l'entretien et l'exploitation commerciale de mobiliers urbains. Règlement comportant un critère portant sur le coût d'achat de diverses prestations supplémentaires ainsi qu'un tableau de prix de mise à disposition, s'appliquant au déploiement de mobiliers supplémentaires correspondant à des mobiliers existants précisément décrits dans le cahier des charges, que les candidats devaient remplir en indiquant un prix unitaire...L'absence de limite quantitative à ces prestations ne méconnaît pas le principe de la définition préalable par l'autorité concédante de l'étendue de ses besoins et ne laisse pas à la commune une marge de choix discrétionnaire, dès lors que ce tableau permet de comparer les prix unitaires des différentes offres, et, au surplus, que les candidats admis à concourir sont à même de demander des précisions sur ce point à l'autorité concédante s'ils l'estiment souhaitable ».

CE, 20 déc. 2019, n° 428290, Sté EDEIS

« La cour a estimé, par une appréciation souveraine, exempte de dénaturation, que le département de Mayotte **n'avait tenu compte du nombre d'emplois locaux induits que comme d'un sous-critère du premier critère pour apprécier les mérites respectifs des offres des candidats.** Par suite, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le département n'avait pas mis en œuvre un critère qu'il n'aurait pas rendu préalablement public. Par ailleurs, **un critère ou un sous-critère relatif au nombre d'emplois locaux dont la création sera induite par la gestion et l'exploitation d'un port, lequel est une infrastructure concourant notamment au développement de l'économie locale, doit être regardé comme en lien direct avec les conditions d'exécution du contrat de délégation de la gestion de ce port et, pourvu qu'il soit non discriminatoire, comme permettant de contribuer au choix de l'offre présentant un avantage économique global pour l'autorité concédante.** Il suit de là que c'est sans commettre d'erreur de droit ni entacher son arrêt d'insuffisance de motivation que la cour a jugé qu'en l'espèce, **un tel sous-critère, qui n'implique pas, par lui-même, de favoriser des entreprises locales,** n'était pas entaché d'irrégularité. Par ailleurs, en relevant notamment que les candidats avaient été informés de ce que leur offre devait présenter avec précision les perspectives de création d'emplois en lien avec le trafic portuaire, la cour a implicitement mais nécessairement répondu au moyen d'appel tiré de ce que les prétentions des candidats ne pouvaient pas être vérifiées par le département ».

CE, 24 mai 2017, n° 407431, Commune de Limoux

« 3. Considérant qu'il résulte de ces dispositions qu'une autorité concédante ne peut modifier en cours de procédure les éléments d'appréciation des candidatures ou des offres en remettant en cause les conditions de la mise en concurrence initiale ; qu'elle ne peut non plus, sans méconnaître l'objet de la concession qu'elle entend conclure et l'obligation de sélectionner la meilleure offre au regard de l'avantage économique global que présente pour elle cette offre, demander aux candidats de lui remettre une offre conditionnelle tenant compte d'une procédure de passation mise en œuvre par une autre autorité concédante ou prendre en compte, pour choisir un délégataire, des éléments étrangers à ce contrat ; ... 6. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge des référés a, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, constaté que la commune de Limoux avait modifié, après le dépôt des offres, les modalités de mise en œuvre des critères de sélection, en introduisant un nouveau sous-critère d'appréciation des critères économiques, le " montant de la somme affectée au programme amélioration " ; que l'ordonnance n'est pas non plus entachée de dénaturation en ce qu'elle relève que cet élément d'appréciation a été de nature à modifier le poids respectif des autres éléments d'appréciation ; qu'enfin, le juge des référés n'a pas inexactement qualifié les faits en estimant que ce manquement avait été de nature à léser la société SAUR ; »

CE, 4 juill. 2012, n° 352417, n° 352418, n° 352449, n° 352450, Communauté d'agglo. Chartres Métropole et Sté Véolia Eau

« Les candidats étaient tenus de présenter une offre de base établie sur une durée du contrat de vingt ans et deux variantes obligatoires sur une durée du contrat respectivement de vingt-cinq et trente ans et que les critères d'appréciation de leurs offres étaient identiques pour chacune de ces durées et précisément définis, ces derniers ont reçu une information suffisante en ce qui concerne les critères de choix des offres ».

CE, 15 déc. 2008, n° 312350, Communauté intercommunale des villes solidaires

« Considérant que le juge des référés précontractuels a d'une part estimé que la collectivité délégante, en fixant, dans l'avis d'appel public à la concurrence, la durée de principe du contrat à quinze ans, tout en proposant aux sociétés candidates des options portant sur des durées de dix et vingt ans, sans préciser les circonstances qui étaient de nature à justifier une offre sur dix ou sur vingt ans, ni les conditions dans lesquelles elle apprécierait les différentes offres au regard de la durée du contrat, n'avait pas donné aux entreprises candidates à la délégation de service public une information suffisante sur les critères d'appréciation des offres concurrentes ; que d'autre part, il a relevé qu'en tout état de cause, la durée de la convention, pouvant aller jusqu'à vingt ans, ne saurait être justifiée eu égard à la faiblesse des investissements réclamés au fermier ; que ce faisant, le juge des référés a mis le juge de cassation en mesure d'exercer son contrôle et a suffisamment motivé son ordonnance ».

Article R3124-5

L'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance. Leur hiérarchisation est indiquée dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation.

L'autorité concédante peut modifier, à titre exceptionnel, l'ordre des critères pour tenir compte du caractère innovant d'une solution présentée dans une offre. Une telle modification ne doit pas être discriminatoire. Une offre est considérée comme présentant une solution innovante lorsqu'elle comporte des performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel, et qu'elle ne pouvait être prévue par une autorité concédante diligente. L'autorité concédante publie un nouvel avis de concession ou envoie une nouvelle invitation à présenter une offre dans le respect des délais fixés aux articles R. 3124-2 et R. 3124-3.

Article R3124-6

Les offres qui n'ont pas été éliminées en application de l'article L. 3124-2 sont classées par ordre décroissant sur la base des critères prévus aux articles R. 3124-4 et R. 3124-5. L'offre la mieux classée est retenue.

CAA de Versailles, 17 octobre 2024, n°22VE00945, SASU Eurotaus

« Une méthode d'évaluation est toutefois entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, les éléments d'appréciation pris en compte pour évaluer les offres au titre de chaque critère d'attribution sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation ou si les modalités d'évaluation des critères d'attribution par combinaison de ces éléments sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure offre ne soit pas la mieux classée, ou, au regard de l'ensemble des critères, à ce que l'offre présentant le meilleur avantage économique global ne soit pas choisie.

Si la SASU Eurotaus fait valoir que l'attribution d'un même nombre de points aux deux premiers critères prévus par le règlement de la consultation a nécessairement entraîné la suppression de la hiérarchisation annoncée, cette circonstance ne fait toutefois pas obstacle à la hiérarchisation qui implique, en cas d'égalité d'offres, de privilégier le candidat ayant obtenu la meilleure note sur le premier critère ».

CE, 7 juin 2024, n°489404, Communauté Agglomération Quimper Bretagne Occidentale

« Il résulte de l'instruction que la méthode d'évaluation mise en œuvre en l'espèce par l'autorité concédante a consisté, conformément aux dispositions du règlement de la consultation, à classer les offres au regard de chacun des critères d'appréciation puis à attribuer à chaque offre une note correspondant à la moyenne des rangs de classement obtenus sur chaque critère, pondérée par le coefficient associé à chaque critère. L'offre retenue est celle ayant obtenu, en application de cette méthode, la note la plus basse. En faisant ainsi le choix, alors même qu'elle n'était en rien tenue de traduire en notes chiffrées l'appréciation qu'elle portait sur la valeur respective des offres, d'un mode d'attribution de la concession litigieuse fondé sur la moyenne pondérée des rangs de classement des offres au regard de chacun des critères d'attribution, alors que le classement ne reflète que très imparfaitement les écarts de valeur entre les offres, l'autorité concédante a retenu une méthode d'évaluation susceptible de conduire à ce que, au regard de l'ensemble des critères, l'offre présentant le meilleur avantage économique global ne soit pas choisie. Dans ces conditions, les sociétés Keolis et Transdev sont fondées à soutenir que la méthode d'évaluation mise en œuvre par l'autorité concédante est entachée d'irrégularité ».

Section 4 - Accès aux contrats de concession de défense ou de sécurité d'opérateurs économiques ou de produits d'Etats tiers

Article L3124-6

Les concessions de défense ou de sécurité, exclues ou exemptées de l'accord sur les marchés publics ou d'un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie, sont passées avec des opérateurs économiques d'Etats membres de l'Union européenne.

Les autorités concédantes peuvent toutefois autoriser, au cas par cas, les opérateurs économiques de pays tiers à l'Union européenne à participer à une procédure de passation.

La décision de l'autorité concédante prend notamment en compte les impératifs de sécurité de l'information et d'approvisionnement, la préservation des intérêts de la défense et de la sécurité de l'Etat, l'intérêt de développer la base industrielle et technologique de défense européenne, les objectifs de développement durable, l'obtention d'avantages mutuels et les exigences de réciprocité.

Article L3124-7

Pour l'application de la présente partie, les Etats parties à l'Espace économique européen qui ne sont pas membres de l'Union européenne sont assimilés à des Etats membres de l'Union européenne.

Chapitre V - Achèvement de la procédure

Section 1 - Information des candidats et des soumissionnaires évincés

Article L3125-1

Dès qu'il a fait son choix, l'acheteur le communique aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

Article R3125-1

L'autorité concédante notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre.

Cette notification précise les motifs de ce rejet et, pour les soumissionnaires, le nom du ou des attributaires ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de l'offre. Elle comporte l'indication de la durée du délai de suspension que l'autorité concédante s'impose, eu égard notamment au mode de transmission retenu.

Article R3125-2

L'autorité concédante respecte un délai de seize jours entre la date d'envoi de la notification et la date de conclusion du contrat de concession. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de cette notification à l'ensemble des candidats et soumissionnaires intéressés.
Le respect de ces délais n'est pas exigé lorsque le contrat de concession est attribué au seul opérateur ayant participé à la consultation.

L'autorité concédante respecte un délai

CAA de PARIS, 17 octobre 2023, n° 21PA03925, Société Multiservices - Tahiti Vidanges

« L'obligation pour le pouvoir adjudicateur de respecter un délai de suspension entre la notification du rejet de l'offre d'un candidat et la signature du marché vise seulement à permettre aux candidats évincés de saisir utilement le juge du référé pré-contractuel. Par suite, **le vice tenant au non-respect du délai de suspension invoqué par la société requérante n'affecte pas, en tout état de cause, la validité du contrat, et ne saurait, en conséquence, justifier son annulation** ».

CE, 25 janvier 2019, n° 423159, BEAH (Bureau européen d'assurance hospitalière)

« Le rejet des conclusions présentées par la société hospitalière d'assurances mutuelles sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, devenu définitif, ne fait pas obstacle à ce que soit prononcée, même d'office, une sanction sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-20 du même code, si le contrat litigieux a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 du code. Pour déterminer la sanction à prononcer, il incombe au juge du référé contractuel qui constate que le contrat a été signé prématurément, en méconnaissance des obligations de délai rappelées à l'article L. 551-20 du code de justice administrative, d'apprécier l'ensemble des circonstances de l'espèce, en prenant notamment en compte la gravité du manquement commis, son caractère plus ou moins délibéré, la plus ou moins grande capacité du pouvoir adjudicateur à connaître et à mettre en œuvre ses obligations ainsi que la nature et les caractéristiques du contrat.

Il résulte de l'instruction que le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël, qui ne pouvait ignorer les conditions dans lesquelles un marché peut être signé lorsque le juge du référé pré-contractuel a été saisi, a signé le contrat litigieux alors qu'il était clairement informé de l'existence d'un référé pré-contractuel, qui lui avait été notifié. Il y a lieu, dans ces conditions, de lui infliger une pénalité financière d'un montant de 20 000 euros en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative ».

Article R3125-3

L'autorité concédante communique aux soumissionnaires ayant présenté une offre qui n'a pas été éliminée en application de l'article L. 3124-2 **les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue**, dans les quinze jours de la réception d'une demande à cette fin.

Les caractéristiques et avantages de l'offre retenue

TA de Nice, 30 juillet 2024, n° 2403741, Société ATSS

« Il résulte de l'instruction que, par courrier du 28 juin 2024, la commune de Villeneuve-Loubet a informé la société ATSS du rejet de son offre, des motifs du rejet de celle-ci et des notes attribuées à son offre ainsi qu'à celle présentée par la société attributaire. Estimant ce courrier inexploitable, la société ATSS a sollicité, par le biais de son conseil, la transmission du rapport d'analyse des offres par courriel du 1er juillet 2024. Par courriel du 5 juillet 2024, la commune a ainsi transmis à la société requérante le rapport de procédure, le document de présentation synthétique de l'analyse et le tableau d'analyse complet avec occultation des informations non communicables. **Il résulte de la lecture de ces pièces que celles-ci indiquent parfaitement les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue permettant ainsi à la société ATSS de contester utilement son éviction**. Par ailleurs, il est constant que les seuls éléments devant être communiqués à un candidat évincé à peine de nullité de la procédure de passation sont, ainsi que l'indiquent les dispositions de l'article R. 3125-3 du code de la

commande publique précité, les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue. Par suite, la commune de Villeneuve-Loubet s'est bien conformée aux obligations prévues par les dispositions des articles R. 3125-1 et R. 3125-3 du code de la commande publique et n'avait pas à communiquer les éléments de l'offre de la société attributaire protégés par le secret ».

CE, 18 juin 2021, n°450869, Société Edeis Concessions

« Par un courrier du 8 février 2021, le département de la Haute-Savoie a informé la société Edeis concessions du rejet de son offre, en indiquant qu'il entendait attribuer le contrat à la société Vinci airports, et en listant les notes obtenues par ces deux sociétés sur les différents critères et sous-critères de notation des offres. Par un second courrier du 25 février 2021, le département a également détaillé, à la demande de la société Edeis, les mérites comparés des deux offres sur chacun des critères et sous-critères. Le département s'est ainsi conformé aux obligations prévues par les dispositions des articles R. 3125-1 et R. 3125-3 du code de la commande publique, dont la société Edeis concessions n'est pas fondée à soutenir qu'elles auraient été méconnues ».

Article R3125-4

Lorsque l'autorité concédante décide de ne pas attribuer le contrat de concession ou de recommencer la procédure, elle informe, dans les plus brefs délais, les candidats ou soumissionnaires des motifs de sa décision.

TA Paris, 21 mai 2024, n° 2115878, Société Vinci Construction France

« Aux termes de l'article 30 du décret du 1er février 2016 susvisé : " Lorsque l'autorité concédante décide de ne pas attribuer le contrat de concession ou de recommencer la procédure, elle informe, dans les plus brefs délais, les candidats ou soumissionnaires des motifs de sa décision ". Ces dispositions ont pour seul objet d'obliger le pouvoir adjudicateur, quand il a pris la décision de déclarer sans suite une procédure de passation, d'en informer sans délai les candidats ou soumissionnaires. **Elles n'ont ni pour objet ni pour effet d'enserrer dans un délai la faculté dont il dispose, sous le contrôle du juge, de renoncer à conclure un contrat de concession pour un motif d'intérêt général**.

3. En l'espèce, il ressort des pièces du dossier que Sorbonne Université a pris acte du désistement de la société Bouygues Bâtiment IDF au mois de juin 2020. La société Vinci Construction France est, dès lors, demeurée seule candidate à l'attribution de la concession en cause. Cette situation caractérise une absence de concurrence sur laquelle Sorbonne Université s'est notamment fondée pour décider de déclarer sans suite la procédure de passation. Contrairement à ce que soutient la société requérante, un tel motif, fondé sur une situation objective, constitue un motif d'intérêt général de nature à justifier la décision attaquée, **la circonstance que plusieurs mois se sont écoulés entre cette décision et le désistement susmentionné étant, à cet égard, sans incidence sur cette appréciation**.

4. Ce motif suffit à lui seul à fonder légalement la décision attaquée. Les autres moyens de la requête, contestant la légalité de motifs surabondants, sont, par suite, inopérants ».

TA de Grenoble, 24 octobre 2023, n° 2102291, Société CEVEP

« Une personne publique qui a engagé une procédure de passation d'un contrat de concession ne saurait être tenue de conclure le contrat. Elle peut décider de renoncer à le conclure pour un motif d'intérêt général.

Toutefois, en l'espèce, s'il est vrai que le maire de la Commune a renoncé à conclure le contrat pour un motif qu'il qualifie dans la décision attaquée d'intérêt général, ce dernier n'est explicité ni dans les pièces produites, ni dans le mémoire en défense. Par suite, la décision attaquée méconnaît le principe énoncé au point précédent et doit être annulée. »

CE, 17 septembre 2018, n°407099, Société Le Pagus

« Considérant, en deuxième lieu, qu'une personne publique qui a engagé une procédure de passation d'un contrat de concession ne saurait être tenue de conclure le contrat ; qu'elle peut décider, sous le

contrôle du juge, de **renoncer à le conclure pour un motif d'intérêt général** ; que, contrairement à ce que soutient la société requérante, **l'insuffisance de la concurrence** constitue un motif d'intérêt général susceptible de justifier la renonciation à conclure un contrat de délégation de service public ».

Article R3125-5

Le contrat de concession peut être **signé** électroniquement, selon les modalités fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie figurant en annexe du présent code.

Section 2 - Signature du contrat de concession

Article L3125-2

L'autorité concédante rend public le choix de l'offre retenue, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire.

Article R3125-6

L'autorité concédante envoie pour publication un avis d'attribution dans un délai maximal de quarante-huit jours à compter de la notification du contrat de concession.
Cet avis est établi conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011.

Article R3125-7

L'avis d'attribution est publié au Journal officiel de l'Union européenne et selon les mêmes modalités de transmission que celles définies aux articles R. 3122-4 à R. 3122-6.

Chapitre VI - Règles particulières à la passation de certains contrats de concession

Article L3126-1

Les règles de passation particulières à certains contrats à raison de leur objet ou selon que leur valeur estimée hors taxe est inférieure ou non au seuil européen qui figure dans l'avis annexé au présent code sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Article L3126-2

Par dérogation aux dispositions de l'article L. 3122-2, l'autorité concédante n'est pas tenue de consigner les étapes de la procédure de passation des contrats de concession mentionnées à l'article L. 3126-1.

Article L3126-3

Sans préjudice des dispositions du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route modifié, les contrats de concession relevant de son article 5, paragraphe 3 sont soumis aux dispositions des titres Ier et II, à l'exception des articles L. 3113-1 à L. 3113-3, du second alinéa de l'article L. 3114-1 et des articles L. 3114-2, L. 3114-3 et L. 3114-7 à L. 3114-10.

Article R3126-1

Le présent chapitre s'applique aux contrats de concession suivants :

- 1° Les contrats de concession dont la valeur estimée est inférieure au seuil européen qui figure dans un avis annexé au présent code ;
- 2° Les contrats de concession qui ont, quelle que soit leur valeur estimée, pour objet :

- a) Les activités relevant du c du 1° de l'article L. 1212-3 ;
- b) Un des services sociaux ou des autres services spécifiques, dont la liste figure dans l'avis annexé au présent code ;
- c) L'exploitation de services de transport de voyageurs relevant de l'article 5, paragraphe 3 du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route.
Ces contrats de concession sont passés conformément aux règles de procédure prévues au présent titre, sous réserve des règles particulières prévues par le présent chapitre.

CE, 8 novembre 2019, n°432216, Communauté d'agglomération du Pays Nord Martinique

« En renvoyant aux activités mentionnées au 3° du I de l'article 11 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, l'article 10 du décret du 1er février 2016 s'est fondé sur le critère matériel de l'objet du contrat pour exclure l'application des règles de passation particulières applicables aux contrats dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure au seuil européen, au nombre desquelles figurent l'obligation pour l'autorité concédante, prévue au II de l'article 27 du décret, de fixer les critères d'attribution du contrat par ordre décroissant d'importance ainsi que l'obligation prévue au I de l'article 29 de notifier aux soumissionnaires la décision d'attribution de la concession et de respecter un délai de suspension d'au moins onze jours entre la date d'envoi de la notification et la date de conclusion du contrat de concession, aux contrats relatifs à la mise à disposition, à l'exploitation ou à l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, quelle que soit leur valeur estimée et qu'ils soient conclus par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice. Contrairement à ce qui est soutenu par la SMDS, l'exclusion des concessions relevant du secteur de l'eau potable de ces obligations n'est contraire ni au principe d'égalité devant la loi ni aux principes du droit de la commande publique ni au droit à un recours effectif ».

CE, 18 septembre 2019, n° 430368, CCIRB

« En renvoyant aux activités mentionnées au 3° du I de l'article 11 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, l'article 10 du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 s'est fondé sur le critère matériel de l'objet du contrat pour exclure l'application des règles de passation particulières applicables aux contrats dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure au seuil européen, au nombre desquelles figure l'obligation pour l'autorité concédante, prévue au II de l'article 27 du décret, de fixer les critères d'attribution du contrat par ordre décroissant d'importance, aux contrats relatifs à la mise à disposition, à l'exploitation ou à l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, quelle que soit leur valeur estimée et qu'ils soient conclus par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice.
Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Bastia que le contrat de concession du service public de distribution d'eau potable de la CCIRB a pour objet l'exploitation des installations de production, de stockage et de distribution d'eau potable en vue d'assurer la fourniture d'eau aux usagers du service. Un contrat ayant un tel objet est au nombre de ceux que vise le 2° de l'article 10 du décret du 1er février 2016 précité. Il résulte dès lors de ce qui a été dit au point précédent que le juge des référés a commis une erreur de droit en jugeant qu'eu égard à la valeur estimée du contrat, la CCIRB était tenue de procéder à une hiérarchisation des critères d'attribution des offres et d'indiquer cette hiérarchie dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation. Ainsi, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois, la CCIRB et l'OEHC sont fondés à demander l'annulation de l'ordonnance qu'ils attaquent ».

Article R3126-2

Lorsqu'un contrat de concession a pour objet à la fois une activité visée au b du 2° de l'article R. 3126-1 et une autre activité de services, il est passé :

- 1° Selon les règles applicables à son objet principal lorsque cette autre activité de services ne relève pas du présent chapitre. L'objet principal du contrat est déterminé en fonction de la valeur estimée la plus élevée de ces activités respectives ;
- 2° Selon les règles applicables aux contrats qui relèvent du b du 2° de l'article R. 3126-1

lorsque l'autre activité est également visée au même article.

Section 1 - Publicité préalable

Article R3126-3

L'autorité concédante qui envisage d'attribuer un contrat de concession, publie un avis de concession, qui comporte notamment une description de la concession et des conditions de participation à la procédure de passation.

L'avis de concession est établi conformément au modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code.

CJUE, 24 octobre 2019, Affaire C-515-18, Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna - Italie) – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/Regione autonoma della Sardegna

« Les informations publiées en vertu de l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°1370/2007 doivent permettre à un opérateur économique de contester, dès le moment visé à cette disposition, le principe même de l'attribution directe envisagée par l'autorité compétente (voir, en ce sens, arrêt du 20 septembre 2018, Rudigier, C-518/17, EU:C:2018:757, points 64 et 66). S'il convient dès lors de veiller à l'effectivité d'un tel droit de contestation, il n'en demeure pas moins qu'une contestation portant sur le principe même de l'attribution directe du contrat de service public peut être utilement introduite par un opérateur économique sans imposer, au préalable, à l'autorité compétente de publier ou de communiquer aux opérateurs économiques intéressés l'ensemble des informations nécessaires pour que ceux-ci puissent déposer une offre sérieuse et raisonnable ».

Article R3126-4

L'autorité concédante publie l'avis de concession au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces légales.

Elle apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant des services ou des travaux en cause, une publication dans une revue spécialisée correspondant au secteur économique concerné ou au Journal officiel de l'Union européenne est en outre nécessaire pour garantir l'information des opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le contrat de concession.

CE, 8 juillet 2005, n° 277554, Société EGS

« Considérant qu'aux termes de l'article R. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : L'autorité responsable de la personne publique délégante doit satisfaire à l'exigence de publicité prévue à l'article L. 1411-1 par une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné () ; que si la publication par le préfet du département, en vertu des articles 1er et 2 de la loi du 4 janvier 1955 concernant les annonces judiciaires et légales, de la liste des journaux susceptibles de recevoir des annonces légales dans le département, ne fait pas obstacle à ce que d'autres publications se voient reconnaître, au niveau national, le caractère de publication habilitée à recevoir des annonces légales au sens des dispositions précitées du code général des collectivités territoriales, il n'en est pas ainsi du Journal officiel de l'Union européenne, compte tenu notamment de l'objet de sa « série S », limité en principe à la publication des avis relatifs à la passation de certains contrats dont les montants dépassent des seuils déterminés au niveau de l'Union ; que, dès lors, en estimant que la commune de Clichy-la-Garenne avait satisfait à l'obligation qui lui incombait de procéder à une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales par la seule publication de l'avis d'appel public à la concurrence dans le Journal officiel de l'Union européenne, le juge des référés pré-contractuels du tribunal administratif de Versailles a commis une erreur de droit ; que la société EGS est fondée à demander, pour ce motif, l'annulation de l'ordonnance attaquée. »

Article R3126-5

Par dérogation à l'article R. 3126-4, lorsque la valeur estimée des contrats de concession

visés au b du 2° de l'article R. 3126-1 est égale ou supérieure au seuil européen qui figure dans un avis annexé au présent code, l'autorité concédante publie l'avis de concession au Journal officiel de l'Union européenne ainsi qu'au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces légales.

Article R3126-6

Les dispositions de l'article R. 3122-5 ne sont pas applicables aux contrats de concession qui relèvent du présent chapitre.

Par dérogation à l'alinéa précédent, les contrats de concession ayant pour objet un des services sociaux ou autres services spécifiques dont la liste est publiée par avis annexé au présent code sont soumis aux dispositions de l'article R. 3122-5 lorsque leur valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen qui figure dans un avis annexé au présent code.

Section 2 - Communications et échanges d'information

Article R3126-7

Dans l'hypothèse où l'autorité concédante utilise des moyens électroniques, elle assure la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire, selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. Celles-ci tiennent compte des caractéristiques du contrat, notamment de la nature et du montant des travaux ou services en cause.

Section 3 - Candidatures

Article R3126-8

L'autorité concédante fixe le délai de réception des candidatures en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire.

Section 4 - Offres

Article R3126-9

L'autorité concédante fixe le délai de remise des offres en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire, et, lorsqu'il y a lieu, conformément aux dispositions de l'article R. 3122-11, de l'impossibilité d'offrir un accès dématérialisé aux documents de la consultation.

Article R3126-10

L'article R. 3124-5 n'est pas applicable aux contrats de concession relevant du présent chapitre.

TA de Grenoble, 24 octobre 2023, n° 2102788, SA Pajamandy

« La société SA Pajamandy soutient que la délégation de service public en litige étant d'une valeur supérieure aux seuils européens, la région Guadeloupe était tenue de procéder à une hiérarchie des critères d'attribution des offres ce qu'elle n'a pas fait, ni au stade de l'information, ni au stade de l'analyse des offres, ce qui l'a lésée. En défense, la région Guadeloupe fait valoir que les dispositions de l'article R.3126-10 du code de la commande publique rendent inapplicables aux délégations de service public de transports de voyageurs autres que par chemin de fer comme celle qu'elle a passée, l'obligation de hiérarchiser les critères de sélection des offres ».

Section 5 - Achèvement de la procédure

Article R3126-11

Les dispositions de la section 1 du chapitre V du présent titre ne sont pas applicables aux contrats de concession qui relèvent du présent chapitre.

Par dérogation à l'alinéa précédent, les contrats de concession ayant pour objet un des services sociaux ou autres services spécifiques dont la liste est publiée par un avis annexé au présent code sont soumis aux dispositions de la section 1 du chapitre V du présent titre lorsque leur valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen qui figure dans un avis annexé au présent code.

Article R3126-12

Lorsqu'un candidat ou soumissionnaire écarté lui en fait la demande, l'autorité concédante lui communique les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre ainsi que le nom du ou des attributaires du contrat de concession, dans un délai de quinze jours suivant la réception de cette demande.

TA de Melun, 15 mars 2024, n° 2311654, Société P2A Services

« Ces dispositions, qui sont seules applicables, s'agissant de l'information des candidats et soumissionnaires évincés, en cas de passation d'un contrat de concession dont la valeur estimée est, comme en l'espèce, inférieure au seuil mentionné au point 5, n'imposent pas que les motifs ayant conduit au choix d'une ou plusieurs offres ou les caractéristiques et avantages de la ou des offres retenues soient communiqués par l'autorité concédante au soumissionnaire dont l'offre a été rejetée.

En outre, la société P2A Services a, ainsi qu'il a été dit au point 2, été informée des noms des quatre attributaires du lot n° 3 du contrat de concession en litige par la lettre du 25 octobre 2023 mentionnée au même point et il résulte de l'instruction que, postérieurement à l'introduction de l'instance, le préfet de Seine-et-Marne lui a, par une lettre du 13 novembre 2023, précisé les motifs du rejet de son offre, notamment en lui communiquant les notes attribuées à celle-ci sur chacun des sous-critères et sous-sous-critères définis à l'annexe 2 du règlement de la consultation. »

Article R3126-13

Les dispositions de la section 3 du chapitre V du présent titre ne sont pas applicables aux contrats de concession qui relèvent du présent chapitre.

Par dérogation à l'alinéa précédent, les contrats de concession ayant pour objet un des services sociaux ou autres services spécifiques dont la liste est publiée par un avis annexé au présent code sont soumis aux dispositions de la section 2 du chapitre V du présent titre lorsque leur valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen qui figure dans un avis annexé au présent code.

Toutefois, pour ces derniers, l'autorité concédante peut n'envoyer qu'un avis global chaque trimestre, au plus tard quarante-huit jours après la fin de chaque trimestre.

Section 6 - Dispositions particulières aux contrats de concession de services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route

Article R3126-14

Les contrats de concession visés au c du 2° de l'article R. 3126-1 ne sont pas soumis au 1° de l'article R. 3121-6.

CJUE, 24 octobre 2019, aff C-515/18, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

« Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre aux questions posées que l'article 7, paragraphes 2 et 4, du règlement n° 1370/2007 doit être interprété en ce sens que les autorités nationales compétentes qui ont l'intention d'attribuer directement un contrat de service public de transport de voyageurs par chemin de fer ne sont pas tenues, d'une part, de publier ou de communiquer aux opérateurs économiques éventuellement intéressés toutes les informations nécessaires afin qu'ils soient en mesure d'élaborer une offre suffisamment détaillée et susceptible de faire l'objet d'une évaluation comparative et, d'autre part, d'effectuer une telle évaluation comparative de toutes les offres éventuellement reçues à la suite de la publication de ces informations.

Titre III - EXÉCUTION DU CONTRAT DE CONCESSION

Chapitre Ier - Transparence et rapport d'information de l'autorité concédante

Section 1 - Mise à disposition des données essentielles

Sous-section 1 - Mise à disposition des données essentielles par l'autorité concédante

Article L3131-1

Dans des conditions fixées par voie réglementaire, l'autorité concédante rend accessibles, sous un format ouvert et librement réutilisable, les données essentielles du contrat de concession, sous réserve des dispositions de l'article L. 3122-3 et à l'exception des informations dont la divulgation serait contraire à l'ordre public.

Article R3131-1

L'autorité concédante offre sur son profil d'acheteur un accès libre, direct et complet aux données essentielles du contrat de concession.

Ces données essentielles portent sur :

- 1° La passation du contrat ;
- 2° Le contenu du contrat de concession ;
- 3° L'exécution du contrat, notamment lorsqu'il y a lieu, sa modification.

Un arrêté du ministre chargé de l'économie qui figure en annexe au présent code fixe la liste de ces données essentielles ainsi que les modalités de leur publication.

Article R3131-1 Version en vigueur à partir du 01 janvier 2024

Modifié par Décret n°2022-767 du 2 mai 2022 - art. 8

« L'autorité concédante publie **sur le portail national de données ouvertes** les données essentielles du contrat de concession avant le début d'exécution du contrat ou dans les deux mois suivant sa modification.

Ces données essentielles portent sur :

- 1° La passation du contrat ;
- 2° Le contenu du contrat ;
- 3° L'exécution du contrat et, le cas échéant, sa modification.

Un arrêté du ministre chargé de l'économie qui figure en annexe au présent code fixe la liste de ces données essentielles ainsi que les modalités de leur publication ».

Conformément au deuxième alinéa de l'article 11 du décret n° 2022-767 du 2 mai 2022, ces dispositions entrent en vigueur à une date fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie et au plus tard le 1er janvier 2024 et s'appliquent aux marchés et aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de cette date.

Sous-section 2 - Mise à disposition de données par le concessionnaire en cas de gestion concédée d'un service public

Article L3131-2

Lorsque la gestion d'un service public est concédée, le concessionnaire fournit à l'autorité concédante, sous format électronique, dans un standard ouvert librement réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé, les données et les bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public faisant l'objet du contrat et qui sont indispensables à son exécution.

Pour les contrats de concession pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis de concession a été envoyé à la publication avant la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, le concessionnaire n'est tenu de transmettre les données et bases de données qu'à la seule fin de préparer le renouvellement du contrat.

Article R3131-2

Le rapport prévu par l'article L. 3131-5 est produit chaque année par le concessionnaire, avant le 1er juin.

Il tient compte des spécificités du secteur d'activité concerné et respecte les principes comptables d'indépendance des exercices et de permanence des méthodes retenues pour l'élaboration de chacune de ses parties, tout en permettant la comparaison entre l'année en cours et la précédente. Toutes les pièces justificatives des éléments de ce rapport sont tenues par le concessionnaire à la disposition de l'autorité concédante, dans le cadre de son droit de contrôle.

Article L3131-3

Le concessionnaire peut, dès la conclusion du contrat de concession ou au cours de son exécution, être dispensé de tout ou partie des obligations prévues par l'article L. 3131-2 par décision motivée de l'autorité concédante fondée sur des motifs d'intérêt général et rendue publique.

Article R3131-3

Le rapport comprend, notamment :

1° Les données comptables suivantes :

- a) Le compte annuel de résultat de l'exploitation de la concession rappelant les données présentées l'année précédente au titre du contrat en cours. Pour l'établissement de ce compte, l'imputation des charges s'effectue par affectation directe pour les charges directes et selon des critères internes issus de la comptabilité analytique ou selon une clé de répartition dont les modalités sont précisées dans le rapport pour les charges indirectes, notamment les charges de structure ;
- b) Une présentation des méthodes et des éléments de calcul économique annuel et pluriannuel retenus pour la détermination des produits et charges directs et indirects imputés au compte de résultat de l'exploitation, les méthodes étant identiques d'une année sur l'autre sauf modification exceptionnelle et dûment motivée ;
- c) Un état des variations du patrimoine immobilier intervenues dans le cadre du contrat ;
- d) Un état des autres dépenses de renouvellement réalisées dans l'année conformément aux obligations contractuelles ;

2° Une analyse de la qualité des ouvrages ou des services demandés au concessionnaire, comportant tout élément qui permette d'apprécier la qualité des ouvrages ou des services exploités et les mesures proposées par le concessionnaire pour une meilleure satisfaction des usagers. La qualité des ouvrages ou des services est notamment appréciée à partir d'indicateurs, proposés par le concessionnaire ou demandés par l'autorité concédante et définis par voie contractuelle.

Article R3131-3 Version en vigueur à partir du 21 août 2026

Modifié par Décret n°2022-767 du 2 mai 2022 - art. 9

« Le rapport comprend, notamment :

1° Les données comptables suivantes :

- a) Le compte annuel de résultat de l'exploitation de la concession rappelant les données présentées l'année précédente au titre du contrat en cours. Pour l'établissement de ce compte, l'imputation des charges s'effectue par affectation directe pour les charges directes et selon des critères internes issus de la comptabilité analytique ou selon une clé de répartition dont les modalités sont précisées dans le rapport pour les charges indirectes, notamment les charges de structure ;
- b) Une présentation des méthodes et des éléments de calcul économique annuel et pluriannuel retenus pour la détermination des produits et charges directs et indirects imputés au compte de résultat de l'exploitation, les méthodes étant identiques d'une année sur l'autre sauf modification exceptionnelle et dûment motivée ;
- c) Un état des variations du patrimoine immobilier intervenues dans le cadre du contrat ;
- d) Un état des autres dépenses de renouvellement réalisées dans l'année conformément aux

obligations contractuelles ;

2° Une analyse de la qualité des ouvrages ou des services demandés au concessionnaire, comportant tout élément qui permette d'apprécier la qualité des ouvrages ou des services exploités et les mesures proposées par le concessionnaire pour une meilleure satisfaction des usagers. La qualité des ouvrages ou des services est notamment appréciée à partir d'indicateurs, proposés par le concessionnaire ou demandés par l'autorité concédante et définis par voie contractuelle ;

3° Une description des mesures mises en œuvre par le concessionnaire pour garantir la protection de l'environnement et l'insertion par l'activité économique dans le cadre de l'exécution du contrat ».

Conformément au troisième alinéa de l'article 11 du décret n° 2022-767 du 2 mai 2022, ces dispositions entrent en vigueur le 21 août 2026 et s'appliquent aux marchés et aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de cette date.

Article L3131-4

L'autorité concédante ou un tiers désigné par celle-ci peut extraire et exploiter librement tout ou partie de ces données et bases de données, notamment en vue de leur mise à disposition à titre gratuit à des fins de réutilisation à titre gratuit ou onéreux.

Les données et bases de données fournies par le concessionnaire sont mises à disposition ou publiées dans le respect des articles L. 311-5 à L. 311-7 du code des relations entre le public et l'administration.

Article R3131-4

Lorsque la gestion d'un service public est concédée, le rapport comprend également :

1° Les données comptables suivantes :

- a) Un compte rendu de la situation des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé, comportant notamment une description des biens et, le cas échéant, le programme d'investissement, y compris au regard des normes environnementales et de sécurité ;
- b) Un état du suivi du programme contractuel d'investissements en premier établissement et du renouvellement des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé ainsi qu'une présentation de la méthode de calcul de la charge économique imputée au compte annuel de résultat d'exploitation de la concession ;
- c) Un inventaire des biens désignés au contrat comme biens de retour et de reprise du service concédé ;
- d) Les engagements à incidences financières, y compris en matière de personnel, liés à la concession et nécessaires à la continuité du service public ;

2° Une annexe comprenant un compte rendu technique et financier comportant les informations utiles relatives à l'exécution du service, notamment les tarifs pratiqués, leur mode de détermination et leur évolution, ainsi que les autres recettes d'exploitation.

Section 2 - Rapport d'information à l'autorité concédante**Article L3131-5**

Le concessionnaire produit chaque année un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat de concession et une analyse de la qualité des ouvrages ou des services.

Lorsque la gestion d'un service public est concédée, y compris dans le cas prévu à l'article L. 1121-4, ce rapport permet en outre aux autorités concédantes d'apprécier les conditions d'exécution du service public.

TA de Grenoble, 16 mai 2024, n° 2104166, Société Saur

« Toutefois, alors même que cela lui est opposé en défense, la société requérante ne produit aucune pièce probante à l'appui de ses prétentions, notamment pas les derniers comptes annuels d'exploitation qui n'ont pas été adressés à l'autorité déléguée. Elle n'établit ainsi ni la réalité, ni le montant des

dépenses matérielles et de personnel dont elle se prévaut, ces charges étant au surplus absentes dans le tableau qu'elle produit. Il résulte au contraire des comptes annuels d'exploitation des années 2018 et 2019 produits par la société que le résultat est déficitaire de 26 540 euros en 2018 et de 19 690 euros en 2019. Par suite, la société Saur, qui n'établit pas l'existence d'un quelconque préjudice, n'est pas fondée à obtenir réparation d'un manque à gagner de 31 699 par année ».

Section 3 - Observatoire économique de la commande publique

Article R3131-5

Les travaux de l'Observatoire économique de la commande publique prévus aux articles R. 2196-2 à R. 2196-4 portent également sur les contrats de concession.

Chapitre II - Occupation domaniale et biens de la concession

Article L3132-1

Lorsque le contrat de concession emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée.

Article L3132-2

Le contrat de concession peut attribuer au concessionnaire des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise.

Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.

Article L3132-3

Le concessionnaire peut être autorisé, avec l'accord expressément formulé de l'autorité concédante, à conclure des baux ou droits réels d'une durée excédant celle du contrat de concession.

Les autorisations données par l'autorité concédante, ainsi que les baux et droits réels qui en résultent, constituent des accessoires au contrat de concession et sont, à l'issue de la durée du contrat, transférés à l'autorité concédante.

Article L3132-4

Lorsqu'une autorité concédante de droit public a conclu un contrat de concession de travaux ou a concédé la gestion d'un service public :

- 1° Les biens, meubles ou immeubles, qui résultent d'investissements du concessionnaire et sont nécessaires au fonctionnement du service public sont les biens de retour. Dans le silence du contrat, ils sont et demeurent la propriété de la personne publique dès leur réalisation ou leur acquisition ;
- 2° Les biens, meubles ou immeubles, qui ne sont pas remis au concessionnaire par l'autorité concédante de droit public et qui ne sont pas indispensables au fonctionnement du service public sont les biens de reprise. Ils sont la propriété du concessionnaire, sauf stipulation contraire prévue par le contrat de concession ;
- 3° Les biens qui ne sont ni des biens de retour, ni des biens de reprise, sont des biens propres. Ils sont et demeurent la propriété du concessionnaire.

TA de Bordeaux, 29 juillet 2024, n°2404303

« L'article L. 3132-5 du code de la commande publique dispose que : " Au terme du contrat de concession de travaux ou du contrat concédant un service public, les biens de retour mentionnés à l'article L. 3132-4 qui ont été amortis au cours de l'exécution du contrat de concession font retour dans le patrimoine de la personne publique gratuitement, sous réserve des stipulations du contrat permettant à celle-ci de faire reprendre par le concessionnaire les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public. L'octroi au concessionnaire, pour la durée du contrat, de la propriété des biens nécessaires au service public

autres que les ouvrages établis sur la propriété d'une personne publique ou certains droits réels sur ces biens ne peut faire obstacle au retour gratuit de ces biens dans le patrimoine de la personne publique, sous réserve des stipulations permettant à celle-ci de faire reprendre par le concessionnaire les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public. ".

14. La SGCD soutient que la commune de Lacanau a méconnu les dispositions précitées de l'article L.3132-5 du code de la commande public au motif que le dispositif retenu implique obligatoirement que les biens résultant d'investissements du concessionnaire et nécessaires au fonctionnement du service public ne feront pas retour à l'autorité concédante à l'expiration du contrat de délégation de service public. Cependant, **ce moyen ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat de concession, au sens de l'article L551-1 du code de justice administrative ».**

CJUE, 11 juillet 2024, C-598/22, Società Italiana Imprese Balneari Srl contre Comune di Rosignano Marittimo e.a.

« ..., la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 49 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une règle nationale qui prévoit que, à l'expiration d'une concession d'occupation du domaine public et sauf stipulation contraire dans l'acte de concession, le concessionnaire est tenu de céder, immédiatement, gratuitement et sans indemnisation, les ouvrages inamovibles qu'il a réalisés sur la dépendance concédée, même en cas de renouvellement de la concession.

48 L'article 49, premier alinéa, TFUE interdit les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre. Ainsi qu'il résulte d'une jurisprudence constante, doivent être considérées comme restreignant cette liberté, toutes les mesures qui, même applicables sans discrimination tenant à la nationalité, interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de la liberté garantie à l'article 49 TFUE

49 À cet égard, il convient de relever que l'article 49 du code de la navigation se borne à tirer les conséquences des principes fondamentaux de la domanialité publique...

54 Le principe d'inaliénabilité implique notamment que le domaine public reste la propriété de personnes publiques et que les autorisations d'occupation domaniales sont précaires, en ce sens qu'elles ont une durée déterminée et qu'elles sont, de surcroît, révocables.

55 Conformément à ce principe, le cadre normatif applicable, en l'occurrence, à une concession d'occupation du domaine public fixe, sans la moindre équivoque, le terme de l'autorisation d'occupation qui est consentie. Il s'ensuit que SIIB ne pouvait ignorer, dès la conclusion du contrat de concession, que l'autorisation d'occupation domaniale qui lui avait été attribuée était précaire et révocable.

... En revanche, dans la présente affaire, la question de savoir si les biens construits par le concessionnaire sur le domaine public au cours de la concession doivent

intégrer le domaine public gratuitement relève d'une négociation contractuelle entre la personne publique concédante et son concessionnaire. En effet, aux termes de l'article 49, paragraphe 1, du code de la navigation, ce n'est qu'à titre supplétif (« Sauf convention contraire dans l'acte de concession ») que, « lorsque la concession prend fin, les ouvrages inamovibles construits sur le domaine public restent acquis à l'État, sans aucune indemnité ni remboursement, sans préjudice du droit de l'autorité concédante d'en ordonner la démolition, avec remise du domaine public dans son état initial ».

62 Par conséquent, il convient de répondre à la question posée par la juridiction de renvoi que l'article 49 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une règle nationale qui prévoit que, à l'expiration d'une concession d'occupation du domaine public et sauf stipulation contraire dans l'acte de concession, le concessionnaire est tenu de céder, immédiatement, gratuitement et sans indemnisation, les ouvrages inamovibles qu'il a réalisés sur la dépendance concédée, même en cas de renouvellement de la concession. »

Décret n°2024-933 du 11 octobre 2024 approuvant de la convention de concession passée entre l'Etat et la société AMEDEA pour l'autoroute A412 ainsi que le cahier des charges annexé à cette convention

« Article 22

Exploitation des installations annexes et des activités accessoires ou de valorisation

22.4. Le concessionnaire ne peut octroyer à des tiers des droits relatifs à l'implantation et l'exploitation d'installations annexes, d'installations nécessaires à des activités accessoires ou de valorisation ou de communications électroniques pour une période excédant le terme normal de la concession.

Toutefois, le concessionnaire peut être autorisé à octroyer de tels droits pour une période excédant le terme normal de la concession, sous réserve de l'accord préalable et écrit du concédant. Il en va ainsi, et sous réserve de leur compatibilité avec l'affectation du domaine public autoroutier, de la délivrance de titres d'occupation du domaine public dont la gestion lui est confiée en application de la présente convention de concession, en vue de permettre l'exercice sur le domaine public autoroutier concédé d'activités dont l'objet principal est la production d'énergies renouvelables.

Lorsque la durée du droit accordé excède le terme de la concession, le droit d'occupation délivré à l'occupant se poursuit jusqu'à son terme. Sans préjudice des stipulations de l'article 38 bis, lorsque l'occupation a été autorisée par voie de convention, l'Etat se substitue au concessionnaire dans tous les droits et obligations liés à l'exécution de la convention précitée à compter du terme normal ou anticipé de la concession.

En cas de résiliation anticipée de la concession, l'éventuelle valeur des droits d'occupation perçus par anticipation par le concessionnaire au titre de la durée restante de la concession à la date de résiliation de cette dernière, est déduite de l'indemnité de résiliation ».

CAA Marseille, 17 avril 2023, n°23MA00452, Communauté Cnes Vallée de l'Ubaye-Serre-Ponçon

« Toutefois, comme l'a jugé le tribunal administratif de Marseille, les biens pour l'occupation desquels il est sollicité le paiement d'une indemnité d'occupation appartiennent non pas à la société B... Frères, titulaire de la délégation de service public, mais, en propre, à M. B... et à la société Rudy. Rien n'indique, par ailleurs, que la société B... Frères aurait à aucun moment acquis la propriété du bien. **Dès lors que ces biens appartiennent à des tiers, leur mise à disposition ne peut emporter leur transfert dans le patrimoine de la personne publique.**

Si, en vertu de l'article 10 de la convention de délégation de service public, **le délégataire s'est engagé " dans la mesure du possible, à mettre tout en œuvre pendant la durée de la concession pour acquérir progressivement la pleine propriété des installations ", cette stipulation est sans incidence sur le raisonnement qui précède.** Il appartient, si elle s'y croit fondée, à l'autorité concédante souhaitant s'assurer du respect de cette stipulation d'engager la responsabilité du délégataire sur le fondement de cette stipulation.

L'action d'un tiers tendant à l'engagement de la responsabilité d'une personne publique, agissant dans le cadre de l'exploitation d'un service public à caractère industriel et commercial, à raison de l'occupation par cette personne publique, sans droit ni titre, d'un local privé, ressortit à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. Dès lors, la communauté de communes n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par les jugements attaqués, le tribunal administratif de Marseille a rejeté les demandes en cause comme présentées devant un ordre de juridiction incompétent pour en connaître. »

CAA Bordeaux, 28 février 2023, n°21BX01167, Époux. A...

« Dans ces conditions, les appelants sont fondés à soutenir que **cette délégation de service public et ce contrat de bail ne constituent pas un ensemble contractuel unique.** Au demeurant et en tout état de cause, **la seule mise à disposition du délégataire, par Mme A...., d'un bien lui appartenant, dans les conditions rappelées ci-dessus, ne saurait avoir pour effet d'attribuer cette dernière au contrat de délégation de service public et de lui conférer la qualité de délégataire.** Par suite, **le crématorium dont elle est propriétaire et qui n'a pas fait l'objet d'investissements par le délégataire n'est pas au nombre des biens qui sont entrés dans la propriété de la commune** en application des principes rappelées aux points 2 à 6 quand bien même il est nécessaire au fonctionnement du service public funéraire. Ainsi, les appelants sont fondés à soutenir que **c'est à tort que les premiers juges ont considéré que la commune étant devenue propriétaire du crématorium dès la conclusion du contrat de délégation de service public,** les délibérations dont s'agit étaient dépourvues de cause juridique. »

CE, 16 mai 2022, n°459904, Commune de Nîmes, Publié au recueil Lebon

« Des demandes d'une commune ne tendant qu'à la restitution par son délégataire de **différents supports, matériels ou non, ainsi que des droits d'administration de pages hébergées sur les réseaux sociaux,** sans préjudice des éventuels droits de propriété intellectuelle relatifs à ces supports ou aux contenus hébergés par ces pages, ne peuvent être regardés comme étant relatives à la propriété littéraire et artistique, au sens de l'article L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle (CPI)...Par suite, compétence de la juridiction administrative pour statuer sur ces demandes de restitution.

... Contrat de DSP passé par une commune portant sur « la gestion globale des services d'accueil, l'animation culturelle, la communication et la valorisation des services d'accueil, l'animation culturelle, la communication et la valorisation » des monuments romains de la commune, prévoyant qu'il incombe au délégataire, notamment, d'assurer la promotion des monuments, la communication et la « commercialisation touristique régionale, nationale et internationale autour des monuments objet de la présente délégation » et mettant à la charge du délégataire la communication et la promotion « via les réseaux sociaux ». ...Les droits d'administration des pages des réseaux sociaux relatives aux monuments faisant l'objet du contrat étant nécessaires au fonctionnement du service public tel qu'institué par la commune, ils doivent lui faire retour gratuitement au terme du contrat. »

CAA Nantes, 08 avril 2022, n°21NT00768, Commune d'Hennebont

« Il résulte de l'instruction, notamment des termes mêmes de la convention conclue en 2004 par laquelle la commune d'Hennebont a indiqué confier la gestion d'une structure de multi-accueil de quarante places, désignée comme activité sociale ayant un caractère de service public, à l'Association départementale des pupilles de l'enseignement public du Morbihan, que la convention portait exclusivement sur cette structure créée au sein des locaux de la maison de la petite enfance, appartenant au domaine public de la commune. **Si la convention conclue en 2004 comportait des clauses mettant à la charge de l'union technique Pupilles Petite Enfance, créée spécialement pour la gestion du multi-accueil, des obligations d'entretien de cet immeuble, il ne résulte d'aucun terme de la convention, ni de l'instruction, que les parties à la convention auraient entendu mettre à la charge de la cocontractante l'acquisition d'autres biens immobiliers pour le fonctionnement du service public qui lui était confié.** Par ailleurs, dans le cadre de l'acquisition par l'union technique Pupilles Petite Enfance de la maison située rue Yvon Croizer, la commune d'Hennebont a explicitement exclu, par un courrier du maire du 24 novembre 2009, d'une part la prise en charge de dépenses correspondant à cet achat qui devait être supporté par la seule association, d'autre part que la convention de collaboration conclue en 2004 intègre ce nouveau site de multi-accueil. Dans ces conditions, il ne résulte ni de la convention de 2004 confiant la gestion du service public à l'Association départementale des pupilles de l'enseignement public du Morbihan ni d'aucune autre pièce que les parties auraient eu la commune intention de mettre à la charge de l'union technique Pupilles Petite Enfance l'acquisition de l'immeuble situé rue Yvon Croizer en vue du fonctionnement du service public. **Dès lors, l'immeuble acheté en 2011 ne peut être regardé comme ayant été acquis par l'union technique Pupilles Petite Enfance pour les besoins de la gestion de la structure multi-accueil qui lui avait été initialement confiée et ne saurait donc, contrairement à ce que soutient la commune appelante, être qualifié de bien de retour lui appartenant dès l'origine.** La seule circonstance que la commune a, postérieurement, indiqué en 2015 aux candidats à la délégation de service public portant sur la gestion de cette structure que le site de la rue Yvon Croizer en relevait ne saurait en changer la nature juridique, s'agissant d'un immeuble appartenant à l'association dite union technique et qui n'a pas été acquis pour le seul fonctionnement du service public constituant l'objet de la convention de 2004. »

CAA Marseille, 25 oct. 2021, n° 19MA03215, Synd. mixte d'aménagement de la Vallée de la Durance

« Le SMAVD, ainsi qu'il l'affirme dans ses écritures, n'a procédé à aucun amortissement comptable des investissements propres qu'il a réalisés et ne dispose d'aucun élément permettant de justifier leur valeur nette comptable. ... **Ainsi, à défaut d'éléments comptables fournis par le SMAVD concernant la valeur résiduelle des actifs et dans l'hypothèse d'un amortissement linéaire des**

investissements sur fonds propres engagés par le SMAVD pour la réalisation des équipements remis à la commune de Cadenet, il y a lieu de considérer que la valeur nette comptable de ces investissements n'aurait pas excédé la somme de 400 000 euros à la date de la résiliation de la convention. Le SMAVD, qui est à l'initiative de la résiliation de la convention, ne peut utilement se prévaloir d'autres préjudices. Par suite, la commune de Cadenet est fondée à soutenir que le montant de l'indemnité contractuelle excède le montant du préjudice réel subi par le Syndicat Mixte ».

CE, 23 janv. 2020, n° 426421, Sté Touristique de la Trinité

« Si les jeux de casino ne constituent pas, par eux-mêmes, une activité de service public, les conventions conclues pour leur installation et leur exploitation ont, compte tenu de ce que le cahier des charges impose au cocontractant des obligations relatives notamment à la prise en charge du financement d'infrastructures et de missions d'intérêt général en matière de développement économique, culturel et touristique et que sa rémunération est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, le caractère d'une délégation de service public ou d'une concession de travaux publics.

Il en résulte que les biens nécessaires au fonctionnement du service public confié au cocontractant, alors même que des jeux de casino y sont installés, constituent des biens de retour et appartiennent à la personne publique contractante.

En jugeant que les locaux situés 4-6 rue de Carnac, qui abritent le casino, l'hôtel et le restaurant exploités par la société Touristique de la Trinité constituaient des biens immobiliers nécessaires dans leur ensemble au fonctionnement du service public qui lui a été délégué et, donc, des biens de retour, alors même qu'ils n'étaient pas édifiés sur une dépendance du domaine public de la commune et que le contrat prévoyait que la société ferait son affaire des opérations immobilières relatives à la création du casino, la cour a exactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ».

Article L3132-5

Au terme du contrat de concession de travaux ou du contrat concédant un service public, les biens de retour mentionnés à l'article L. 3132-4 qui ont été amortis au cours de l'exécution du contrat de concession font retour dans le patrimoine de la personne publique gratuitement, sous réserve des stipulations du contrat permettant à celle-ci de faire reprendre par le concessionnaire les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public.

L'octroi au concessionnaire, pour la durée du contrat, de la propriété des biens nécessaires au service public autres que les ouvrages établis sur la propriété d'une personne publique ou certains droits réels sur ces biens ne peut faire obstacle au retour gratuit de ces biens dans le patrimoine de la personne publique, sous réserve des stipulations permettant à celle-ci de faire reprendre par le concessionnaire les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public.

CAA de Versailles, 14 Novembre 2024, n°21VE02630, Société SDCC

« Les sommes requises pour l'exécution des travaux de renouvellement des biens nécessaires au fonctionnement du service public qui ont seulement donné lieu, à la date d'expiration du contrat, à des provisions, font également retour à la personne publique. Il en va de même des sommes qui auraient fait l'objet de provisions en vue de l'exécution des travaux de renouvellement pour des montants excédant ce que ceux-ci exigeaient, l'équilibre économique du contrat ne justifiant pas leur conservation par le concessionnaire.

24... A supposer même que les ouvrages restitués par l'ancien concessionnaire se trouvaient en bon état lors de la résiliation du contrat en 2016, ce que conteste cependant la société CEVE, la commune est fondée à demander la restitution des sommes ayant fait l'objet de provisions en vue de l'exécution de travaux de gros entretien renouvellement pour des montants excédant ce que ceux-ci exigeaient, conformément aux principes précédemment rappelés. Ainsi, alors même que le contrat de concession a été résilié avant son échéance prévue en 2032, la société SDCC n'est pas fondée à soutenir que leur restitution représente un enrichissement sans cause pour la commune voire pour le nouveau concessionnaire, aucun élément ne permettant de remettre en cause le bien-fondé des provisions constituées par la société SDCC. Par suite, la commune est fondée à demander la restitution du solde du compte GER.

...

29. En premier lieu, dans le cadre d'une délégation de service public ou d'une concession de travaux mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique.

31. En deuxième lieu, si l'annexe 1 précitée au rapport du 24 novembre 2017 mentionne notamment un écran, une imprimante, un bureau et un caisson, un ordinateur portable ainsi que divers autres biens, d'une part, il n'est pas établi que ces biens ne sont pas nécessaires à l'exploitation du réseau de distribution de chaleur et au fonctionnement du service public, et, d'autre part, la circonstance qu'il s'agit de biens meubles n'est pas par elle-même de nature à exclure qu'ils puissent être regardés comme des biens de retour. En tout état de cause, ces biens sont mentionnés pour une valeur nette comptable nulle dans cette annexe ».

CAA de Lyon, 7 novembre 2024, n°24LY00428, Société roannaise d'immobilier

« Dans le cadre d'une concession de service public mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique. Le contrat peut attribuer au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des ouvrages qui, bien que nécessaires au fonctionnement du service public, ne sont pas établis sur la propriété d'une personne publique, ou des droits réels sur ces biens, sous réserve de comporter les garanties propres à assurer la continuité du service public, notamment la faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession, en cours de concession, de ces ouvrages ou des droits détenus par la personne privée. A l'expiration de la convention, les biens qui sont entrés, en application de ces principes, dans la propriété de la personne publique et ont été amortis au cours de l'exécution du contrat font nécessairement retour à celle-ci gratuitement, sous réserve des clauses contractuelles permettant à la personne publique, dans les conditions qu'elles déterminent, de faire reprendre par son cocontractant les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public. Le contrat qui accorde au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des biens nécessaires au service public autres que les ouvrages établis sur la propriété d'une personne publique, ou certains droits réels sur ces biens, ne peut, sous les mêmes réserves, faire obstacle au retour gratuit de ces biens à la personne publique en fin de concession. Lorsque la convention arrive à son terme normal ou que la personne publique la résilie avant ce terme, le concessionnaire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, en application des principes énoncés ci-dessus, lorsqu'ils n'ont pu être totalement amortis, soit en raison d'une durée du contrat inférieure à la durée de l'amortissement de ces biens, soit en raison d'une résiliation à une date antérieure à leur complet amortissement. Les règles énoncées ci-dessus trouvent également à s'appliquer lorsque le cocontractant de l'administration était, antérieurement à la passation de la concession de service public, propriétaire de biens qu'il a, en acceptant de conclure la convention, affectés au fonctionnement du service public et qui sont nécessaires à celui-ci. Une telle mise à disposition emporte le transfert des biens dans le patrimoine de la personne publique dans les conditions qui ont été indiquées. Elle a également pour effet, quels que soient les termes du contrat sur ce point, le retour gratuit de ces biens à la personne publique à l'expiration de la convention, dans les conditions qui ont été indiquées. »

TA de Caen, 28 mars 2024, n°2400597

« Aux termes de l'article L. 3132-4 du code de la publique : " Lorsqu'une autorité concédante de droit public a conclu un contrat de concession de travaux ou a concédé la gestion d'un service public : 1° Les biens, meubles ou immeubles, qui résultent d'investissements du concessionnaire et sont nécessaires au fonctionnement du service public sont les biens de retour. Dans le silence du contrat, ils sont et demeurent la propriété de la personne publique dès leur réalisation ou leur acquisition () ". Aux termes de l'article L. 3132-5 du code de la commande publique : ...

12. En troisième lieu, la société du Grand casino de Dinant fait valoir que " le groupe Partouche " a d'ores et déjà amorti les investissements réalisés dans le bâtiment exploité, ce qui est de nature, compte tenu des nouveaux investissements attendus par la commune, à faire bénéficier la société

Casino de Coutainville d'un avantage indu, en terme de capacité d'investissement. Toutefois, ainsi qu'il a été dit au point 10, aucune disposition du règlement de la consultation n'impose au futur délégataire d'être propriétaire du bâtiment accueillant l'activité déléguée, de sorte qu'il n'est pas démontré que les candidats concurrents de l'actuelle délégataire auront à supporter une charge financière obérant les capacités d'investissement attendues par la commune pour réaliser un programme d'investissement permettant d'améliorer l'offre proposée au public. En outre, si le projet de contrat de délégation de service public prévoit, dans son article 35, que " les investissements prévus en annexe à ce contrat sont réputés totalement amortis au terme normal du contrat et font retour gratuitement à la commune ", il ne résulte pas de l'instruction que les dispositions prévisionnelles relatives à la durée d'amortissement des investissements revêtent un caractère impératif, la commune ayant prévu une phase de négociation avant la remise des offres et devant, en tout état de cause, respecter les dispositions du code de la commande publique relatives au régime des biens de retour en fin de concession ».

CAA Toulouse, 5 décembre 2023, n°21TL04384, Commune de Sète

« Les dispositions contractuelles citées aux points 11 et 12 ne font pas obstacle à ce qu'une indemnité soit due au titre des immobilisations de la société Indigo Infra CGST lorsque, comme en l'espèce, le contrat a été résilié de manière anticipée et que les biens de retour n'ont pas encore été amortis. En outre, il n'existe aucune contestation entre les parties sur l'inventaire des biens de retour non amortis avant le terme de la résiliation, la seule contestation portant sur l'état dans lequel ils ont été restitués à la date de la résiliation.

Toutefois, la circonstance que les équipements, installations et ouvrages faisant l'objet du contrat de concession n'ont pas été restitués dans un état normal d'entretien et de fonctionnement est sans incidence sur l'indemnisation due au titre de la valeur nette comptable des biens de retour non amortis à la date de la résiliation. Par suite, la commune de Sète n'est pas fondée à demander à ce que la somme de 560 717,25 euros soit déduite de l'indemnité due à la société Indigo Infra CGST au titre de la valeur nette comptable des biens de retour.

Compte tenu de ce qui précède, l'indemnisation à laquelle la société Indigo Infra CGST peut prétendre au titre de l'indemnisation des biens de retour non amortis à la date de la résiliation en litige doit être fixée à la somme de 2 546 558 euros.

L'étendue et les modalités de cette indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le concessionnaire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé. L'indemnisation des biens de retour non amortis avant le terme d'une concession telle qu'elle vient d'être opérée au point 21 dans le respect des principes régissant de tels biens, ne fait pas échec à l'application des stipulations contractuelles par lesquelles les parties ont entendu fixer l'indemnisation des autres chefs de préjudice susceptibles de naître d'une résiliation anticipée. Dès lors que les stipulations relatives à l'indemnisation forfaitaire du manque à gagner du concessionnaire présentent, ainsi qu'il a été dit au point 14, un caractère divisible du mécanisme d'indemnisation des investissements non amortis et qu'elles ne conduisent pas, dans les circonstances de l'espèce et au regard du résultat courant avant impôt attendu sur les années 2016 à 2021 tel que mentionné dans le tableau de synthèse produit par la société appelante, à instituer, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité à laquelle elle est tenue et le montant du préjudice résultant du manque à gagner pour le concessionnaire, il y a lieu de faire application des stipulations de l'article 43 de la convention relatives à l'indemnisation forfaitaire du manque à gagner du concessionnaire et de confirmer le jugement attaqué en tant qu'il condamne la commune de Sète à verser à la société Indigo Infra CGST une indemnité annuelle forfaitaire de 76 224,51 euros (500 000 francs) hors taxes pour la période de contrat restant à courir, cette somme devant être indexée dans les conditions fixées au paragraphe 1-2 de l'article 1er de l'avenant n° 1 du 1er août 2000. »

CE, 24 novembre 2023, n°473696, SIPPPEC

« En premier lieu, si les parties à un contrat administratif peuvent déterminer l'étendue et les modalités des droits à indemnité du cocontractant en cas de résiliation du contrat pour un motif

d'intérêt général, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion entre l'indemnité ainsi fixée et le préjudice subi, la fixation des modalités d'indemnisation de la part non amortie des biens de retour dans un contrat de concession obéit, compte tenu de la nature d'un tel préjudice, à des règles spécifiques. Lorsqu'une personne publique résilie une concession avant son terme normal, le concessionnaire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, dès lors qu'ils n'ont pu être totalement amortis. Lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, cette indemnité est égale à leur valeur nette comptable inscrite au bilan. Dans le cas où leur durée d'utilisation était supérieure à la durée du contrat, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat. Si, en présence d'une convention conclue entre une personne publique et une personne privée, il est loisible aux parties de déroger à ces principes, l'indemnité mise à la charge de la personne publique au titre de ces biens ne saurait en toute hypothèse excéder le montant calculé selon les modalités précisées ci-dessus. »

CEDH, 5 octobre 2023, n°24300/20, SARL Couttolenc Frères c/ France

« La Cour en déduit que les biens litigieux, dont la société requérante était propriétaire avant la conclusion du contrat de délégation de service public du 28 décembre 1998, ont été transférés à cette date dans le patrimoine de la CCVU.

Elle note que le Gouvernement ne conteste pas qu'il y a eu transfert à la CCVU de la propriété de biens appartenant à la société requérante, mais soutient que ce transfert ne s'analyse pas en une privation de propriété, au sens de l'article 1 du Protocole n°1. Elle juge toutefois inutile de trancher cette question dès lors qu'en l'espèce, d'une part, l'application de la règle des biens de retour est en tout cas constitutive d'une ingérence dans la jouissance du droit au respect des biens, et, d'autre part, à supposer même que cette ingérence soit constitutive d'une privation de propriété, il n'y a pas eu violation de l'article 1 du Protocole n°1 pour les raisons indiquées ci-après. »

La Cour constate que l'ingérence dénoncée par le requérant dans la jouissance de son droit au respect des biens, qui résulte de l'application en sa cause de la règle des biens de retour, visait à assurer la continuité du service public. Un tel but relève sans conteste de l'intérêt public, d'autant plus que, s'agissant en l'espèce du service public des remontées mécaniques, il se rattache à l'objectif de développement équitable et durable des territoires de montagne, qui a été déclaré « objectif d'intérêt national » par la loi du 9 janvier 1985

À supposer que l'ingérence litigieuse soit constitutive d'une privation de propriété, la Cour rappelle que sans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une ingérence de cette nature constituerait d'ordinaire une atteinte excessive qui ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1 du Protocole n°1. Cette disposition ne garantit pourtant pas dans tous les cas le droit à une compensation intégrale. En outre, le contrôle de la Cour se borne à rechercher si les modalités choisies excèdent la large marge d'appréciation dont l'État jouit en la matière.

En effet, d'une part, la société requérante indique elle-même que les équipements qu'elle a apportés à l'exploitation étaient amortis à la fin de la concession. Il s'en déduit que le coût de ces équipements, qui avait ainsi été comptabilisé en charges, était couvert par les résultats de l'exploitation lorsqu'ils ont fait retour à la CCVU.

Il apparaît en fait que la valeur des biens nécessaires au fonctionnement du service public apportés par le délégataire au moment de la signature de la convention de délégation de service public, qui sont transférés dans le patrimoine de la personne publique délégante, est en principe compensée puisqu'elle est intégrée au calcul de l'équilibre économique du contrat au moment de sa signature, et qu'à défaut, le délégataire peut, au terme du contrat, obtenir du juge administratif une indemnisation destinée à rétablir cet équilibre.

Dans cette circonstance, à supposer que l'ingérence litigieuse soit constitutive d'une privation de propriété, compte tenu aussi de ce que la société requérante a pu exploiter commercialement les équipements litigieux durant plus de vingt-huit ans après l'entrée en vigueur de la loi du 9 janvier 1985, on ne saurait considérer qu'elle a supporté une charge spéciale et exorbitante du seul fait qu'elle n'a pu obtenir le paiement d'une somme correspondant à la valeur vénale des biens transférés à la CCVU. Vu de plus la large marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur et l'importance du but légitime poursuivi, s'agissant de la continuité d'un service public s'inscrivant dans

une politique d'aménagement du territoire, la Cour conclut que cette ingérence était raisonnablement proportionnée à ce but. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1. »

CE, 16 décembre 2022, n°455186, SNC Grasse-vacances

« Les parties à un contrat conclu par une personne publique peuvent déterminer l'étendue et les modalités des droits à indemnité du cocontractant en cas de résiliation amiable du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment de la personne publique, **l'allocation au cocontractant d'une indemnisation excédant le montant du préjudice qu'il a subi résultant du gain dont il a été privé ainsi que des dépenses qu'il a normalement exposées et qui n'ont pas été couvertes en raison de la résiliation du contrat.** »

CE, 10 nov. 2021, n° 449985, Commune de Sète

« Pour déterminer les droits à indemnisation de la société, la cour administrative d'appel de Marseille a fait application des stipulations de l'article 43 du contrat de concession et de l'article 5 de son premier avenant. La convention prévoyait, en cas de résiliation, que la commune " remboursera à l'opérateur : - le montant du capital restant dû, selon le tableau conventionnel d'amortissement annexé à la présente convention, actualisé selon l'évolution de l'indice INSEE du coût de la construction défini au chapitre VI de la présente convention (...) - une indemnité de rachat anticipé. (...) ". Aux termes de l'article 5 de l'avenant n° 1 à la convention : " (...) il est apporté les modifications et compléments suivants à l'article 43 de la convention initiale : - les annexes 2 et 3 du présent avenant remplacent le tableau conventionnel d'amortissement annexé à la convention du 20 décembre 1991 et visé à l'article 43. - L'indemnité prévue à l'article 43 est remplacée par ce qui suit : (...) la ville versera à l'opérateur une indemnité fixée à 500 000 francs hors taxe (valeur 1er janvier 2000) par année restant à courir jusqu'au 31 décembre 2021 et indexée dans les conditions fixées à l'article 1 ci-avant 1/2 paragraphe A du présent avenant ". **La cour a estimé qu'en application de ces stipulations, la société avait droit au remboursement du capital restant dû à hauteur de 4 946 302,39 euros et à une indemnité contractuelle d'un montant de 574 885,25 euros, soit une somme globale de 5 521 187,64 euros.** Faisant application du principe selon lequel si les règles générales applicables aux contrats administratifs permettent aux parties de déterminer l'étendue et les modalités des droits à indemnité du cocontractant en cas de résiliation du contrat pour un motif d'intérêt général, l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités exclut qu'il en résulte, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le préjudice subi, la cour a recherché quel avait été le préjudice réellement subi par la société. Dans ce cadre, elle a estimé, d'une part, que la valeur nette comptable des biens non amortis s'élèverait à 2 546 558 euros et que, d'autre part, le bénéfice net dont la SA Indigo Infra CGST pourrait se prévaloir au titre du manque à gagner pour les 20 années de contrat restantes serait au moins équivalent au bénéfice net qu'elle a constaté pour les 20 premières années d'exécution, soit 3,9 millions d'euros. Elle en a déduit que le montant versé par la commune en application de l'article 43 de la convention de concession n'était pas manifestement disproportionné au préjudice subi par la société...

En estimant que la circonstance, invoquée par la commune de Sète, que **le montant de la part de l'indemnité versée au titre du capital restant dû, tel qu'il résultait de l'application des clauses du contrat, serait supérieur à la valeur non amortie des biens de retour n'était pas de nature, à elle seule, à faire obstacle à l'application de l'article 43 de la convention**, alors qu'il lui revenait de vérifier que les stipulations contractuelles permettaient d'assurer au concessionnaire l'indemnisation de la part non amortie des biens de retour dans les conditions rappelées au point 5 et, à défaut, de les écarter, la cour a commis une erreur de droit et méconnu son office ».

CAA Nantes, 13 Février 2020, n° 18NT04354, société OHM

« Lorsque la personne publique résilie la convention avant son terme normal, le délégataire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique dès lors qu'ils n'ont pu être totalement amortis. (...) Il résulte de l'instruction qu'à la date de la rupture du contrat, intervenue près de six ans avant son terme prévu, des biens tels que notamment des télévisions ou des matériels informatiques, en principe indispensables au fonctionnement du service public, ont été intégrés dans le patrimoine du centre

hospitalier. **Si la société OHM soutient qu'elle doit être indemnisée en conséquence, elle ne produit toutefois aucun élément de nature à établir précisément la liste des immobilisations qui auraient effectivement la qualité de biens de retour et n'auraient pas été amortis, les modalités de leur amortissement et leur valeur nette comptable, à la date d'effet de la résiliation, inscrite dans les comptes de la société requérante qui en revendique l'indemnisation ».**

CE, 20 juin 2018, n° 408507, Sté La Communication hospitalière

« Considérant qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, pour écarter la demande d'indemnisation présentée par la société LCH au titre du retour anticipé des meubles multimédia dans le patrimoine de la collectivité publique, la cour administrative d'appel de Douai a interprété les stipulations de l'article 2.2 de l'avenant n° 1 conclu le 28 octobre 2005 entre la société LCH et le centre hospitalier de Valenciennes, aux termes desquelles " Le mobilier multimédias installé sera maintenu par le délégataire pendant toute la durée de la convention de délégation. **A son issue, il sera intégré au patrimoine de la collectivité sans contrepartie financière, dans le cadre des biens de retour** ", **comme impliquant que ces meubles ne donneraient pas lieu à indemnité au titre des biens de retour**, y compris dans l'hypothèse d'une résiliation anticipée ; qu'il est toutefois constant que les stipulations de l'article 2.2 de l'avenant n° 1 **ne visent à prévoir une intégration, sans contrepartie financière, de ces biens dans le patrimoine de la collectivité publique qu'à l'issue du contrat, au terme de la durée initialement prévue, et non dans le cas d'une résiliation anticipée de celui-ci** ; qu'ainsi, en estimant que ces stipulations faisaient obstacle à ce qu'une indemnité soit due à ce titre à la société LCH, y compris dans l'hypothèse où, du fait de la résiliation anticipée du contrat, les biens n'auraient pas été entièrement amortis, **la cour en a dénaturé les termes** ».

CJUE, 28 janvier 2016, C-375/14, Rosanna Laezza

« Selon l'article 1er, paragraphe 78, sous b), point 26, de la loi de stabilité 2011, le contrat de concession doit obligatoirement contenir une clause prévoyant « la cession à titre gratuit ou [...] la dévolution du réseau infrastructurel de gestion et de collecte du jeu à l'[ADM] au moment de l'expiration de la durée de la concession, exclusivement à la demande préalable de cette dernière, communiquée au moins six mois avant ladite expiration, ou communiquée à l'occasion de la décision de révocation ou de déchéance de la concession... »

Par sa question préjudicielle, la juridiction de renvoi cherche en substance à savoir si les articles 49 TFUE et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une dispositions nationale, telle que celle en cause au principal, qui impose au concessionnaire de céder à titre gratuit, lors de la cessation de l'activité du fait de l'expiration de la période de concession ou par l'effet de décisions de déchéance ou de révocation, l'usage de biens matériels et immatériels détenus en propriété et constituant le réseau de gestion et de collecte du jeu.

...
En l'occurrence, le gouvernement italien soutient que la disposition en cause au principal est justifiée, dans le cadre de **l'objectif de lutte contre la criminalité liée aux jeux, par l'intérêt d'assurer la continuité de l'activité légale de collecte de paris afin d'endiguer le développement d'une activité illégale parallèle.**

34 Un tel objectif est de nature à constituer **une raison impérieuse d'intérêt général** susceptible de justifier une restriction aux libertés fondamentales telle que celle en cause au principal.

...
En ce qui concerne la question de savoir si cette disposition ne va pas au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi, il ne saurait être exclu que, dans l'hypothèse de la déchéance ou de la révocation, à titre de sanction, du contrat de concession concerné, la cession à titre gratuit à l'ADM ou à un autre concessionnaire de l'usage des biens matériels et immatériels constituant le réseau de gestion et de collecte du jeu présente un caractère proportionné.

40 En revanche, tel n'est pas nécessairement le cas, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 88 de ses conclusions, lorsque la cessation de l'activité intervient du seul fait de l'expiration de la concession.

41 En effet, dans l'hypothèse où le contrat de concession, conclu pour une durée sensiblement plus courte que celle des contrats conclus avant l'adoption du décret-loi de 2012, arrive à son échéance naturelle, **le caractère gratuit d'une telle cession forcée semble aller à l'encontre de l'exigence**

de proportionnalité, en particulier lorsque l'objectif de continuité de l'activité autorisée de collecte de paris pourrait être atteint par des mesures moins contraignantes, telle la cession forcée, mais à titre onéreux au prix du marché, des biens concernés.

44 Eu égard à l'ensemble de ces considérations, il y a lieu de répondre à la question posée que les articles 49 TFUE et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition nationale restrictive, telle que celle en cause au principal, qui impose au concessionnaire de céder à titre gratuit, lors de la cessation de l'activité du fait de l'expiration de la période de concession, l'usage des biens matériels et immatériels détenus en propriété et constituant le réseau de gestion et de collecte du jeu, **pour autant que cette restriction aille au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif effectivement poursuivi par cette disposition**, ce qu'il revient à la juridiction de renvoi de vérifier ».

Article L3132-6

Le contrat de concession de travaux ou le contrat concédant un service public peut également prévoir une faculté de reprise au profit de la personne publique concédante au terme du contrat, moyennant un prix convenu entre les parties ou, le cas échéant, gratuitement, des biens appartenant au concessionnaire qui ne sont pas nécessaires au fonctionnement du service public.

Chapitre III - Exécution financière

Section 1 - Facturation électronique

Sous-section 1 - Transmission et réception des factures sous forme électronique

Article L3133-1

Les titulaires de contrats de concession conclus avec l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics transmettent leurs factures sous forme électronique. Le présent article n'est pas applicable aux contrats de concession de défense ou de sécurité.

Article L3133-2

Les personnes morales de droit public acceptent les factures transmises sous forme électronique par les titulaires de contrats de concession mentionnés à l'article L. 3133-1.

Article L3133-3

Sans préjudice de l'article L. 3133-2, les autorités concédantes acceptent les factures conformes à la norme de facturation électronique définie par voie réglementaire et transmises sous forme électronique par les titulaires de contrats de concession.

Article L3133-4

Les articles L. 3133-2 et L. 3133-3 ne sont pas applicables aux contrats de concession de défense ou de sécurité lorsque leur passation et leur exécution sont déclarées secrètes ou doivent s'accompagner de mesures particulières de sécurité.

Article L3133-5

Les modalités d'application de la présente sous-section, notamment les éléments essentiels que doivent contenir les factures électroniques, sont définies par voie réglementaire.

Sous-section 3

Contrôles et transmission des factures et des données relatives à la facturation et au paiement

Article R. 3133-4

Les dispositions des articles 242 nonies A à 242 nonies L et de l'article 242 nonies P de l'annexe II au code général des impôts s'appliquent aux factures échangées en application de la présente section.

Entrée en vigueur : conformément à l'article 26 de la loi n° 2022-1157 du 16 août 2022 de finances rectificative pour 2022, le décret entre en vigueur de manière différée et progressive :

- d'une part, l'obligation d'émission et de transmission des factures électroniques entre assujettis, de transmission des données de ces factures et de transmission des données de transaction et de paiement à l'administration fiscale s'applique aux factures émises ou à défaut aux opérations réalisées à compter du :

1er juillet 2024 pour les grandes entreprises ;

1er janvier 2025 pour les entreprises de taille intermédiaire ;

1er janvier 2026 pour les petites et moyennes entreprises et les microentreprises.

Sous-section 2 : Portail public de facturation

Article L3133-6

Une solution mutualisée, mise à disposition par l'Etat et dénommée " portail public de facturation ", permet le dépôt, la réception et la transmission des factures sous forme électronique ainsi que des données relatives aux mentions figurant sur les factures électroniques conformément au deuxième alinéa du II de l'article 289 bis du code général des impôts. Pour la mise en œuvre des obligations résultant de la sous-section 1 de la présente section, utilisent le portail public de facturation :

1° L'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics ;

2° Les titulaires de contrats de concession conclus avec une autorité concédante mentionnée au 1°.

Article L3133-7

Ne sont pas soumises à la présente sous-section les factures émises en exécution des contrats de concession passés par :

1° L'Etat et ses établissements publics en cas d'impératif de défense ou de sécurité nationale ;

2° La Caisse des dépôts et consignations ;

3° L'établissement public mentionné à l'article L. 2142-1 du code des transports ;

4° La SNCF, SNCF Réseau et SNCF Voyageurs.

Article L3133-8

Les modalités d'application de la présente sous-section sont précisées par voie réglementaire.

Paragraphe 1 - Norme de facturation électronique

Article D3133-1

La norme de facturation électronique mentionnée à l'article L. 3133-3 est celle fixée par la décision (UE) 2017/1870 de la Commission européenne du 16 octobre 2017 concernant la publication de la référence de la norme européenne sur la facturation électronique et de la liste des syntaxes en vertu de la directive 2014/55/ UE du Parlement européen et du Conseil.

Paragraphe 2 - Mentions obligatoires des factures sous forme électronique

Article D3133-2

Sans préjudice des mentions obligatoires fixées par les dispositions législatives ou réglementaires, les factures mentionnées aux articles L. 3133-1 à L. 3133-3 comportent les mentions suivantes :

1° La date d'émission de la facture ;

2° La désignation de l'émetteur et du destinataire de la facture ;

3° Le numéro unique basé sur une séquence chronologique et continue établie par l'émetteur de la facture, la numérotation pouvant être établie dans ces conditions sur une ou plusieurs séries ;

4° En cas de contrat exécuté au moyen de bons de commande, le numéro du bon de commande ou, dans les autres cas, les références du contrat ou le numéro de l'engagement attribué par le système d'information financière et comptable du destinataire de la facture ;

5° La désignation du payeur, avec l'indication, pour les personnes publiques, du code d'identification du service chargé du paiement ;
 6° La date de livraison des fournitures ou d'exécution des services ou des travaux ;
 7° La quantité et la dénomination précise des produits livrés, des prestations et travaux réalisés ;
 8° Le prix unitaire hors taxes des produits livrés, des prestations et travaux réalisés ou, lorsqu'il y a lieu, leur prix forfaitaire ;
 9° Le montant total de la facture, le montant total hors taxes et le montant de la taxe à payer, ainsi que la répartition de ces montants par taux de taxe sur la valeur ajoutée, ou, le cas échéant, le bénéfice d'une exonération ;
 10° L'identification, le cas échéant, du représentant fiscal de l'émetteur de la facture ;
 11° Le cas échéant, les modalités de règlement ;
 12° Le cas échéant, les renseignements relatifs aux déductions ou versements complémentaires. Les factures comportent en outre les numéros d'identité de l'émetteur et du destinataire de la facture, attribués à chaque établissement concerné ou, à défaut, à chaque personne en application de l'article R. 123-221 du code de commerce. Pour les émetteurs ne disposant pas du numéro d'identité mentionné à l'alinéa précédent, un arrêté du ministre chargé du budget, annexé au présent code, fixe l'identifiant qui doit être porté sur les factures.

Article R3133-3

Un arrêté du ministre chargé du budget, annexé au présent code, définit les modalités techniques selon lesquelles le dépôt, la transmission et la réception des factures sont effectués sur le portail public de facturation en application de l'article L. 3133-6. Ces modalités garantissent la réception immédiate et intégrale des factures et assure la fiabilité de l'identification de l'émetteur, l'intégrité des données, la sécurité, la confidentialité et la traçabilité des échanges. L'utilisation du portail public de facturation est exclusive de tout autre mode de transmission. Lorsqu'une facture lui est transmise en dehors de ce portail, la personne publique destinataire ne peut la rejeter qu'après avoir informé l'émetteur par tout moyen de l'obligation prévue à l'article L. 3133-1 et l'avoir invité à s'y conformer en utilisant ce portail.

Section 2 - Délais de paiement

Sous-section 1 - Fixation du délai de paiement

Article L3133-10

Les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entités adjudicatrices, paient les sommes dues en principal en exécution d'un contrat de concession dans un délai prévu par celui-ci ou, à défaut, dans un délai fixé par voie réglementaire et qui peut être différent selon les catégories de pouvoirs adjudicateurs.
 Lorsqu'un délai de paiement est prévu dans le contrat de concession, il ne peut excéder le délai prévu par voie réglementaire.

Article R3133-10

Le délai de paiement prévu au premier alinéa de l'article L. 3133-10 est fixé à trente jours pour les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice.

Article L3133-11

Les entités adjudicatrices mentionnées aux 2° et 3° de l'article L. 1212-1 paient les sommes dues en principal en exécution d'un contrat de concession dans le délai prévu à l'article L. 441-6 du code de commerce.

Article R3133-11

Par dérogation à l'article R. 3133-10, le délai de paiement est fixé à :

- 1° Cinquante jours pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées ;
- 2° Soixante jours pour les entreprises publiques au sens du II de l'article 1er de l'ordonnance du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/ CEE du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, à l'exception de celles ayant la nature d'établissements publics locaux.

Sous-section 2 - Intérêts moratoires, indemnités forfaitaire et complémentaire pour frais de recouvrement

Article L3133-12

Le retard de paiement est constitué lorsque les sommes dues au créancier, qui a rempli ses obligations légales et contractuelles, ne sont pas versées par le pouvoir adjudicateur à l'échéance prévue au contrat de concession ou à l'expiration du délai de paiement.

Article L3133-13

Le retard de paiement ouvre droit, dans les conditions prévues à la présente sous-section, à des intérêts moratoires, à une indemnité forfaitaire et, le cas échéant, à une indemnisation complémentaire versés au créancier par le pouvoir adjudicateur.
 Dès le lendemain de l'expiration du délai de paiement ou de l'échéance prévue par le contrat de concession, le retard de paiement fait courir, de plein droit et sans autre formalité, des intérêts moratoires dont le taux est fixé par voie réglementaire.
 Il donne lieu, de plein droit et sans autre formalité, au versement d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement, dont le montant est fixé par voie réglementaire.
 Lorsque les frais de recouvrement exposés sont supérieurs au montant de l'indemnité forfaitaire prévue à l'alinéa précédent, le créancier peut demander une indemnisation complémentaire, sur justification.

TA Cergy-Pontoise, 14 mars 2024, n°1804615

« En application des dispositions précitées, le délai de paiement était fixé au 31 octobre 2020, de sorte que les intérêts moratoires ont commencé à courir à compter du 1er novembre 2020 jusqu'à la date de mise en paiement de la somme due. Dans ces conditions, la commune de Clichy-la-Garenne est condamnée à verser à la SAS CEVE les intérêts moratoires au taux appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de huit points de pourcentage, sur la somme de 104 045,17 euros TTC mentionnée au point 13 ci-dessus, du 1er novembre 2020 jusqu'à la date à laquelle elle sera effectivement réglée ».

Paragraphe 1 - Dispositions générales

Article R3133-12

Sous réserve des dispositions prévues aux articles R. 3133-13 à R. 3133-17, le délai de paiement court à compter de la date de réception de la demande de paiement par le pouvoir adjudicateur ou, si le contrat de concession le prévoit, toute autre personne habilitée à cet effet.

Article R3133-13

Lorsque la date de réception de la demande de paiement est incertaine ou antérieure à la date d'exécution des prestations, le délai de paiement court à compter de la date d'exécution des prestations.

Article R3133-14

La date de réception de la demande de paiement et la date d'exécution des prestations sont constatées par les services du pouvoir adjudicateur ou, le cas échéant, par le maître d'œuvre ou la personne habilitée à cet effet.

A défaut, la date de la demande de paiement augmentée de deux jours fait foi. En cas de litige, il appartient au créancier d'apporter la preuve de cette date.

La date de réception de la demande de paiement ne peut faire l'objet d'un accord contractuel entre le pouvoir adjudicateur et son créancier.

Article R3133-15

Lorsque la demande de paiement relève de l'obligation de facturation électronique prévue à l'article 1er de l'ordonnance n° 2014-697 du 26 juin 2014 relative au développement de la facturation électronique, la date de réception de la demande de paiement par le pouvoir adjudicateur correspond :

1° Lorsque les factures sont transmises par échange de données informatisé, à la date à laquelle le système d'information budgétaire et comptable de l'Etat horodate l'arrivée de la facture et, pour les autres pouvoirs adjudicateurs, à la date de notification du message électronique l'informant de la mise à disposition de la facture sur la solution mutualisée, définie à l'article 2 de l'ordonnance n° 2014-697 du 26 juin 2014 relative au développement de la facturation électronique ;

2° Lorsque les factures sont transmises par le mode portail ou service, à la date de notification au pouvoir adjudicateur du message électronique l'informant de la mise à disposition de la facture sur cette solution mutualisée.

Paragraphe 2 - Dispositions propres à certains contrats de concession**Article R3133-16**

Lorsque le contrat de concession prévoit une procédure de vérification de la conformité des prestations, il peut prévoir que le délai de paiement court à compter de la date à laquelle cette conformité est constatée, si cette date est postérieure à la date de réception de la demande de paiement.

La durée de la procédure de vérification ne peut excéder trente jours. Toutefois, une durée plus longue peut être prévue par le contrat de concession, à condition que cela ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier, notamment au regard de l'usage ou des bonnes pratiques. A défaut de décision expresse dans ce délai, les prestations sont réputées conformes.

Paragraphe 3 - Disposition propre à l'intervention d'un tiers habilité à recevoir les demandes de paiement**Article R3133-17**

Si le pouvoir adjudicateur recourt à un prestataire dont l'intervention conditionne le paiement des sommes dues, l'intervention de celui-ci ne modifie pas le délai de paiement qui s'impose au pouvoir adjudicateur.

Paragraphe 4 - Disposition propre aux indemnités de résiliation**Article R3133-18**

En cas de versement d'une avance, le délai de paiement de celle-ci court à compter de :

1° La date de notification du contrat de concession ;

2° Lorsque le contrat de concession le prévoit, la date de notification de l'acte qui emporte commencement d'exécution des prestations correspondant à l'avance.

Dans les autres cas, le délai de paiement court à compter de la date à laquelle les conditions prévues par le contrat de concession pour le versement de l'avance sont remplies ou, dans

le silence du contrat, à compter de sa date de notification.

Article R3133-19

Lorsque la constitution d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire est exigée, le délai de paiement de l'avance ne peut courir avant la réception de cette garantie ou de cette caution.

Article R3133-20

En cas de versement d'une indemnité de résiliation, le délai de paiement de cette indemnité court à compter de la date à laquelle le montant de l'indemnité est arrêté, une fois la décision de résiliation notifiée.

Sous-section 3 - Interruption du délai de paiement**Article R3133-21**

Lorsque la demande de paiement ne comporte pas l'ensemble des pièces et des mentions prévues par la loi ou par le contrat de concession ou que celles-ci sont erronées ou incohérentes, le délai de paiement peut être interrompu une seule fois par le pouvoir adjudicateur.

Pour les pouvoirs adjudicateurs dotés d'un comptable public, cette interruption ne peut intervenir qu'avant l'ordonnement de la dépense.

Article R3133-22

L'interruption du délai de paiement mentionné à l'article R. 3133-21 fait l'objet d'une notification au créancier par tout moyen permettant d'attester une date certaine de réception. Cette notification précise les raisons imputables au créancier qui s'opposent au paiement, ainsi que les pièces à fournir ou à compléter.

Article R3133-23

A compter de la réception de la totalité des pièces et mentions prévues à l'article R. 3133-21, un nouveau délai de paiement est ouvert. Ce délai est de trente jours ou égal au solde restant à courir à la date de réception de la notification de l'interruption si ce solde est supérieur à trente jours.

Article R3133-24

Lorsque l'ordonnateur et le comptable public ne relèvent pas de la même personne morale et ont convenu d'un délai de règlement conventionnel dans les conditions prévues à l'article 12 du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique, ce nouveau délai ne peut être inférieur à quinze jours augmentés du délai prévu pour l'intervention du comptable public dans le cadre de ce délai de règlement conventionnel.

Sous-section 4 - Intérêts moratoires, indemnités forfaitaire et complémentaire pour frais de recouvrement**Article L3133-14**

Les entreprises publiques définies au II de l'article 1er de l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entités adjudicatrices mentionnées aux 2° et 3° de l'article L. 1212-1 sont passibles d'une amende administrative dont le montant ne peut dépasser deux millions d'euros en cas de dépassement du délai maximal de paiement fixé par voie réglementaire mentionné à l'article L. 3133-10, recherché et constaté dans les conditions fixées aux articles L. 450-1 à L. 450-4, L. 450-7 et L. 450-8 du code de commerce.

L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 470-2 du même code.
Le montant de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

Article R3133-25

Le taux des intérêts moratoires mentionné à l'article L. 3133-13 est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de huit points de pourcentage.

Article R3133-26

Les intérêts moratoires courent à compter du lendemain de l'expiration du délai de paiement ou de l'échéance prévue par le contrat de concession jusqu'à la date de mise en paiement du principal incluse.

Article D3133-27

Le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement est fixé à 40 euros.

Article R3133-28

Les intérêts moratoires et l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement sont payés dans un délai de quarante-cinq jours suivant la mise en paiement du principal.

Chapitre IV - Exécution du contrat de concession par des tiers

Article L3134-1

Le concessionnaire peut confier à des tiers une part des services ou travaux faisant l'objet du contrat de concession. Il demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du contrat de concession.

CAA de Marseille, 14 mars 2016, n°14MA01872, Commune de Grasse

« Considérant que l'exécution de tout ou partie d'un service concédé ne peut être cédée ou transférée par le concessionnaire à un tiers qu'avec l'accord de l'autorité concédante ; que cette règle générale s'applique même en l'absence de stipulation en ce sens dans le contrat de concession ».

Article R3134-1

Le concessionnaire indique à l'autorité concédante, après l'attribution du contrat et, au plus tard, au début de son exécution, le nom, les coordonnées et les représentants légaux des tiers participant à ces services ou travaux dans la mesure où ces informations sont connues à ce stade.

Article L3134-2

Lorsqu'un tiers à l'encontre duquel il existe un motif d'exclusion est présenté par le concessionnaire au stade de l'exécution du contrat de concession, l'autorité concédante exige son remplacement par un tiers qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion dans les conditions prévues par voie réglementaire.

Article R3134-2

Le concessionnaire informe l'autorité concédante de tout changement relatif aux informations mentionnées à l'article R. 3134-1 intervenant au cours de l'exécution du contrat de concession ainsi que des informations requises pour tout nouveau tiers qui participe ultérieurement à ces services ou travaux

Article R3134-3

Pour l'application de l'article L. 3134-2, l'autorité concédante exige le remplacement du tiers concerné dans un délai de dix jours à compter de la réception de sa demande par le concessionnaire.

Article L3134-3

Les contrats de concession, à l'exception de ceux relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer mentionnés au chapitre Ier du titre II du livre Ier de la deuxième partie du code des transports relevant de l'article 5, paragraphe 3 du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route modifié sont soumis aux dispositions du présent titre, à l'exception des dispositions des articles L. 3134-1 et L. 3134-2.

Article R3134-4

Les contrats de concession relevant de l'article 5, paragraphe 3 du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route sont soumis aux dispositions du présent titre, à l'exception des dispositions du présent chapitre.

Chapitre V - Modification du contrat de concession

Article L3135-1

Un contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, lorsque :

- 1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;
- 2° Des travaux ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;
- 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
- 4° Un nouveau concessionnaire se substitue au concessionnaire initial du contrat de concession ;
- 5° Les modifications ne sont pas substantielles ;
- 6° Les modifications sont de faible montant.

Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer **la nature globale du contrat de concession**.

TA Paris, 15 Juin 2024, n°2412367, JC Decaux France

« Il résulte de l'instruction soumise au juge des référés précontractuels que l'objet de l'avenant que le conseil de Paris a, par sa délibération n°2024 DFA 8, adopté au cours de ses séances des 21, 22, 23 et 24 mai 2024, autorisé la maire à signer avec la société " Cityz Media Paris ", est la prolongation d'une durée de 6 mois du contrat entré en vigueur le 17 mai 2019. Il ressort du compte de résultat prévisionnel établi par la Ville de Paris produit dans le cadre de la présente instance que les produits d'exploitation prévus en 2020 et 2021 pour la société " Cityz Media Paris " étaient respectivement des montants arrondis de 46,7 et 47,4 million d'euros, tandis que le chiffre d'affaire net effectivement obtenu durant ces deux années par la société concessionnaire s'est élevé respectivement aux montants arrondis de 20,2 million et 32,8 million d'euros, soit une perte de près de 55% et 27% relativement aux montants prévisionnels. Cette contraction des produits d'exploitation s'est également traduite dans une perte de résultat net pour la société concessionnaire, malgré les trois mois d'exonération de redevances accordées par la Ville de Paris dans le cadre du premier avenant au contrat. S'il est constant qu'une part de ces pertes n'est imputable qu'aux risques communs d'exploitation, il n'en résulte pas moins que, d'une part, la pandémie de Covid-19 constitue bien une circonstance imprévue, d'autre part, qu'elle a entraîné une baisse significative du chiffre d'affaires de la société concessionnaire qui ne pouvait pas être prévue lors de la passation du contrat. En effet, la baisse de 24,4% des recettes du marché du mobilier urbain en 2020 ne peut être considérée comme constituant une variation prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations, compte tenu de l'évènement sanitaire à l'origine de cette baisse, de même que la baisse de 33,3% du marché de la publicité extérieure au cours de cette même année. En outre, la prolongation de la durée d'un contrat de

concession du marché public peut être envisagée pour compenser les surcoûts subis par les exploitants du fait de circonstances imprévisibles. S'il résulte de l'article L. 1121-1 du code de la commande publique qu'un risque d'exploitation pèse sur le concessionnaire dans le cas de conditions d'exploitation normales et que les éventuelles pertes qu'il pourrait subir du fait de l'exploitation du service ou de l'ouvrage dont il a la charge ne soient pas entièrement couvertes, ces considérations ne font pas obstacle à ce que la modification du contrat puisse comprendre une marge bénéficiaire au profit du titulaire du contrat, sous réserve que cette modification n'excède pas 50% du montant initial du contrat et qu'elle respecte le principe de bon usage des deniers publics. En l'espèce, en limitant la durée de la prolongation du contrat à six mois et en s'assurant une redevance minimale de 17 millions d'euros, la Ville de Paris n'a pas méconnu ses obligations. Ainsi, l'avenant litigieux prolongeant d'une durée de six mois le contrat de concession de services pour la conception, la fabrication, la pose, l'entretien, la maintenance et l'exploitation de mobiliers urbains d'information par la société " Clear Channel France " est bien directement imputable aux circonstances imprévisibles et ne peut être regardé comme excédant ce que les dispositions citées au point 4 permettaient à l'autorité concédante de prévoir pour permettre à son co-contractant de faire face aux aléas rencontrés qui n'étaient ni prévisibles ni ne sont intervenus dans des conditions normales d'exploitation, quels que soient les indices d'évolution du marché retenus pour reconstituer la perte de recettes de la société concessionnaire. [...]

7. Il résulte de ce qui précède que l'avenant litigieux ne constitue pas, au contraire de ce que soutient la société JCDecaux France, un nouveau contrat. Dès lors, il n'entre pas dans la compétence du juge du référé précontractuel, telle qu'elle est définie par l'article L. 551-1 précité du code de justice administrative, de statuer sur la légalité de cet avenant, dont la conclusion n'est pas soumise aux règles de publicité et de concurrence qui s'appliquent à la passation des contrats soumis au code de la commande publique. Dès lors, la requête de la société JCDecaux France ne peut qu'être rejetée. »

CE, 9 mars 2018, n° 409972, Commune du Mont-Saint-Michel

« Les parties [...] ne peuvent, par simple avenant, apporter des modifications substantielles au contrat en introduisant des conditions qui, **si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu conduire à admettre d'autres candidats ou à retenir une autre offre que celle de l'attributaire** »

La nature globale du contrat de concession

CAA Marseille, 15 Juillet 2020, n° 18MA05430-19MA00049, SEMEPA

« En deuxième lieu, il résulte de l'instruction que la convention du 29 décembre 1986 confiait à la SEMEPA, d'une part, l'exploitation des parcmètres et horodateurs attachés au service public du stationnement en voirie et, d'autre part, la gestion de quatre parcs de stationnement totalisant 1 360 places de stationnement, nombres portés à sept parcs et 3 695 places par des avenants ultérieurs. La convention du 9 juin 2016 met fin pour l'avenir à la mission d'exploitation des parcs de stationnement confiée à la SEMEPA et limite la mission de service public qui lui est déléguée à la gestion du stationnement en voirie, lequel inclut 3 400 places de stationnement. Il en résulte qu'alors même que les stipulations de la convention du 29 décembre 1986 **subsistant à cette résiliation partielle conservent à ce contrat le caractère d'une concession de service public**, le préfet des Bouches-du-Rhône est fondé à soutenir que **la modification ainsi opérée, qui réduit considérablement le périmètre des investissements et des activités confiées au délégataire, modifie la nature globale du contrat de concession dans des conditions qui auraient pu attirer davantage de candidats si elle avaient figuré dans la procédure de passation initiale et introduit dès lors une modification substantielle** au sens des dispositions précitées du 5° de l'article 36 du décret du 1er février 2016, indépendamment de ce qu'aurait été son éventuelle incidence sur la procédure de passation initiale dès lors que de telles modifications sont en principe interdites par l'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016. Il en résulte que cette modification, dont il n'est ni soutenu ni établi qu'elle pourrait trouver son fondement dans les dispositions des 1° à 4° ou du 6° de l'article 36 du décret du 1er février 2016, est contraire tant à cet article qu'à l'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016. »

CE, Ass., 26 avril 2018, n° 394398, Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision

du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique

« Il ressort des caractéristiques du contrat de concession décrites au point 2 que le fait que la concession porte à la fois sur la construction d'une nouvelle infrastructure et sur l'exploitation de l'aéroport existant constitue un élément essentiel du montage financier retenu. Ces deux objets doivent, dès lors, être regardés comme formant un ensemble unique et indissociable. Dans ces conditions, une modification du contrat de concession initial qui consisterait à retirer du périmètre de la concession l'ensemble des missions relatives à la réalisation de l'aérodrome de Notre-Dame-des-Landes et à confier à la société AGO des missions nouvelles relatives à l'aérodrome de Nantes-Atlantique dont elle assure l'exploitation en vertu du même contrat ne pourrait qu'être regardée, eu égard à son ampleur, comme **changeant la nature globale du contrat initial**. Elle introduirait, en outre, des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de sélection initiale, auraient pu attirer d'autres participants ou permis l'admission de candidats autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue. »

CJCE, 19/06/2008, C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH

« En vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50 lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché (voir, en ce sens, arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France, C-337/98, Rec. p. I-8377, points 44 et 46).

La modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme **substantielle** lorsqu'elle **introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue** »

CE 15 novembre 2017, n° 409728, Commune d'Aix-en-Provence

« Cette modification doit être regardée, **eu égard à son ampleur**, comme **changeant la nature globale du contrat initial** ; qu'elle introduit, en outre, des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu attirer davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue. »

Article L3135-2

Lorsque l'autorité concédante apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif, le concessionnaire a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat, conformément aux dispositions du 4° de l'article L. 6.

CE, 8 mars 2023, n°464619, Syndicat Intercommunal de la Périphérie de Paris pour les Energies et les Réseaux de Communications (SIPPEREC)

« En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique contractante peut unilatéralement apporter des modifications à un tel contrat dans l'intérêt général, son cocontractant étant tenu de respecter les obligations qui lui incombent en vertu du contrat ainsi modifié tout en ayant droit au maintien de l'équilibre financier du contrat. La personne publique peut ainsi, lorsqu'une clause du contrat est affectée d'une irrégularité tenant au caractère illicite de son contenu et à condition qu'elle soit divisible du reste du contrat, y apporter de manière unilatérale les modifications permettant de remédier à cette irrégularité. Si la clause n'est pas divisible du reste du contrat et que l'irrégularité qui entache le contrat est d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation, la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, résilier unilatéralement le contrat sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge. »

CJUE 22 septembre 2022, Admiral Gaming Network Srl et a., n°C-475/20 à C 482/20

« Dans ces conditions, il convient de répondre à la première question que l'article 49 TFUE doit être

interprété en ce sens que, pour autant qu'il soit établi qu'une législation nationale imposant un prélèvement ayant pour effet de réduire la rémunération des concessionnaires chargés de la gestion des jeux pratiqués sur les appareils de jeu comporte une restriction de la liberté garantie par cette disposition du TFUE, ladite disposition s'oppose à ce qu'une telle restriction puisse être justifiée au regard d'objectifs exclusivement fondés sur des considérations liées à l'amélioration des finances publiques. [...]

72. Dans ces conditions, il convient de répondre à la seconde question que, pour autant que l'art. 49 TFUE soit applicable, le **principe de protection de la confiance légitime doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas, en principe, à une législation nationale qui réduit temporairement, au cours de la durée de conventions de concession conclus entre les sociétés et l'administration de l'État membre concerné, la rémunération des concessionnaires stipulée dans lesdites conventions, sauf s'il apparaît, eu égard à l'ampleur de l'impact de cette réduction sur la rentabilité des investissements effectués par les concessionnaires et à la soudaineté et au caractère imprévisible éventuels de cette mesure, que le temps nécessaire pour s'adapter à cette nouvelle situation n'a pas été laissé auxdits concessionnaires** ».

CAA de Paris, 18 mai 2022, n°22PA01549, « Syndicat Intercommunal de la Périphérie de Paris pour les Energies et les Réseaux de Communications (SIPPEREC)

« Inhérent au caractère éminent qui s'attache à la poursuite de l'intérêt général le pouvoir, exorbitant dans son principe au droit commun des contrats, de modifier unilatéralement les clauses d'un contrat administratif ne peut être exercé par la personne publique contractante que pour un motif tenant à l'objet même du contrat et s'agissant, comme en l'espèce, d'un contrat de concession parce qu'il importe à l'intérêt général que le service public en cause soit assuré au mieux. Cette prérogative ne peut en conséquence être mise en œuvre que si l'objet poursuivi est en rapport direct avec le service public concédé et ne saurait donc, en tout état de cause, être utilisé au seul motif de purger le contrat de stipulations illicites, que celles-ci l'aient été ab initio ou qu'elles les soient devenues. »

CAA Paris, 25 mai 2020, n° 18PA03961, EDF

« Une **modification unilatérale des conditions d'exploitation** d'une installation d'énergie hydroélectrique concédée par l'État, même lorsqu'elle porte sur le règlement d'eau annexé au cahier des charges et **constitue ainsi une mesure de police**, et qu'elle est motivée, comme en l'espèce, par une menace majeure pour le milieu aquatique, **ouvre droit à indemnisation lorsqu'elle emporte une rupture de l'équilibre général de l'exploitation, voire une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général qu'elle poursuit** ».

Section 1 - Modifications autorisées

Sous-section 1 - Clauses contractuelles

Article R3135-1

Le contrat de concession peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de **clauses de réexamen** ou d'options claires, précises et sans équivoque.

Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

Clauses de réexamen

Fiche DAJ, Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, p.2

« L'acheteur et l'autorité concédante sont donc dans l'obligation d'informer les candidats potentiels dans les documents de la consultation du réexamen éventuel de certaines conditions d'exécution du contrat. Il pourrait ainsi prévoir une éventuelle **modification de sa clause de variation de prix en cas de survenance de certains événements** qui pourraient altérer en cours d'exécution l'équilibre financier de son contrat. Les conditions de sa mise en œuvre et les modalités de modification du prix

doivent néanmoins être précisées dans le contrat initial car elles constituent des éléments susceptibles d'influer sur les offres des candidats et par conséquent sur les conditions initiales de mise en concurrence. La clause de réexamen peut également comporter des options dès lors que celles-ci ont été formulées de manière suffisamment claire, précise et univoque dans les pièces contractuelles. Les options recouvrent notamment les tranches optionnelles, les reconductions ou encore les prestations complémentaires ».

CJUE, 2 septembre 2021, n°C-40728, Sisal SpA

« À cet égard, il y a lieu de faire observer que, conformément au libellé de l'article 43, paragraphe 1, sous a), de la directive 2014/23, le législateur de l'Union a prévu que les concessions peuvent être modifiées sans nouvelle procédure d'attribution de concession lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents de concession initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de révision du montant, ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou des options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Elles ne permettent pas de modifications ou d'options qui changeraient la nature globale de la concession. »

« Eu égard à ce qui précède, il convient de répondre à la première question que le droit de l'Union, et, en particulier, l'article 43, paragraphe 1, sous a), de la directive 2014/23, doit être interprété en ce sens qu'il **ne s'oppose pas à une réglementation nationale imposant le renouvellement d'un contrat de concession sans nouvelle procédure d'attribution, dans des conditions où celui-ci a été attribué à un seul concessionnaire, tandis que le droit national applicable prévoyait qu'une telle concession devait en principe être attribuée à plusieurs, au maximum quatre, opérateurs économiques, lorsque cette réglementation nationale constitue la mise en œuvre d'une clause contenue dans le contrat de concession initial prévoyant l'option d'un tel renouvellement** ».

CE, 26 févr. 2020, n° 436428, Commune Saint-Julien-en-Genevois

« L'article 22 du même cahier des charges définit comme suit les conditions de modification du contrat : " Le présent contrat pourra être modifié par avenant conformément au 1° de l'article 36 du décret n° 2016-86 afin de prévoir l'ajout, le retrait ou le remplacement de mobiliers urbains, toutes catégories confondues. Les parties pourront, ainsi, décider de l'implantation ou du remplacement de certains mobiliers par une nouvelle catégorie de mobilier non prévue par le présent contrat. / Cet avenant pourra, également, prévoir de modifier le nombre et la consistance des campagnes de publicité municipales prises en charges par le concessionnaire. / De telles modifications peuvent, notamment, intervenir en cas de modification du périmètre de l'autorité concédante (extension du périmètre urbain, création d'une commune nouvelle, transfert de la compétence à un EPCI, etc.) afin d'assurer l'harmonisation des mobiliers présents à l'échelle du nouveau territoire. " Ainsi qu'il a été dit au point 4, en vertu de l'annexe 3 du même cahier des charges, les candidats à la concession doivent remplir un tableau des prix unitaires des mobiliers supplémentaires qui pourraient faire l'objet d'un tel avenant. Ces prix sont évalués par le critère n° 8 figurant à l'annexe au règlement de consultation et contribuent ainsi à apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse. Si les prestations faisant l'objet du critère n° 8 ne relèvent pas du contrat initial mais d'un éventuel avenant, elles correspondent toutefois à l'objet du marché et constituent une modalité d'exécution du contrat ».

Sous-section 2 - Travaux ou services supplémentaires devenus nécessaires

Article R3135-2

Le contrat de concession peut être modifié lorsque, sous réserve de la limite fixée à l'article R. 3135-3, des travaux ou services supplémentaires sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le contrat de concession initial, à la condition qu'un changement de concessionnaire soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment aux exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre de la concession initiale.

Changement de titulaire impossible

Directive 2014/24/UE, 26 février 2014, Article 72

« Les marchés et les accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive dans l'un des cas suivants: [...] b) pour les travaux, services ou fournitures supplémentaires du contractant principal qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, lorsqu'un changement de contractant:

- i. est impossible **pour des raisons économiques ou techniques** telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre de le marché initial ; et
- ii. **présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour le pouvoir adjudicateur.**

Toutefois, toute augmentation de prix ne peut pas être supérieure à 50 % de la valeur du marché initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification ».

CE, Ass., 26 avril 2018, n° 394398, Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique

« Participerait d'une lecture erronée de ce dispositif de transposition toute interprétation consistant à ne pas combiner la condition générale posée par l'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, tenant à l'absence de modification de la nature globale du contrat, avec les dispositions des 2° et 3° de l'article 36 du décret du 1er février 2016 qui prévoient, respectivement, la possibilité pour le concédant, sans nouvelle mise en concurrence, d'introduire des travaux ou services supplémentaires, dès lors qu'un changement de concessionnaire est « impossible pour des raisons économiques ou techniques » et entraîne pour le concédant « une augmentation substantielle des coûts » ou encore la possibilité de modifier le contrat lorsque cette modification est « rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir ».

CE, 23 décembre 2016, N° 397096, M.E

« Si les requérants soutiennent que des clauses prévoyant de nouveaux travaux, notamment pour la réalisation de nouvelles sections d'autoroute, constitueraient des clauses réglementaires, qui méconnaîtraient les dispositions citées au point 4 ci-dessus, un tel moyen doit, en tout état de cause, être écarté, dès lors qu'il ressort des pièces des dossiers, d'une part, que les travaux en cause, dont le montant n'est pas supérieur à 50% du montant des contrats initiaux, ont pour objet soit de répondre aux risques liés à l'accroissement du trafic, soit d'améliorer la sécurité routière, qu'ils répondent ainsi à des besoins d'intérêt général et qu'ils sont devenus nécessaires pour assurer l'exploitation des concessions et, d'autre part, qu'un changement de concessionnaire serait impossible du fait des liens étroits entre les équipements concernés et les biens et services concédés et de nature à entraîner, pour l'Etat, une augmentation substantielle des coûts en raison des indemnités qui seraient dues ».

Article R3135-3

Lorsque le contrat de concession est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant de la modification prévue à l'article R. 3135-2 ne peut être supérieur à 50 % du montant du contrat de concession initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées dans le respect des dispositions du présent article, cette limite s'applique au montant de chaque modification.

Ces modifications consécutives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Article R3135-4

Pour le calcul du montant de la modification mentionnée à l'article R. 3135-2, le montant actualisé du contrat de concession initial est le montant de référence lorsque le contrat de concession comporte une clause d'indexation. Dans le cas contraire, le montant actualisé du

contrat de concession initial est calculé en tenant compte de l'inflation moyenne.

Sous-section 3 - Circonstances imprévues

Article R3135-5

Le contrat de concession peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par **des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir.** Dans ce cas, les dispositions des articles R. 3135-3 et R. 3135-4 sont applicables.

Circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir.

CE, Ass., 15 septembre 2022, n°405540, relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision

« Le Conseil d'Etat estime, en conséquence de ce qui précède, que le caractère en principe définitif des prix des marchés ne fait pas obstacle à leur modification en application et dans le respect des dispositions citées aux points 1 et 2, dès lors que les prix ainsi modifiés respectent les dispositions citées au premier alinéa du point 3, ce dont il se déduit qu'en principe ils restent définitifs pendant toute la période d'exécution des prestations et constituent le prix de règlement, sous réserve de leur actualisation ou de leur révision prévue par le marché. Il considère également que rien n'empêche que les modifications des marchés et contrats de concession portent uniquement, en vue de compenser les surcoûts que le titulaire ou le concessionnaire subit du fait de circonstances imprévisibles, sur les prix ou les tarifs prévus au contrat ainsi que sur les modalités de leur détermination ou de leur évolution ».

Rep AN, 22 décembre 2021, n°30807

« L'article R. 3135-5 du code de la commande publique permet la modification d'un contrat de concession en cours d'exécution lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir. L'épidémie de Covid-19 constitue un tel événement.

La conclusion d'un avenant de prolongation peut ainsi être envisagée sur le fondement de cette disposition et dans les limites fixées par les articles R. 3135-3 et R. 3135-4 du code.

Toutefois, il convient de rappeler qu'un contrat de concession est, juridiquement, un contrat dans lequel le concessionnaire encourt un risque d'exploitation. Aussi, un avenant de prolongation ne peut excéder le strict délai nécessaire pour faire face aux circonstances imprévues de la crise sanitaire et rétablir l'équilibre du contrat, ni avoir pour effet d'empêcher une remise en concurrence périodique. Le juge ne manquerait pas de censurer un allongement excessif qui procurerait un avantage injustifié au titulaire. Pour prévenir, à l'avenir, les conséquences d'éventuelles nouvelles situations comparables à celles de la crise sanitaire actuelle, il est conseillé aux autorités concédantes d'insérer au sein de la convention à conclure des clauses de réexamen, déterminant, dans les conditions de l'article R. 2194-1 du code de la commande publique, les mesures applicables en cas notamment de baisse de fréquentation touristique imputable à de tels événements. Ces mesures ne pourront cependant conduire à garantir le concessionnaire de tout risque d'exploitation en cas de survenance de tels événements ».

CAA Marseille, 25 oct. 2021, n° 20MA00348, SAS Le Foll TP

« Dans l'hypothèse où un événement extérieur aux parties, imprévisible au moment de la conclusion du contrat, a pour effet de bouleverser l'économie du contrat, le titulaire du marché est en droit de réclamer au maître d'ouvrage une indemnité représentant la part de la charge extracontractuelle qu'il a supportée en exécutant les prestations dont il avait la charge.

Le préjudice invoqué par la société requérante, correspondant aux sommes de 130 092,41 euros hors taxes et de 210 368,92 euros hors taxes, résulte de la différence entre, d'une part, le prix révisé sur la base de l'indice TP 09 dans sa structuration antérieure et, d'autre part, le prix révisé sur la base de cet indice restructuré dans les conditions évoquées au point 4. **A supposer même que la modification de l'index TP 09 puisse être regardée comme un événement imprévisible, alors que le prix du pétrole est régulièrement soumis à de fortes variations se répercutant sur le coût de produits**

dérivés à forte teneur en bitume tels que ceux utilisés pour la réalisation des prestations du marché en litige, circonstance que la société requérante, en raison de ses activités, ne pouvait ignorer, cette dernière ne démontre pas que la modification de la structure de l'index TP 09, en particulier pour ce qui concerne la part de l'indice bitume, a entraîné un bouleversement de l'économie de son marché. En effet, il résulte de l'instruction que les sommes réclamées par la requérante représentent seulement 3,11 % des sommes versées en exécution du marché correspondant au lot n° 2, soit 4 172 431,87 euros et 3,04 % des sommes versées en exécution du marché correspondant au lot n° 3, soit 6 908 987,79 euros ».

CAA Nancy, 28 janvier 2020, n° 18NC02597, Société Alliance Connectic

« D'une part, toutefois, la concurrence économique ne saurait constituer un aléa imprévisible dans un marché en pleine mutation au gré des évolutions technologiques, y compris dans des zones encore mal desservies. Si la requérante fait valoir que l'ampleur du changement de stratégie des opérateurs concurrents de France Télécom ne pouvait être prévue, elle a cependant pris un risque d'exploitation en fondant sur vingt ans l'équilibre financier de la délégation de service public, principalement sur des recettes provenant de la technologie DSL, tout en relevant, dans son mémoire en imprévision qu'elle ne pouvait avoir aucune visibilité sur les demandes de dégroupage des opérateurs qui sont adressées directement à la société Orange. Par ailleurs, il n'était nullement imprévisible que les opérateurs de télécommunications débutent le dégroupage par les zones les plus densément peuplées nécessitant des investissements moindres et ayant un potentiel de recettes plus élevé. Ainsi que cela ressort des termes mêmes de son mémoire en imprévision, la société Alliance Connectic comptait elle aussi sur la commercialisation de ses offres dans les zones les plus densément peuplées pour développer l'offre dans les zones rurales et faiblement peuplées disposant d'un potentiel commercial moindre ».

CE, 21 oct. 2019, n° 419155, Sté Alliance

« Une indemnité d'imprévision suppose un déficit d'exploitation qui soit la conséquence directe d'un événement imprévisible, indépendant de l'action du cocontractant de l'administration, et ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat. Le concessionnaire est alors en droit de réclamer au concédant une indemnité représentant la part de la charge extracontractuelle que l'interprétation raisonnable du contrat permet de lui faire supporter. Cette indemnité est calculée en tenant compte, le cas échéant, des autres facteurs qui ont contribué au bouleversement de l'économie du contrat, l'indemnité d'imprévision ne pouvant venir qu'en compensation de la part de déficit liée aux circonstances imprévisibles.

En premier lieu, il ressort des pièces de la procédure que par son jugement du 13 juillet 2016 devenu sur ce point définitif, le tribunal administratif de Saint-Pierre-et-Miquelon a prononcé la résiliation du contrat en raison d'un bouleversement de l'économie du contrat résultant d'un déficit d'exploitation ayant pour origine la surestimation par l'Etat du volume de fret transporté ...

En deuxième lieu, il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la cour administrative d'appel de Bordeaux a relevé, au terme d'une appréciation souveraine exempte de dénaturer, qu'il ne résultait pas de l'instruction que la diminution du fret de 16 % par rapport aux prévisions de trafic réalisées lors de l'élaboration du contrat soit principalement à l'origine des déficits d'exploitation dont la société Alliance faisait état, lesquels devaient être regardés comme étant largement la conséquence de l'état de fragilité financière initiale de la société, qui n'était ni imprévisible ni extérieure à l'action du cocontractant, et des conditions dans lesquelles avaient été définis les termes de la délégation, qui n'étaient pas davantage imprévisibles. Dès lors que la part du déficit d'exploitation qui était directement imputable à des circonstances imprévisibles et extérieures ne suffisait pas à caractériser un bouleversement de l'économie du contrat, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en en déduisant que la société n'était pas fondée à solliciter le versement d'une indemnité d'imprévision ».

CE, Ass., 26 avril 2018, n° 394398, Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision

du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique

« Participerait d'une lecture erronée de ce dispositif de transposition toute interprétation consistant à ne pas combiner la condition générale posée par l'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, tenant à l'absence de modification de la nature globale du contrat, avec les dispositions des 2° et 3° de l'article 36 du décret du 1er février 2016 qui prévoient, respectivement, la possibilité pour le concédant, sans nouvelle mise en concurrence, d'introduire des travaux ou services supplémentaires, dès lors qu'un changement de concessionnaire est « impossible pour des raisons économiques ou techniques » et entraîne pour le concédant « une augmentation substantielle des coûts » ou encore la possibilité de modifier le contrat lorsque cette modification est « rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir.

Le Conseil d'Etat estime, en conséquence, que la modification par avenant de la concession afin, notamment, de retirer de son périmètre l'ensemble des missions relatives à la réalisation de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes ne pourrait être retenue qu'en méconnaissance des règles de modification des concessions (CE, 15 novembre 2017, Commune d'Aix-en-Provence, n° 409728, 409799) ».

Fiche DAJ, Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, p.4

« En application du 3° de l'article 139 du décret sur les marchés publics, du 3° de l'article 137 du décret sur les marchés publics de défense ou de sécurité et du 3° de l'article 36 du décret sur les contrats de concession, l'acheteur public ou l'autorité concédante peut modifier son contrat lorsqu'il est confronté à des circonstances imprévues ou imprévisibles. Ce sont des circonstances extérieures qu'un acheteur ou une autorité concédante, bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation du contrat initial, n'aurait pu prévoir, compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature et des caractéristiques du projet particulier, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de l'attribution du marché et la valeur prévisible de celui-ci¹⁴. Cette hypothèse s'apparente à la notion de sujétions techniques imprévues évoquée à l'article 20 du code des marchés publics de 2006 qui recouvrait toutes les difficultés matérielles rencontrées en cours d'exécution d'un marché public. [...] le décret n° 2016-360 dispose que la modification doit être limitée à 50 % du montant du marché initial et ne doit pas altérer la nature globale du contrat. Par ailleurs, lorsque plusieurs modifications successives sont opérées, le calcul de cette limite s'effectue au regard de chaque modification. A cet égard, il convient de préciser que l'acheteur ne saurait recourir à des modifications successives dans le but de se soustraire aux obligations de publicité et de mise en concurrence telles qu'imposées par les règles relatives à la commande publique ».

CE, 30 juillet 2003, n° 223445, Commune de Lens

« Ne peuvent être regardées comme des sujétions techniques imprévues au sens de ces dispositions, que des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties »

CE, 22 déc. 1976, n°94998, Depussé

« [...] cons. qu'il résulte de l'instruction qu'en raison de l'instabilité du sol sur lequel ont été édifiés les bâtiments du groupe scolaire, l'entreprise a... a été contrainte d'accomplir des travaux de fondations a une profondeur de 10 mètres ; que ces travaux supplémentaires excédaient, compte tenu des conditions d'exécution prévues au devis, les communes prévisions des parties lors de la passation du marché ; qu'ainsi et bien que ces travaux n'aient pas préalablement fait l'objet d'un ordre écrit de la ville de Rethel, le sieur a... a droit à une indemnité pour sujétions imprévues [...] »

Sous-section 4 - Substitution d'un nouveau concessionnaire

Article R3135-6

Le contrat de concession peut être modifié lorsqu'un nouveau concessionnaire se substitue à celui auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession, dans l'un

des cas suivants :

- 1° En application d'une clause de réexamen ou d'une option définie à l'article R. 3135-1 ;
- 2° Dans le cas d'une cession du contrat de concession, à la suite d'opérations de restructuration du concessionnaire initial. Le nouveau concessionnaire justifie des capacités économiques, financières, techniques et professionnelles fixées initialement par l'autorité concédante. Cette cession ne peut être effectuée dans le but de soustraire le contrat de concession aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

CAA Bordeaux, 26 juin 2018, n° 16BX01768, Société Astriam Aquitaine

« Les contrats administratifs sont conclus en raison des considérations propres à chaque contractant. Il résulte de ce principe que **la cession d'un marché ou d'une concession ne peut avoir lieu, même en l'absence de toute clause spéciale du contrat en ce sens, qu'après information et assentiment préalable de la personne publique contractante**. Cet assentiment peut n'être que tacite et un comportement positif de la collectivité, démontrant son acceptation du nouveau titulaire du contrat, peut, notamment, être regardé comme constituant une telle autorisation ».

En application d'une clause de réexamen

Fiche DAJ, Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, p.5

« Toutefois, même dans l'hypothèse où le changement de cocontractant est prévu dans le cadre d'une clause de réexamen, la cession peut être regardée comme **irrégulière si ce changement intervient immédiatement après la conclusion du contrat et avant même le début de l'exécution des prestations sans motif légitime**, dans la mesure où l'identité du titulaire est un élément déterminant du contrat ».

Concl. Y. BOT sous CJUE, 27 octobre 2009, C-91/08, Wall AG/Stadt Frankfurt am Main, pt 153

« Lorsque, dans le cadre d'une procédure de passation d'une concession de services, l'identité du sous-traitant est un élément essentiel sur lequel le pouvoir adjudicateur s'est fondé pour attribuer la concession, l'obligation de transparence requiert des États membres qu'ils organisent une nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque le concessionnaire souhaite procéder à un changement de sous-traitant avant même l'exécution des premières prestations et sans qu'il ait été avancé de raisons légitimes ».

Cession à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial

Fiche DAJ, Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution, p.5

« La cession d'un contrat au profit d'un nouveau titulaire est admise dans les cas suivants : lorsqu'elle intervient à la suite d'une **opération de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité**, assurée par un autre opérateur qui remplit les critères de sélection qualitativement établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à se soustraire à l'application de la présente directive ».

Réponse du Ministère de l'intérieur, JO Sénat du 26/01/2017, p. 298

« Les modifications de contrats de délégation de service public sont régies par les articles 55 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 et 36 du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatifs aux contrats de concession. L'article 36 du décret prévoit que le contrat de concession peut-être modifié « lorsqu'un nouveau concessionnaire se substitue à celui auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession dans le cas d'une cession du contrat de concession, à la suite d'opérations de restructuration du concessionnaire initial ». Le changement de statut juridique du titulaire d'un contrat de délégation de service public se traduit par une cession du contrat **vers un nouveau délégataire identifié**. Cette substitution suppose la conclusion d'un avenant au contrat. Le changement de délégataire ne doit toutefois s'accompagner d'aucun autre changement qui serait de nature à affecter de manière substantielle un élément essentiel du contrat. La cession du contrat ne

peut de plus être effectuée dans le but de soustraire le contrat de concession aux obligations de publicité et de mise en concurrence ».

Concl. Y. BOT sous CJUE, 27 octobre 2009, Wall AG/Stadt Frankfurt am Main, C-91/08, pts. 67 à 72.

« En effet, le changement de sous-traitant intervient sans motif légitime, après la conclusion du contrat et avant l'exécution des premières prestations, alors même que le concessionnaire s'est prévalu de la renommée et de l'expertise technique du sous-traitant lors de la remise de son offre. Selon nous, une telle pratique, si elle est admise par le pouvoir adjudicateur, viole l'obligation de transparence et le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires. En agissant ainsi, le pouvoir adjudicateur soustrait l'offre de FES, telle qu'elle a été modifiée, à un examen sérieux et transparent des différentes candidatures, ce qui est susceptible de procurer à l'entreprise un avantage injustifié pour l'obtention du contrat ».

CJCE, 19 juin 2008, C-454/06, Pessetext Nachrichtenagentur GmbH

« Il est également constant que, depuis le transfert des services OTS d'APA à APA-OTS au cours de l'année 2000, le pouvoir adjudicateur effectue les paiements relatifs à ce service directement à APA-OTS et non plus à APA.

Toutefois, **le transfert de l'activité en question présente certaines caractéristiques particulières qui permettent de conclure que de telles modifications, introduites dans une situation telle que celle au principal, ne constituent pas le changement d'un terme essentiel du marché**.

En effet, il ressort du dossier qu'APA-OTS est une **filiale détenue à 100 % par APA**, que cette dernière dispose d'un **pouvoir de direction sur APA-OTS** et qu'il **existe entre ces deux entités un contrat de transfert des pertes et des bénéfices**, assumés par APA. En outre, il ressort du dossier qu'une personne habilitée à représenter APA a assuré le pouvoir adjudicateur que, à la suite du transfert des services OTS, APA était responsable **solidairement avec APA-OTS et que la prestation globale existante resterait inchangée**.

Un tel arrangement représente, en substance, une **réorganisation interne du cocontractant, laquelle ne modifie pas de manière essentielle les termes du marché initial** ».

CE, Section des finances, Avis n°364803, 8 juin 2000

« La cession d'un marché ou d'une délégation de service public doit s'entendre de la **reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat**. Elle ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et, s'agissant de concessions, le prix demandé aux usagers. Lorsque la modification substantielle de l'un de ces éléments implique nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat, ce contrat, même conclu sous forme d'un avenant, doit être soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence préalables ».

Sous-section 5 - Modification non substantielle

Article R3135-7

Le contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ne sont pas substantielles.

Pour l'application de l'article L. 3135-1, une modification est considérée comme substantielle, notamment, lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

- 1° Elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ;
- 2° Elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat de concession initial ;
- 3° Elle étend considérablement le champ d'application du contrat de concession ;
- 4° Elle a pour effet de remplacer le concessionnaire auquel l'autorité concédante a

initialement attribué le contrat de concession par un nouveau concessionnaire, en dehors des hypothèses visées à l'article R. 3135-6.

Modification substantielle

CJUE, 2 septembre 2021, n°C-721/19, Sisal SpA

« À cet égard, il convient de relever que, en l'occurrence, le montant à payer par le concessionnaire en contrepartie de l'octroi de la concession de services en cause au principal est resté inchangé, seules **les modalités d'exécution du paiement de ce montant**, lesquelles font l'objet des interrogations de la juridiction de renvoi, ayant été modifiées.

Sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, il apparaît **qu'une telle modification ne peut pas être considérée comme substantielle**, au sens de l'article 43, paragraphe 4, de la directive 2014/23. À cet égard, il importe de relever que, dans la mesure où ce paiement anticipé pourrait être susceptible d'accroître le montant à payer, une telle modification ne semble pas altérer l'équilibre économique de la concession, en faveur du concessionnaire, au sens du point b) de cet article 43, paragraphe 4 ».

CJUE, 18 sept. 2019, C-526/17, Commission contre Italie

« Il est constant que la modification du terme de la concession, lequel a été porté au 31 décembre 2046 en vertu de la convention unique de 2009, offre un important laps de temps supplémentaire à la SAT pour assurer l'exploitation du tronçon reliant Livourne à Cecina et que, dans la mesure où ce **concessionnaire se rémunère au moyen de cette exploitation, il augmente considérablement sa rémunération. Cette prorogation de 18 ans et de 2 mois de la durée initiale de cette concession constitue** par conséquent, en vertu des principes rappelés au point 58 du présent arrêt, une **modification substantielle des conditions de la concession existante** ».

CE, 9 mars 2018, n° 409972, Commune du Mont-Saint-Michel

« Les parties [...] ne peuvent, par simple avenant, apporter des modifications substantielles au contrat en introduisant des conditions qui, **si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu conduire à admettre d'autres candidats ou à retenir une autre offre que celle de l'attributaire** ».

CJCE, 19/06/2008, C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH

« La modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle **lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue.**

De même, une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle **lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus.** Cette dernière interprétation est confirmée à l'article 11, paragraphe 3, sous e) et f), de la directive 92/50, lequel impose, pour les marchés publics de services ayant pour objet, exclusivement ou majoritairement, des services figurant à l'annexe I A de cette directive, des restrictions quant à la mesure dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à la procédure négociée pour attribuer des services en supplément de ceux faisant l'objet d'un marché initial.

Une modification peut également être considérée comme substantielle **lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial** ».

Modification considérable de l'objet du marché

CJUE, 29 avril 2010, C-160/08, Commission contre République fédérale d'Allemagne

« Il convient de rappeler qu'une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle et, partant, comme constituant une nouvelle passation de marché, au sens de la directive 92/50 ou de la directive 2004/18, **notamment lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus** »

CE, Section des finances, Avis n°364803, 8 juin 2000

« La cession d'un marché ou d'une délégation de service public doit s'entendre de la reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat. Elle **ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et, s'agissant de concessions, le prix demandé aux usagers.** Lorsque la modification substantielle de l'un de ces éléments implique nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat, ce contrat, même conclu sous forme d'un avenant, doit être soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence préalables »

Sous-section 6 - Modification de faible montant

Article R3135-8

Le contrat de concession peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur au seuil européen qui figure dans l'avis annexé au présent code et à 10 % du montant du contrat de concession initial, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions énoncées à l'article R. 3135-7 sont remplies.

Les dispositions de l'article R. 3135-4 sont applicables au cas de modification prévu au présent article.

Article R3135-9

Lorsque plusieurs modifications successives relevant de l'article R. 3135-8 sont effectuées, l'autorité concédante prend en compte leur montant cumulé.

Section 2 - Avis de modification

Article R3135-10

Pour les contrats de concession ne relevant pas du chapitre VI du titre II du présent livre, l'autorité concédante publie un avis de modification du contrat de concession dans les hypothèses prévues aux articles R. 3135-2 et R. 3135-5.

Cet avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne dans les conditions fixées aux articles R. 3122-4 à R. 3122-6, conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation des marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011.

Avis de modification

Commission européenne, Règlement d'exécution (UE) 2015/1986 du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés public, Annexe XVII.

Chapitre VI - Fin des relations contractuelles

Section 1 - Résiliation des contrats de concession

Article L3136-1

Sans préjudice des dispositions de l'article L. 6 et des dispositions législatives spéciales, l'autorité concédante peut résilier le contrat de concession dans les cas prévus à la présente section.

CE, 11 déc. 2020, n° 427616, Sté Copra Méditerranée

« En dehors du cas où elle est prononcée par le juge, la résiliation d'un contrat administratif résulte, en principe, d'une **décision expresse** de la personne publique cocontractante...b) Cependant, en l'absence de décision formelle de résiliation du contrat prise par la personne publique cocontractante, **un contrat doit être regardé comme tacitement résilié lorsque, par son comportement, la**

personne publique doit être regardée comme ayant mis fin, de façon non équivoque, aux relations contractuelles...2) a) Les juges du fond apprécient souverainement sous réserve de dénaturation l'existence d'une résiliation tacite du contrat b) au vu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, en particulier des démarches engagées par la personne publique pour satisfaire les besoins concernés par d'autres moyens, de la période durant laquelle la personne publique a cessé d'exécuter le contrat, compte tenu de sa durée et de son terme, ou encore de l'adoption d'une décision de la personne publique qui a pour effet de rendre impossible la poursuite de l'exécution du contrat ou de faire obstacle à l'exécution, par le cocontractant, de ses obligations contractuelles.

Les juges du fond apprécient souverainement, sous réserve de dénaturation, l'existence de la résiliation tacite d'un contrat administratif résultant du comportement de la personne publique ».

Article L3136-2

L'autorité concédante peut résilier le contrat de concession en cas de force majeure.

Force majeure

CE, Ass., 26 avril 2018, n° 394398, Avis relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique

« En vertu des stipulations du II de l'article 74 du cahier des charges annexé à la convention du 20 décembre 2010 : « Aucune partie au contrat de concession n'encourt de responsabilité pour n'avoir pas accompli ou pour avoir accompli avec retard une obligation (...), dans la mesure où un tel manquement ou retard résulte directement d'événements présentant les caractéristiques de la force majeure, c'est-à-dire extérieurs aux parties, imprévisibles et irrésistibles ». En vertu des stipulations du I de l'article 81 du même cahier des charges : « Au cas où, à la suite de la survenance d'un événement défini au (...) II de l'article 74, le bouleversement de l'équilibre économique de la concession se prolonge ou est de nature à se prolonger nécessairement plus de douze mois, le contrat de concession peut être résilié par arrêté conjoint des ministres chargés de l'aviation civile, de l'économie et du budget » ou, « à la demande du concessionnaire » par le tribunal administratif compétent.

En cas de résiliation pour ce motif, l'Etat est tenu de verser au concessionnaire une indemnité correspondant au préjudice subi, dont le montant net d'impôts et toutes charges déduites est égal à l'intégralité de l'encours des financements privés externes, des fonds propres et quasi-fonds propres apportés par les actionnaires, des coûts ou, le cas échéant, des gains de rupture des instruments de couverture, du montant des frais de résiliation des contrats de financement externes ainsi que de résiliation anticipée des contrats passés avec ses prestataires. Dans une telle hypothèse, aucun manque à gagner n'est pris en compte dans le montant de cette indemnisation. La notion de force majeure, telle que l'a appliquée la jurisprudence du Conseil d'Etat aux contrats administratifs, notamment aux concessions, repose sur le constat d'un bouleversement de l'économie du contrat tel, par son ampleur et sa durée, qu'il peut en justifier la résiliation, ainsi que le prévoient d'ailleurs les stipulations du I de l'article 81 du cahier des charges annexés à la convention citées au point 7. Le Conseil d'Etat observe que le bouleversement économique du contrat liant l'Etat à la société AGO n'est pas contestable. Aucune des étapes du calendrier prévisionnel de mise en service du nouvel aéroport figurant à l'annexe 9 au cahier des charges de la concession n'a été respectée : le concessionnaire n'a pas terminé les études d'avant-projet de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, ni a fortiori entrepris les travaux de construction de l'infrastructure, ni satisfait à ses obligations financières. Toutefois l'application de ces stipulations supposerait, d'une part, que les circonstances invoquées par la partie qui s'en prévaut aient eu directement pour effet de bouleverser l'économie du contrat et, 5/8 5 d'autre part, qu'elles présentent un triple caractère d'extériorité aux parties, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. Or, le Conseil d'Etat estime que, même en acceptant par hypothèse de la regarder comme la cause principale du dérapage **des étapes essentielles de l'exécution de la convention, l'occupation illégale du site de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes par des opposants à ce projet, mise en avant dans la demande d'avis, ne suffirait pas à caractériser un lien direct et ne remplirait pas**

cette triple condition. La circonstance qui a fait durablement obstacle à la bonne exécution du contrat tient moins à l'occupation des terrains d'emprise du projet, situation qui se rencontre dans le déroulement d'autres projets, qu'à sa pérennisation en raison de diverses décisions du Gouvernement de mettre un terme à l'opération d'évacuation par les forces de l'ordre commencée au mois de septembre 2012, puis de **s'abstenir de recourir par la suite à nouveau à la force publique pour procéder à des expulsions**, au profit de démarches de dialogue puis de consultation locale du public. **Le rôle ainsi joué par l'Etat, qui en tant qu'autorité concédante est également partie à la convention, ferait obstacle à ce que soient regardées comme remplies les conditions d'extériorité aux parties et d'irrésistibilité, à supposer même que puisse être retenue l'imprévisibilité de cette situation.** A la lumière des analyses précédentes, la circonstance que la société concessionnaire se soit abstenue d'invoquer une situation de force majeure serait, en tout état de cause, dénuée d'incidence, dès lors que les conditions de cette invocation ne sont pas réunies et que ces conditions sont appréciées objectivement sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le concessionnaire et le concédant ».

CE, 14 juin 2000, n° 184722, Commune de Staffelfelden

« Au cas où des circonstances imprévisibles ont pour effet de bouleverser le contrat et où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre le concessionnaire, comme d'ailleurs le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu.

La pollution qui a frappé le site de captage d'eau des sources d'I. avait un caractère irrésistible et a constitué, en raison de son ampleur qui en interdit l'exploitation pendant une période qui pourrait atteindre deux siècles, un événement imprévisible au moment où a été conclu le contrat d'approvisionnement en eau de la commune. Contrairement à ce que soutient celle-ci, l'économie du contrat qui liait la société S. à la commune a, à la suite de cet événement, été bouleversé, non seulement pendant la période courant du 4 février 1988 au 13 juillet 1989, au cours de laquelle la société a dû acquérir de l'eau distribuée par la ville de M. un prix trois fois supérieur à celui payé par la commune en application des stipulations contractuelles, mais également postérieurement à cette date du 13 juillet 1989 à partir de laquelle a été mis en service le captage de la forêt de la H., le prix payé par la société étant en moyenne supérieur d'environ deux fois à celui payé par la commune. Dans ces conditions, compte tenu du refus de la commune de réviser la tarification de l'eau qui est distribuée sur son territoire, la poursuite par la société de l'exécution du contrat se heurtait à un obstacle insurmontable ».

CE, 13 juillet 1968, n°73161, Serfati

« cons. qu'en vertu d'une convention conclue le 26 novembre 1957 entre le département de la Seine et la société franco-africaine des bois, aux droits de laquelle se trouve la société "établissements Serfati", le département a autorisé cette société à occuper un terrain situé dans l'emprise du port de Gennevilliers et faisant partie du domaine public ; que cette convention stipulait qu'elle était passée pour 25 ans ; qu'elle imposait à la société l'obligation d'établir les installations nécessaires à la création d'un dépôt de bois d'industrie et prévoyait que les constructions édifiées sur ce terrain et les améliorations qui y seraient apportées resteraient sans indemnité la propriété du département en fin d'occupation normale ou en cas de résiliation anticipée ; qu'enfin la société s'engageait à effectuer un trafic annuel minimum, la résiliation pouvant être prononcée si la moyenne annuelle du trafic total était, pendant trois années calendaires, inférieure à un certain tonnage ».

« cons., d'autre part, que la circonstance que les événements d'Algérie auraient perturbé l'activité de la société requérante ne saurait en tout état de cause constituer un cas de force majeure de nature à exonérer ladite société du respect de ses obligations contractuelles, alors que ces événements ne pouvaient être regardés comme imprévisibles à la date de la passation du contrat ».

CE, 9 décembre 1932, n° 89655, Compagnie des tramways de Cherbourg

« **Considérant que, au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat, il appartient au concédant de prendre les mesures nécessaires pour que le concessionnaire puisse assurer la marche du service public dont il a la charge, et notamment de lui fournir une aide financière pour pourvoir aux dépenses extracontractuelles afférentes à la période d'imprévision, mais que cette obligation ne peut lui incomber que si le bouleversement du contrat présente un caractère temporaire ; que, au contraire, dans le cas où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais des contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable ; que, dans cette hypothèse, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire ».**

Article L3136-3

Lorsque le contrat de concession est un contrat administratif, l'autorité concédante peut le résilier :

- 1° En cas de **faute d'une gravité** suffisante du concessionnaire ;
- 2° Pour un **motif d'intérêt général**, conformément aux dispositions du 5° de l'article L. 6.

Faute d'une gravité

CAA de NANTES, 19 janvier 2024, n°22NT02651, SELARL Athéna

« Il résulte de l'instruction que la société ID Organisation a notamment entrepris des travaux non autorisés par la convention, remettait ses rapports d'activité tardivement et de manière incomplète, n'a pas remis, malgré les demandes de Montfort communauté, un projet global de gestion des loisirs sur le site de Tremelin, que les principaux investissements ont été réalisés et financés par Montfort Communauté, cette dernière reconnaissant que le contrat aurait dû être plus précis sur ce point, que plusieurs activités de loisirs ont été exploitées sans accord, que la prise en charge des frais de surveillance de la baignade dans le lac de Tremelin a donné lieu à des discussions dont le résultat semble n'avoir satisfait aucune des parties, que des retards de paiement des redevances dues par la société ID Organisation ont été constatés, que cette dernière a manifesté le souhait de ne plus s'investir dans les activités de loisirs affermées et a décidé unilatéralement, à compter du 27 mars 2019, de ne plus payer la redevance due au titre du contrat d'affermage. **L'ensemble de ces éléments témoignent d'une profonde détérioration des relations contractuelles, née d'une perte de confiance entre les parties faisant obstacle à la poursuite du contrat, et ont justifié par suite la résiliation unilatérale, pour ce motif qui revêt à lui seul un caractère d'intérêt général, de la convention en cause.** »

CAA Marseille, 21 sept. 2020, n° 18MA05297, Sté immobilière et financière d'armement (SIFA)

« Il résulte de la rédaction des stipulations des articles 55 et 56 du contrat qu'elles instituent une procédure de conciliation entre les parties en vue d'assurer un règlement amiable des litiges survenant au cours de l'exécution du contrat, qui constitue un préalable à la saisine du juge. Il en résulte que le respect de cette procédure ne constitue pas un préalable à l'édition **d'une décision de résiliation pour faute, laquelle ne constitue pas par elle-même un litige entre les parties** et n'est, en tout état de cause, soumise qu'à l'intervention d'une mise en demeure préalable émanant du concédant ».

CAA Bordeaux, 31 oct. 2019, n° 16BX02763, SAS Bordeaux Atlantique Terminal

« Seule une faute d'une gravité suffisante était de nature à justifier la résiliation de la convention de terminal aux torts exclusifs de la société BAT... Il résulte du 1 de l'article 6 de la convention de terminal que la société BAT avait l'obligation, essentielle, **d'assurer la continuité d'exploitation** du site du Verdon comme sur les autres sites du terminal. Toutefois, seule l'incapacité rédhibitoire de la société à assurer la continuité du service, compte tenu des spécificités techniques de celui-ci et de l'état du matériel cédé par le GMPB dans un état de vétusté

avancé et devant néanmoins être mis en œuvre par la société, mais aussi des délais contractuels impartis pour une remise en fonctionnement du terminal après mise en demeure, était de nature à justifier la résiliation partielle de la convention de terminal aux torts de cette dernière. Il y a donc lieu de vérifier si cette condition était remplie en l'espèce.

Il résulte de l'instruction que le bon fonctionnement du terminal du Verdon dépendait de la continuité d'exploitation des deux portiques 201 et 202 destinés au levage des charges lourdes, à défaut de leur remplacement pur et simple. Ces équipements construits en 1976 et 1977 étaient déjà **anciens lorsque leur cession par le GPMB à la société BAT a été prévue par le protocole d'accord** du 2 juillet 2009, le GPMB s'étant réservé pendant 7 ans l'exclusivité de l'entretien et de la maintenance des outillages sur les sites du terminal.

Il résulte encore de l'instruction qu'en raison du mauvais état des portiques, le transfert de propriété a été reporté à plusieurs reprises et que ceux-ci demeuraient inexploitable un an après la conclusion de la cession des outillages intervenue le 14 avril 2010 : leur transfert à la société a seulement été conclu en vertu d'un avenant n° 4 à l'acte de cession en date du 6 avril 2011. Néanmoins, à cette date, le portique 201 était encore sorti d'exploitation par le GMPB le 27 mars 2011 en raison de très fortes vibrations et de craquements de la structure pendant les opérations de sorte que la société BAT refusait d'en prendre livraison, le GPMB s'engageant à lever les réserves avant la fin de l'année 2011. Le portique 202, quant à lui, nécessitait que le GPMB, dans les trois mois, fasse réaliser des travaux de reprise des zones corrodées et des rails de direction.

Il résulte de ce qui précède que la société BAT s'est vu remettre des équipements dont l'état de vétusté était admis dès le départ de la relation contractuelle par le GPMB et qu'ils ne présentaient manifestement pas un degré de fiabilité suffisant pour assurer l'exploitation normale et continue du terminal sur le site du Verdon : le portique 202 n'a été remis en service qu'en août 2011 et le portique 201 n'était toujours pas en état d'être exploité lorsque le portique 202 a subi une avarie en février 2013. ... C'est donc à bon droit que les premiers juges ont estimé que la mesure de résiliation partielle prononcée le 22 mai 2013, déjà intervenue dans des conditions irrégulières, était de surcroît injustifiée au regard des obligations contractuelles de la société BAT ».

CE 6 mai 2019, n°420070, Société CVT Loisirs

« 2. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'en vertu de l'article 5 de la convention de concession, la société CVT Loisirs s'était engagée à réaliser des travaux de mise aux normes et de développement identifiés et chiffrés au sein d'une annexe à la convention, pour un montant estimatif de 272 284,25 euros HT. Aux termes de l'article 9 de la convention relative à la redevance annuelle due à la commune concédante, le concessionnaire pouvait déduire du montant de cette redevance l'annuité résultant de la souscription d'un emprunt sur dix ans pour la somme nécessaire à couvrir lesdits travaux. Plusieurs différends étant nés entre les parties quant à la communication des documents relatifs au prêt contracté à cette fin par le concessionnaire et aux modalités de calcul de la déduction, la société CVT Loisirs n'a pas déféré à la mise en demeure de la commune de lui verser l'acompte de la redevance de l'année 2009, d'un montant de 40 330,63 euros. En estimant que la commune de Saumur pouvait résilier unilatéralement, pour ce seul motif, la concession alors que le non versement, certes fautif, de cette somme n'était pas, eu égard au montant des investissements engagés par le concessionnaire et à l'équilibre économique de l'exploitation, dont le chiffre d'affaires annuel avoisinait un million d'euros, d'une gravité suffisante pour fonder légalement la déchéance du concessionnaire, la cour administrative d'appel de Nantes a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ».

CE 12 novembre 2015, n°387660, Société Le jardin d'acclimatation

« En cas de manquements de nature à justifier qu'il soit mis fin à son contrat pour faute et sans indemnité, le titulaire doit, en principe, être préalablement mis en demeure de respecter ses obligations, sauf si le contrat en dispose autrement ou s'il n'a pas la possibilité de remédier aux manquements qui lui sont reprochés; en l'absence même de stipulations du contrat lui donnant cette possibilité, le concédant dispose de la faculté de résilier unilatéralement le contrat pour faute et sans indemnité; dans l'hypothèse d'une saisine du juge aux fins de prononcer la déchéance du contrat, celui-ci est régulièrement saisi alors même que le délai donné au cocontractant pour se conformer à ses obligations n'est pas expiré; le juge ne peut toutefois statuer qu'après expiration de ce délai; ces mêmes

règles s'appliquent dans le cas de l'action en déchéance d'un sous-concessionnaire par un concessionnaire ».

CAA Nantes, 31 octobre 2014, n°13NT00699, Société CEP-A Port Guillaume

« Considérant, d'une part, qu'aux termes du premier alinéa de l'article 29-1 du cahier des charges de la concession annexé à l'arrêté du 29 décembre 1989 du président du conseil général du Calvados : " Aucune cession partielle ou totale de la concession, aucun changement de concessionnaire ne peuvent avoir lieu, à peine de nullité, qu'en vertu d'une autorisation donnée par l'autorité concédante, le concessionnaire entendu. " ; que lorsque la société concessionnaire envisage au cours de l'exécution du contrat de céder la totalité de son capital à un tiers avec lequel elle n'a, directement ou indirectement, aucun lien capitalistique, cette cession, qui certes ne se traduit pas par elle-même par la cession à ce tiers du contrat de concession, doit être regardée comme ayant pour effet un changement de concessionnaire au sens et pour l'application de cet article lorsque le concédant justifie que les données relatives notamment à la capacité financière du candidat, laquelle est susceptible d'être appréciée en prenant en compte l'identité du détenteur de son capital, ont joué un rôle déterminant dans l'attribution de la concession ; qu'en vertu de cet article, le changement de l'identité du détenteur de la totalité du capital de cette société ne peut alors intervenir sans autorisation de l'autorité concédante ; que le concessionnaire, qui ne sollicite pas une telle autorisation de cession de la totalité de son capital à un tiers et procède à cette cession, commet une faute susceptible de revêtir un caractère d'une particulière gravité ; que la personne publique peut alors retenir ce grief pour prononcer, le cas échéant au vu également d'autres griefs, la résiliation de la concession aux torts du concessionnaire ; [...]

9. Considérant, d'une part, qu'en cas de résiliation pour faute d'une concession, le concessionnaire ne peut prétendre à l'indemnisation de son manque à gagner ; que la résiliation du contrat de concession ayant été prononcée pour faute et non dans l'intérêt général, la société CEP-A Port Guillaume représentée par Me H...n'a donc droit à aucune indemnité au titre du manque à gagner ;

10. Considérant, d'autre part, que même en cas de résiliation pour faute, le concessionnaire est fondé à demander une indemnité correspondant à la valeur non amortie des investissements qu'il a réalisés ; qu'aux termes de l'article 55 du cahier des charges du contrat de concession relatif à l'interruption du contrat par déchéance : " Le concessionnaire n'a droit, comme indemnisation, qu'au paiement d'une somme égale à la valeur des investissements réalisés par lui-même, déduction faite des amortissements industriels et des provisions pour dépréciation figurant au bilan. (...) " ; que, dans le cas où le concessionnaire n'a pas inscrit au bilan ces investissements ou ne les a inscrits que pour une valeur inférieure à leur montant réel, cette circonstance ne saurait faire échec aux droits du concessionnaire ; que dans ce cas il lui appartient de justifier par tous moyens la réalité et le montant exact des investissements qu'il a réalisés ; qu'il y a alors lieu de déduire les amortissements se rapportant à ces investissements en se fondant non sur ceux, erronés, mentionnés au bilan mais sur ceux qui auraient dû normalement être pratiqués selon la durée d'usage des installations ou, à défaut de toute indication produite par le concessionnaire, en calculant cet amortissement sur la durée correspondant à celle de la concession afin que les biens soient regardés comme étant totalement amortis au terme normal de celle-ci ; qu'en l'espèce et compte tenu de l'absence d'inscription au bilan de la société des investissements effectivement réalisés pour la construction des installations portuaires, il y a ainsi lieu de prendre en compte le montant total de ces investissements dont il est justifié par des pièces probantes et, pour arrêter la part qui n'en a pas été amortie, de calculer les amortissements s'y rapportant sur la base d'un amortissement linéaire pendant la durée de la concession invoqué par la société dans ses écritures de première instance et non contesté en défense ; »

CAA Bordeaux, 17 novembre 2011, n°10BX00812, Société Sogedo

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que les communes, qui avaient conclu les conventions d'affermage des services publics de distribution d'eau potable et d'assainissement en litige avec la SOCIETE SOGEDO, en 1993, pour six de ces conventions, et en 1974, pour l'une d'entre elles, ont successivement, à partir de 1998, transféré au SYDEC leurs compétences en matière d'eau et d'assainissement, lequel est ainsi devenu autorité délégante en lieu et place des communes ; que les conventions d'affermage prévoyaient la possibilité de contrôles par la collectivité délégante de l'activité du fermier et mettaient à la charge de celui-ci la fourniture des éléments nécessaires pour qu'il puisse

procéder ; que le SYDEC a décidé en 2006 d'entreprendre un contrôle sur l'ensemble des conventions de délégation en litige ; qu'il a, par télécopie adressée à la SOCIETE SOGEDO le 26 septembre 2006, demandé notamment la communication, pour chacun des contrats, des comptes rendus techniques et financiers que le délégataire est tenu d'adresser chaque année à l'autorité délégante, le solde des comptes rendus financiers, les comptes d'exploitation, les inventaires des biens confiés au fermier et également le nombre d'abonnés, le volume assujéti pour le calcul de la rémunération du fermier, la liste des travaux effectués au titre de la garantie de renouvellement, et joint à cette demande un questionnaire par contrat ; que si la SOCIETE SOGEDO n'a pas fourni dans le délai prévu fixé au 10 octobre 2006 l'ensemble de ces documents, elle a toutefois remis en mains propres au SYDEC plusieurs des documents demandés, le 27 octobre, soit un mois après ; qu'à la suite d'une mise en demeure qui lui a été adressée le 6 novembre 2006, aux fins de compléter les documents fournis par la production des comptes prévisionnels d'exploitation, l'état des patrimoines initiaux ainsi que l'évolution du nombre d'abonnés et des volumes assujettis, pour le 25 novembre prochain délai de rigueur, la SOCIETE SOGEDO s'est à nouveau efforcée de répondre positivement à la demande du syndicat dont elle a d'ailleurs rencontré, le 21 novembre 2006, le directeur technique à qui elle a remis plusieurs des documents manquants dont les comptes d'exploitation prévisionnels à l'exception d'un seul, l'inventaire des ouvrages et les comptes rendus techniques et financiers pour les années 1993 à 2000 ; qu'en outre, au cours de cette réunion, un accord est intervenu sur les pièces restant à fournir, la SOCIETE SOGEDO s'engageant à les produire au plus tard, le 15 décembre 2006 ; que, s'il est vrai que la SOCIETE SOGEDO a tardé dans la remise des documents demandés, le déroulement des faits ci-dessus décrits ne révèle pas de sa part la volonté de faire obstruction au contrôle en refusant de communiquer les documents et les renseignements qui lui étaient demandés ; qu'elle ne saurait dès lors être regardée comme ayant gravement manqué à ses obligations contractuelles ; que, dans ces conditions, la résiliation de l'ensemble des conventions prononcée le 24 novembre 2006, avant même l'expiration du délai fixé dans la mise en demeure du 6 novembre 2006, au motif tiré de la mauvaise foi dont le délégataire a pu faire preuve lors du contrôle de l'exécution de ces contrats et de son refus obstiné d'apporter les éléments nécessaires au suivi d'un bon déroulement des délégations, présente un caractère abusif et constitue une faute de nature à engager la responsabilité du SYDEC ; que la SOCIETE SOGEDO est ainsi fondée à demander réparation des préjudices résultant de la résiliation desdites conventions ».

CE 17 décembre 2008, n°296819, Syndicat intercommunal de gestion et d'aménagement de Superbagnères

« Considérant que la résiliation d'un marché ne fait pas obstacle par principe à l'application de pénalités de retard ; qu'ainsi en jugeant que la convention de régie intéressée du Grand hôtel de Superbagnères avait eu pour effet de rompre tout lien entre les cocontractants et interdisait de faire application des sanctions pécuniaires prévues à l'article 28 de cette convention, sans rechercher si l'application de ces clauses ne trouvait pas sa cause juridique dans l'exécution même du contrat, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit ; que, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, son arrêt doit être annulé en tant qu'il a annulé pour le motif susindiqué le titre de perception dont procède le commandement de payer du 30 novembre 2001 ;

Considérant qu'un cocontractant ne peut être regardé comme ayant été régulièrement mis en demeure dans le cas où la mise en demeure qui lui a été adressée ne fait état d'aucun manquement précis de sa part à ses obligations ; que la lettre recommandée en date du 7 août 2000, adressée par le SYNDICAT INTERCOMMUNAL DE GESTION ET D'AMENAGEMENT DE SUPERBAGNERES et demandant à la Compagnie hôtelière des Alpes de respecter les dispositions de l'article 40-1 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, ne saurait s'analyser en une mise en demeure préalable à la mise en oeuvre des sanctions pécuniaires prévues par la convention en cause en cas de retard ou d'inexécution des clauses contractuelles ; qu'en effet, se bornant à rappeler l'obligation qui est imposée au délégataire par cet article de produire chaque année avant le 1er juin, à l'autorité délégante, un rapport retraçant la totalité des opérations comptables afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité du service et de fournir toutes les pièces comptables encore manquantes à ce jour, ce courrier ne fait pas explicitement référence à l'article 28 de la convention du 18 décembre 1998 qui prévoit les modalités de mise en oeuvre et de calcul des sanctions pécuniaires encourues par le délégataire en cas de manquement à ses obligations et n'indique pas le délai dans lequel les pièces

réclamées devront être produites ; qu'ainsi, à défaut de mise en demeure régulière, le titre de perception émis le 30 novembre 2001 pour un montant de 543 296,36 francs, est lui-même irrégulier ; »

CE 19 octobre 2001, n°212677, Syndicat intercommunal de Guzet-Neige

« Considérant que, pour rejeter les conclusions du SYNDICAT INTERCOMMUNAL DE GUZET-NEIGE (SIGN) tendant à ce que soit prononcée la déchéance du concessionnaire, la cour administrative d'appel de Bordeaux s'est fondée sur ce que les conditions déterminées par l'article 2 de l'avenant du 1er décembre 1990 à la convention de concession n'étaient pas remplies ; que si cet article énonce : "Il est expressément convenu que dans le respect des principes définis en la matière par la loi modifiée n° 85-30 du 9 janvier 1985 et ses dispositions d'application, l'irrespect des engagements résultant, pour le concessionnaire, du protocole d'accord du 4 avril 1990 pourra donner lieu à une décision de déchéance, dans les conditions forme, délais et réserves, notamment force majeure, prévues aux articles 20 et 21 du contrat de concession du 28 avril 1969", il stipule également que la déchéance ne pourra être évoquée "qu'à la condition que les concédants aient respecté et exécuté les obligations à eux imposées par ledit protocole" ; que, contrairement à ce que soutient le syndicat requérant, les parties au contrat de concession n'ont méconnu aucune règle d'ordre public en subordonnant ainsi la possibilité de prononcer la déchéance du concessionnaire à la condition du respect par le concédant des engagements qu'il avait par ailleurs souscrits ; qu'il appartenait au juge du contrat de concession, saisi d'une demande tendant à ce qu'il prononçât la déchéance, de vérifier si cette condition était remplie ; qu'ainsi, en se livrant à cette vérification, la cour administrative d'appel n'a commis aucune erreur de droit ».

CE 12 mars 1999, n°176694, SA Méribel 92

« Considérant enfin que si la société concessionnaire n'a pas engagé les travaux préparatoires à la réalisation de la phase "post-olympique" du projet, il résulte de l'instruction que cette circonstance était due à la rupture de l'équilibre financier du contrat en partie provoqué par les agissements de la commune ; que si cette circonstance apparaît constitutive d'une faute, elle n'est pas d'une gravité suffisante pour justifier la déchéance du concessionnaire ; qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de la commune des Allues doivent être rejetées ».

CE 25 mars 1991, n°90747, Copel

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que, depuis plusieurs années, et malgré plusieurs mises en demeure formelles, M. Y... ne s'est acquitté d'aucune des obligations financières qu'il avait souscrites ; que le déséquilibre financier de l'exploitation qu'il invoque, à supposer qu'il soit établi, est sans incidence sur la gravité de ses manquements à ses obligations contractuelles ; que de tels manquements suffisent en eux-mêmes à justifier qu'ait été prononcée à son encontre la mesure de la déchéance ».

Résilier pour un motif d'intérêt général

CAA de BORDEAUX, 6 novembre 2024, n°22BX03145, Société Roncarolo

Il résulte de l'instruction, et en particulier de la décision du 16 avril 2019, que le pouvoir adjudicateur a décidé d'abandonner le projet de travaux en raison des difficultés techniques rencontrées en cours d'exécution de la phase réalisation et d'une évolution du besoin. Il en résulte également, d'une part, que, malgré les travaux ayant conduit à la définition du projet de rénovation et de sécurisation de l'accueil du commissariat de police de Pessac, le SGAMI Sud-Ouest a été confronté, pendant la phase de conception du marché, à une évolution des besoins des services utilisateurs en termes de sécurité des installations n'entrant pas dans les prescriptions techniques du contrat qui, contrairement à ce que soutient la société Roncarolo, ne résulte pas d'une insuffisante définition de l'objet du marché. D'autre part, il résulte des nombreux échanges intervenus entre le SGAMI Sud-ouest et la société Roncarolo que les difficultés de cette dernière pour établir une décomposition du prix forfaitaire et global (DPGF) conforme à l'acte d'engagement ne sont pas exclusivement imputables à cette évolution du périmètre des prestations. Ainsi, en l'absence de faute démontrée de l'administration dans la préparation du marché, la société Roncarolo, qui ne conteste pas que la poursuite du marché aurait conduit à une modification substantielle des prestations par rapport aux besoins exprimés lors de la consultation,

n'est pas fondée à soutenir que la décision du SGAMI Sud-Ouest d'abandonner le projet ne répondait pas à un motif d'intérêt général. Elle n'est donc pas fondée à demander que la résiliation soit requalifiée aux torts de l'administration ».

CE, 24 novembre 2023, n°473696, SIPPPEC

« En premier lieu, si les parties à un contrat administratif peuvent déterminer l'étendue et les modalités des droits à indemnité du cocontractant en cas de résiliation du contrat pour un motif d'intérêt général, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion entre l'indemnité ainsi fixée et le préjudice subi, la fixation des modalités d'indemnisation de la part non amortie des biens de retour dans un contrat de concession obéit, compte tenu de la nature d'un tel préjudice, à des règles spécifiques. Lorsqu'une personne publique résilie une concession avant son terme normal, le concessionnaire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, dès lors qu'ils n'ont pu être totalement amortis. Lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, cette indemnité est égale à leur valeur nette comptable inscrite au bilan. Dans le cas où leur durée d'utilisation était supérieure à la durée du contrat, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat. Si, en présence d'une convention conclue entre une personne publique et une personne privée, il est loisible aux parties de déroger à ces principes, l'indemnité mise à la charge de la personne publique au titre de ces biens ne saurait en toute hypothèse excéder le montant calculé selon les modalités précisées ci-dessus. »

CE, 8 mars 2023, n°464619, SIPPPEC

« En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique contractante peut unilatéralement apporter des modifications à un tel contrat dans l'intérêt général, son cocontractant étant tenu de respecter les obligations qui lui incombent en vertu du contrat ainsi modifié tout en ayant droit au maintien de l'équilibre financier du contrat. **La personne publique peut ainsi, lorsqu'une clause du contrat est affectée d'une irrégularité tenant au caractère illicite de son contenu et à condition qu'elle soit divisible du reste du contrat, y apporter de manière unilatérale les modifications permettant de remédier à cette irrégularité.** Si la clause n'est pas divisible du reste du contrat et que l'irrégularité qui entache le contrat est d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation, la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, résilier unilatéralement le contrat sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge. »

CAA Versailles, 16 déc. 2021, n° 18VE03215, Ministre de la transition écologique et solidaire

« La décision de résiliation est justifiée par un motif d'intérêt général tiré de l'existence de contestations fortes et durables au projet d'écotaxe se traduisant, dans certains cas, par de graves troubles à l'ordre public ».

CE, 12 avril 2021, n°436663, Société Ile de Sein Energies

« La société requérante soutient que ces dispositions et les motifs de la directive imposent, compte tenu de l'incidence environnementale de la production électrique sur l'île de Sein par EDF et du frein à la réalisation des objectifs de la directive du 23 avril 2009 que constitue le fait de désigner EDF comme seul et unique gestionnaire du réseau de distribution électrique sur l'île, qu'il soit mis fin à l'exécution de la convention en litige. Toutefois, ni ces dispositions, qui ne fixent aux Etats membres que des objectifs, ni les motifs de la directive dont se prévaut la société requérante, qui sont au surplus dépourvus de valeur juridique contraignante, **ne constituent un motif d'intérêt général imposant la résiliation d'une convention légalement conclue, à moins qu'il ne soit établi que la poursuite de son exécution fait évidemment et immédiatement obstacle à ce que l'Etat puisse se conformer aux obligations résultant du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.** La société IDSE, qui n'établit pas que l'exécution de la concession en litige constitue un obstacle à ce que l'Etat atteigne les objectifs fixés par la directive 2009/28/CE du 23 avril 2009, dans le délai qu'elle prescrit, n'est pas fondée à soutenir qu'en jugeant que l'application de ces dispositions n'imposerait pas en l'espèce la

résiliation de la convention litigieuse, la cour administrative d'appel, qui a suffisamment motivé son arrêt, aurait commis une erreur de droit ou dénaturé les pièces du dossier ».

CAA Marseille, 27 janv. 2020, n° 18MA04999, Sté Baoli

« Il résulte de l'instruction que le projet envisagé en exécution de la convention du 11 juillet 2013, en vue duquel les sociétés requérantes avaient transmis à la commune un avant-projet définitif, consistait, conformément d'ailleurs aux stipulations de ce contrat, en une opération de démolition et de reconstruction de grande ampleur impliquant l'édification, en lieu et place du restaurant et de la discothèque existants, d'un bâtiment multifonctionnel susceptible d'accueillir des activités de restauration mais aussi d'animations événementielles et culturelles dans une salle de spectacle dont le niveau fini se trouvait sous le niveau du terrain naturel ainsi que sous le niveau d'eau en cas de submersion. Il en résulte que la commune de Cannes pouvait valablement considérer que ce projet était susceptible d'aggraver l'exposition des occupants de la construction projetée au risque de submersion, sans que des prescriptions édictées, dans une éventuelle autorisation d'urbanisme, sur le fondement de l'article R. 111-2 du code de l'urbanisme soient à même de parer à ce risque. **Elle pouvait à bon droit, en sa qualité d'autorité contractante et sans qu'y fasse obstacle le principe d'indépendance des législations, lequel est sans incidence sur la possibilité de résilier un contrat pour un motif d'intérêt général**, en déduire que le projet était remis en cause dans son principe, quand bien même il ne serait pas contraire au règlement de la zone, et ce alors même que, comme le soutiennent les sociétés requérantes, la commune n'était pas tenue de modifier les règles d'urbanisme applicables à cette zone du seul fait de l'intervention du porteur à connaissance de l'Etat ».

CE, 26 mars 2018, n° 401060, Société Balineau

« Lorsque le juge est saisi d'une demande d'indemnisation du manque à gagner résultant de la résiliation unilatérale d'un marché public pour motif d'intérêt général, il lui appartient, pour apprécier l'existence d'un préjudice et en évaluer le montant, de tenir compte du bénéfice que le requérant a, le cas échéant, tiré de la réalisation, en qualité de titulaire ou de sous-traitant d'un nouveau marché passé par le pouvoir adjudicateur, de tout ou partie des prestations qui lui avaient été confiées par le marché résilié.

Dans l'hypothèse où, à la date à laquelle le juge statue sur le litige relatif à la résiliation, il résulte de l'ensemble des circonstances particulières de l'espèce que, alors même qu'il n'a pas exécuté de telles prestations dans les conditions mentionnées ci-dessus ou que leur exécution n'est pas en cours, **le titulaire du marché résilié est susceptible d'être chargé, dans un délai raisonnable, de tout ou partie de ces prestations à l'occasion d'un nouveau marché, il appartient au juge de surseoir à statuer sur l'existence et l'évaluation du préjudice né de la résiliation ».**

CE, 27 février 2015, n°357028, Commune de Béziers

« Une **convention conclue entre deux personnes publiques relative à l'organisation du service public ou aux modalités de réalisation en commun d'un projet d'intérêt général ne peut faire l'objet d'une résiliation unilatérale que si un motif d'intérêt général le justifie**, notamment en cas de bouleversement de l'équilibre de la convention ou de disparition de sa cause. En revanche, la seule apparition, au cours de l'exécution de la convention, d'un déséquilibre dans les relations entre les parties n'est pas de nature à justifier une telle résiliation »

CE, 7 mai 2013, n°365043, Société auxiliaire de parcs de la région parisienne

« Eu égard à l'impératif d'ordre public imposant de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation, **la nécessité de mettre fin à une convention dépassant la durée prévue par la loi d'une délégation de service public constitue un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation unilatérale par la personne publique**, sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge ».

CE, 19 décembre 2012, n° 350341, Société AB Trans

« Considérant, toutefois, que si les principes généraux applicables aux contrats administratifs permettent aux personnes publiques, sans qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle ne le prévoient, de résilier un contrat pour un motif d'intérêt général,

sous réserve de l'indemnisation du préjudice éventuellement subi par le cocontractant, ces mêmes principes ne s'opposent pas à ce que **des stipulations contractuelles écartent, comme en l'espèce, tout droit à indemnisation en cas de résiliation du contrat par la personne publique ».**

CAA Douai, 29 novembre 2011, n° 10DA00608, Foure Lagadec Aviation

« Considérant, d'autre part, que la **volonté d'assurer une meilleure exploitation du domaine public**, notamment en percevant des redevances auprès d'occupants du domaine public bénéficiant antérieurement de sous-locations non autorisées, fait partie des motifs d'intérêt général pouvant justifier qu'il soit mis fin à un contrat d'occupation du domaine public avant son terme ».

CE, 4 mai 2011, n° 334280, Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes

« En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, l'autorité concédante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier un contrat de concession, sous réserve des droits à indemnité du concessionnaire. L'étendue et les modalités de cette indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le concessionnaire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé ; que ce principe, découlant de l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités, ne s'appliquant pas aux personnes privées, **rien ne s'oppose à ce que des stipulations prévoient une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi par le cocontractant privé de l'administration ».**

CE, 19 janvier 2011, n°323924, Commune de Limoges

« Considérant qu'ainsi qu'il a été dit, il était loisible à la COMMUNE DE LIMOGES d'adopter un nouveau mode de gestion de l'activité d'hôtellerie et de restauration jusqu'alors exercée dans le cadre de la convention d'occupation du domaine public conclue avec la société Albatros ; que **l'intention de la commune de soumettre le futur exploitant de l'activité d'hôtellerie et de restauration à des obligations de service public tenant notamment aux horaires et jours d'ouverture de l'établissement constituait un motif d'intérêt général suffisant pour décider la résiliation la convention d'occupation du domaine public conclue avec la société Albatros » ;**

CE, 21 décembre 2007, Région Limousin et autres

« Considérant que les régions requérantes ont signé le 21 février 2001 un protocole d'accord avec l'Etat, puis, le 13 novembre 2001, avec l'Etat, la Société nationale des chemins de fer français (SNCF) et Réseau ferré de France (RFF), une convention-cadre dont l'objet est le financement et la réalisation de la modernisation de la liaison ferrée Paris-Orléans-Limoges-Toulouse et de la mise en service de six rames de TGV rendues pendulaires ; qu'elles ont signé le même jour avec les mêmes partenaires une convention relative au financement et à la réalisation de l'étude d'avant-projet détaillé ; qu'elles ont enfin signé avec l'Etat le 12 septembre 2002 une convention relative au financement du contrôle externe ; que si le protocole d'accord du 21 février 2001, qui ne fixe qu'un objectif et prévoit sa concrétisation par des conventions ultérieures, constitue une simple déclaration commune d'intention sans portée juridique, les trois conventions signées les 13 novembre 2001 et 12 septembre 2002 présentent en revanche le caractère de contrats susceptibles de mettre en jeu la responsabilité contractuelle de l'Etat ».

« Considérant que **si l'Etat a pu mettre fin unilatéralement à ses engagements contractuels pour un motif d'intérêt général, eu égard notamment au coût élevé et à la faible rentabilité socio-économique du projet de liaison par rames pendulaires, ses co-contractants sont toutefois en droit d'obtenir réparation du préjudice résultant de la résiliation unilatérale de ces contrats particuliers par l'Etat, même en l'absence de toute faute de ce dernier, dès lors qu'aucune stipulation contractuelle n'y fait obstacle ».**

CE, 8 juillet 2005, n°259615, JEDJIGA

« Considérant qu'aucune disposition du décret du 15 février 1988 pris par l'application de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale ne distingue, entre les vacataires et les contractuels, quant à la possibilité qu'a l'administration de résilier à tout moment le contrat d'un agent

non titulaire pour un motif d'intérêt général ; que, dès lors, tant le moyen tiré de l'erreur de qualification juridique qu'aurait commise la cour en jugeant que Mme X était une vacataire et non une contractuelle, que celui, tiré de ce que la cour aurait dénaturé les termes de l'arrêté du 4 juillet 1991 pour reconnaître à l'intéressée la qualité de vacataire, sont inopérants et doivent, par suite, être écartés ;

Considérant qu'en jugeant, par un arrêt suffisamment motivé et exempt de dénaturation, que **l'intérêt du service reposant sur des motifs budgétaires et scientifiques pouvait justifier qu'il soit mis fin, avant le terme de six ans, aux fonctions de Mme X, la cour n'a pas omis de répondre au moyen tiré de ce que la requérante bénéficiait d'un contrat à durée déterminée de six ans et non d'un régime de vacances** ».

CE, 31 juillet 1996, n°126594, Société des téléphériques du Mont Blanc

« Il appartient à l'autorité concédante, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire, de mettre fin avant son terme à un contrat de concession, dès lors qu'il existe des motifs d'intérêt général justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service soit abandonnée ou établie sur des bases nouvelles. Elle peut user de cette faculté alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle, n'en a organisé l'exercice. La cession de 74 % des actions de la société titulaire d'une concession de remontées mécaniques attribuée par une commune à une société d'économie mixte contrôlée par une commune limitrophe autorisait la commune concédante, à cause des risques de conflits d'intérêt qu'elle entraînait, à regarder son **co-contractant comme ne présentant plus les garanties au vu desquelles la concession lui avait été attribuée, et, pour ce motif d'intérêt général, à prononcer la résiliation de cette concession** ».

CE, 2 février 1987, n° 81131 n°82432 n°82437 et n°82443, Société TV6

« S'il appartient à l'autorité concédante, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire, de mettre fin avant son terme, à un contrat de concession, **elle ne peut ainsi rompre unilatéralement ses engagements que pour des motifs d'intérêt général** justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service concédé doit être abandonnée ou établie sur des bases nouvelles ».

CE, 6 mai 1985, n° 41589 41699, Association Eurolat

« [...] l'une de ces **clauses interdisait la résiliation du bail** avant le remboursement complet du prêt accordé par le Crédit foncier de France, sauf accord de cet établissement bancaire, auquel devait être consentie par l'Association une hypothèque sur les immeubles qu'elle devait construire, et alors même que ledit établissement aurait refusé de se substituer pour la gestion du service à l'exploitant défaillant ; que ces **clauses, incompatibles** avec les principes de la domanialité publique comme **avec les nécessités du fonctionnement d'un service public, doivent être regardées comme nulles** ».

CE, 22 janvier 1965, n° 59122, Sté des établissements Michel Aubrun

« le concédant n'est, en cas de résiliation unilatérale d'un marché pour des **motifs d'ordre technique**, tenu à aucune réparation à l'égard d'un sous-traitant travaillant avec le co-contractant en vertu d'un sous-traité que le concédant n'a pas approuvé, la circonstance que le co-contractant ait confié au sous-contractant l'exécution d'une partie des travaux ne saurait le priver de la faculté de réclamer au concédant une indemnité de résiliation comprenant la totalité du préjudice subi par lui du fait de l'interruption de ces travaux, c'est-à-dire couvrant le remboursement pour l'ensemble des travaux y compris ceux qui ont été sous-traités, des frais effectivement engagés et des gains que le co-contractant pouvait normalement escompter de la réalisation de ces travaux, dans la limite des sommes qui lui auraient été dues si il n'avait pas sous-traité une partie des travaux ».

CE, 23 mai 1962, n° 41178, Ministre des Finances et des Affaires économiques c. Société financière d'exploitations industrielles

« Considérant qu'en l'absence de toute faute de sa part, l'entrepreneur a **droit à la réparation intégrale du préjudice** résultant pour lui de la résiliation anticipée du contrat, y compris la **totalité du manque à gagner, compte tenu du montant des travaux garantis par ledit contrat et non exécutés** ; que

ce manque à gagner doit être apprécié au moment de la résiliation selon les prix en vigueur à cette date ».

Article L3136-4

Lorsqu'un opérateur économique est, au cours de l'exécution d'un contrat de concession, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux articles L. 3123-1 à L. 3123-5 et aux articles L. 3123-7 à L. 3123-13, l'autorité concédante peut résilier le contrat de concession pour ce motif.

L'opérateur informe sans délai l'autorité concédante de ce changement de situation.

Toutefois, l'autorité concédante ne peut prononcer la résiliation du contrat de concession au seul motif que l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire en application de l'article L. 631-1 du code de commerce, sous réserve des hypothèses de résiliation de plein droit prévues au III de l'article L. 622-13 du même code.

Procédure de redressement judiciaire

Article L. 631-1 du code de commerce

« Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements.

La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30 ».

Instruction ministérielle n° 12-005-M0 du 26 janvier 2012

« Lorsqu'une entreprise titulaire d'un contrat fait l'objet d'une mesure de redressement judiciaire, la personne publique doit adresser une mise en demeure à l'administrateur, qui dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer sur la poursuite du marché en cours (article L. 622-13 du Code de commerce). Si l'administrateur judiciaire se prononce pour la continuation du contrat, la personne publique ne peut, sans commettre de faute, procéder à sa résiliation de manière unilatérale sauf motif d'intérêt général caractérisé ».

CE, 24 octobre 1990, n° 87327, Régie immobilière de la Ville de Paris

« Considérant que par un jugement du 2 mai 1985, le tribunal de commerce de Poitiers a prononcé le règlement judiciaire de la Société des Etablissements Serge et Roger Louis ; que si l'article 44-3 du cahier des clauses administratives générales applicable au marché en cause stipule qu'"en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de l'entrepreneur, la résiliation est prononcée, sauf si dans le mois qui suit la décision de justice intervenue, le syndic décide de poursuivre l'exécution du marché. La résiliation, si elle est prononcée, prend effet à la date de la décision du syndic de renoncer à poursuivre l'exécution du marché ou de l'expiration du délai d'un mois ci-dessus", la fixation de ce délai d'un mois est illégale comme n'étant pas prévue par les dispositions de la loi du 13 juillet 1967 ; que par une lettre du 27 mai 1983, le syndic au règlement judiciaire de la Société Louis a fait connaître à la Régie immobilière de la ville de Paris son intention de poursuivre l'exécution du marché ; qu'ainsi et alors même qu'il aurait simultanément demandé l'ouverture de discussions sur la fixation d'un nouveau prix pour les travaux déjà exécutés, le syndic ne peut être regardé comme ayant renoncé à poursuivre l'exécution du marché ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin de statuer sur le caractère solidaire ou conjoint de groupement des Sociétés Louis et Ziller Technik, la résiliation du marché de la Sociétés Louis et la mise en régie aux frais de Ziller Technik étaient irrégulières et ne sauraient ouvrir droit à une indemnisation au profit de la Régie immobilière de la ville de Paris ni au titre du marché de substitution passé avec la société Baudin-châteauneuf ni au titre d'un prétendu préjudice ; »

CE, 20 juillet 1988, Sté industrielle nantaise des techniques appliquées du bâtiment

« Considérant qu'aux termes de l'article 38 de la loi susvisée du 13 juillet 1967 : "le syndic conserve en cas de règlement judiciaire la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours" ; Considérant que, par un jugement du 1er février 1979, le tribunal de commerce de Nantes a prononcé le règlement judiciaire de la société INDUSTRIELLE NANTAISE DES TECHNIQUES APPLIQUEES DU BATIMENT (S.I.N.T.A.B.) ; que si l'article 47-3 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés de travaux publics dispose qu'"en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, la résiliation est prononcée, sauf si dans le mois qui suit la décision de justice intervenue, le syndic décide de poursuivre l'exécution du marché", la fixation de ce délai d'un mois est illégal comme n'étant pas prévue par les dispositions de la loi du 13 juillet 1967 ; que si, par une lettre du 16 mai 1979, l'office d'H.L.M. de la ville d'Angers a demandé au syndic de la société INDUSTRIELLE NANTAISE DES TECHNIQUES APPLIQUEES DU BATIMENT (S.I.N.T.A.B.) de lui faire connaître s'il était en mesure d'exécuter les travaux de plâtrerie qui avaient été attribués à la société par le marché passé pour la construction de 161 logements et qui avaient fait l'objet de l'ordre de service du 10 décembre 1978, il résulte de l'instruction que le 19 juin 1979, date à laquelle l'office a averti le syndic de la résiliation sans indemnité du marché, le syndic de la société n'avait pas répondu à la lettre du 16 mai 1979 ; que, dans ces conditions, l'office était en droit, à cette date, de prendre la mesure contestée ; qu'ainsi la société INDUSTRIELLE NANTAISE DES TECHNIQUES APPLIQUEES DU BATIMENT (S.I.N.T.A.B.) et son syndic, Me Collet, ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nantes a rejeté leur demande d'indemnité ».

Article L3136-5

Lorsqu'un contrat de concession n'aurait pas dû être attribué à un opérateur économique en raison d'un **manquement grave** aux obligations prévues par le droit de l'Union européenne en matière de contrats de concession qui a été reconnu par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre de la procédure prévue à l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'autorité concédante peut le résilier.

Manquement grave

Article 44 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession

« Les États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices aient la possibilité, dans les conditions déterminées par le droit national applicable, de résilier une concession en cours lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

- une modification de la concession a eu lieu, laquelle aurait requis une nouvelle procédure d'attribution de concession conformément à l'article 43 ;
- le contractant se trouvait, lors de l'attribution du contrat, dans une des situations visées à l'article 38, paragraphe 4, et aurait dès lors dû être exclu de la procédure d'attribution de concession ;
- la Cour de justice de l'Union européenne estime, dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qu'un État membre a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des traités parce qu'un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice appartenant à cet État membre a attribué la concession en question sans respecter les obligations qui lui incombent en vertu des traités et de la présente directive ».**

CE, 28 mars 2022, n°454341, Société Sud Est

« **Le règlement de la consultation** prévu par une autorité concédante pour la passation d'un contrat de concession est **obligatoire dans toutes ses mentions. L'autorité concédante ne peut, dès lors, attribuer ce contrat à un candidat qui ne respecte pas une des exigences imposées par ce règlement**, sauf si cette exigence se révèle manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres. **Une candidature doit être regardée comme incomplète**, au sens de l'article 23 du décret du 1er février 2016, quand bien même elle contiendrait les pièces et informations dont la production est obligatoire en application des articles 19, 20 et 21 du décret, **dès lors qu'elle ne respecte pas les exigences fixées par le règlement de la consultation relatives au mode de transmission de ces documents, sous réserve que ces exigences ne soient pas manifestement inutiles.**

L'exigence ainsi faite aux candidats de remplir un formulaire DC1, qui est aisément accessible sur le site internet du ministère chargé de l'économie et qui détermine les modalités de présentation des renseignements relatifs à l'objet de la candidature, à l'identité de l'acheteur et du candidat, ainsi que de la déclaration sur l'honneur prévue au 1° du I de l'article 19 du décret du 1er février 2016 relative aux cas d'exclusions de la procédure de passation, **n'est pas manifestement inutile.**

Le fait, pour la personne publique, d'avoir conclu le contrat avec une personne dont la candidature aurait dû être écartée comme incomplète constitue **un vice entachant la validité du contrat, qui n'était pas susceptible d'être régularisé devant le juge ».**

Article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

« Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne ».

Article L3136-6

L'autorité concédante peut résilier le contrat de concession lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification qui méconnaîtrait les dispositions du chapitre V du présent titre.

Modification

Article 44 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession

« Les États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices aient la possibilité, dans les conditions déterminées par le droit national applicable, de résilier une concession en cours lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

- une modification de la concession a eu lieu, laquelle aurait requis une nouvelle procédure d'attribution de concession conformément à l'article 43 ».**

CE, 15 nov. 2017, n°409728, 409799, Commune d'Aix-en-Provence et SEMEPA

« Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, par une convention conclue le 9 juin 2016, la commune d'Aix-en-Provence et la SEMEPA ont entendu résilier la convention relative à la concession de la gestion du service public du stationnement payant sur voirie et de l'exploitation de sept parcs de stationnement publics du 29 décembre 1986 en tant qu'elle concerne l'exploitation des ouvrages hors voirie Bellegarde, Cardeurs, Carnot, Méjanas, Mignet, Pasteur et Signoret ainsi que la convention de délégation de service public du 24 octobre 2003 conclue pour l'exploitation du parc de La Rotonde.

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la convention conclue le 29 décembre 1986 entre la commune d'Aix-en-Provence et la SEMEPA, qui avait pour objet de concéder la gestion du service public du stationnement hors voirie et du service public du stationnement sur voirie, constituait, du fait notamment des conditions de son équilibre financier, un ensemble unique ; **que , alors même que la commune d'Aix-en-Provence et la SEMEPA ont déclaré procéder à la " résiliation partielle " de cette convention, la convention du 9 juin 2016 avait pour objet la modification du contrat de concession initial ; que cette modification doit être regardée, eu égard à son ampleur, comme changeant la nature globale du contrat initial ;** qu'elle introduit, en outre, des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu attirer davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ; que, par suite, le moyen soulevé par le préfet tiré de ce que cette modification de la convention conclue le 29 décembre 1986 est intervenue en méconnaissance des règles de modification des contrats de concession est de nature à créer un doute sérieux sur sa validité».

Section 2 - Modalités particulières d'indemnisation du concessionnaire

Article L3136-7

En cas d'annulation ou de résiliation du contrat de concession par le juge, faisant suite au recours d'un tiers, le concessionnaire peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'autorité concédante.

D'annulation ou de résiliation du contrat de concession par le juge, faisant suite au recours d'un tiers

CE, 4 avril 2014, n°358994, Tarn et Garonne

« Considérant qu'indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles ; que cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité ; que les requérants peuvent éventuellement assortir leur recours d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; que la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini ; que, toutefois, dans le cadre du contrôle de légalité, le représentant de l'Etat dans le département est recevable à contester la légalité de ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la conclusion du contrat, date à laquelle les recours déjà engagés et non encore jugés perdent leur objet ;

Considérant que le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini ; que les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ;

Considérant que, saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences ; qu'ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat ; qu'en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci ; qu'il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés ».

CE, 16 juillet 2010, n° 291545, Tropic

« Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former

devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ;

Considérant que, ainsi saisi de telles conclusions par un concurrent évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ; que, par ailleurs, une requête contestant la validité d'un contrat peut être accompagnée d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son exécution ;

Considérant qu'il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours ; que toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date ».

Indemnisation des dépenses utiles à l'autorité concédante

CAA Marseille, 9 janv. 2023, n°21MA00413, SA Corntrace Ltd et SA Earthquest Ltd

« Toutefois l'actionnaire d'une société à l'égard de laquelle une personne publique a commis une faute de nature à engager sa responsabilité ne peut prétendre à une indemnisation que s'il justifie d'un préjudice personnel, distinct du préjudice dont la société pourrait obtenir réparation et directement imputable à la faute commise ».

CAA Marseille, 26 Septembre 2022, n° 17MA00120, Société JCDecaux

« Il ressort du rapport d'expertise que l'expert a évalué la rémunération manquée de la société JCDecaux France à 5 934 800 euros, et qu'il a déduit de ce montant les différentes charges qui auraient, selon lui, dû être supportées si la société JCDecaux France avait dû poursuivre l'exploitation. Au nombre de ces charges, il a, d'une part, retenu les " coûts directs " correspondant aux frais de personnel (642 700 euros) et aux autres coûts directs -notamment coûts informatiques, des locaux, de rénovation, de pièces détachées- (775 100 euros) constatés à partir des données réelles de l'exploitation et, d'autre part, les " coûts indirects d'exploitation ", correspondant à des frais de structure chiffrés à 712 200 euros, soit 12 % des recettes. Il a, ensuite, déduit du solde les dotations aux amortissements qui s'élevaient à 429 700 euros et 210 400 euros s'agissant respectivement des véhicules et des vélos. Il a, enfin, déduit de ce résultat net manqué l'impôt sur les bénéfices qui aurait dû être payé, soit 1 144 200 euros, pour aboutir à un résultat net après impôt de 2 020 500 euros." »

Ce manque à gagner, qui s'identifie au bénéfice net manqué, correspond à la différence entre, d'une part, la rémunération supplémentaire qui aurait été versée à la société si le marché avait été exécuté et, d'autre part, les charges supplémentaires que la société aurait dû supporter si l'exécution du marché s'était poursuivie jusqu'à son terme. Par ailleurs, dans l'hypothèse où le cocontractant s'est contractuellement engagé à mettre en œuvre certains moyens déterminés dans le cadre de l'exécution du contrat, le montant des charges pris en compte pour le calcul du manque à

gagner ne peut être inférieur au coût des moyens déterminés dans cet engagement, dès lors que le versement de la rémunération prévue par le contrat est subordonné à la réalisation, par le titulaire du marché, des prestations contractuellement fixées ».

CAA Paris, 31 juill. 2020, n° 18PA02972, SFP Cœur de Ville

« Il résulte cependant de l'instruction que les études préalables à l'aménagement de la ZAC " Cœur de ville ", qui comprennent notamment un rapport de présentation, une étude d'impact sur l'environnement, un plan de situation, une étude de trafic, ont été réalisées dans le cadre d'un protocole signé le 26 juillet 2004. A ce titre, elles ont été achevées antérieurement à la signature du traité de concession le 27 février 2006 qui se réfère à ce document seulement dans son préambule. **Les études en litige sont donc étrangères à l'objet même du traité de concession** du 27 février 2006 qui, par son article 2, donne mission à l'aménageur de procéder aux acquisitions foncières nécessaires au projet, à l'éventuelle construction de bâtiments, ainsi qu'à la passation de conventions avec des maîtres d'ouvrages ou des propriétaires de terrains et à la rédaction d'un cahier des charges de cessions de terrain. Ces études préalables ne rentrent pas davantage dans le champ de l'article 8 du traité qui vise les études techniques et de maîtrise d'œuvre. Enfin, ce traité ne comporte pas de clause prévoyant l'indemnisation, en cas de résiliation, de ces études préalables qui pouvaient être réalisées par la SFP Cœur de ville en application du protocole du 26 juillet 2004 indépendamment de la désignation de cette dernière comme titulaire du traité de concession. La circonstance que le cahier des charges de la nouvelle consultation lancée en juillet 2006 prévoit le rachat des études préalables d'un montant de 336 345, 10 euros ne vaut pas, pour la commune, reconnaissance d'une dette à ce titre ni engagement de sa part à leur remboursement. **Par suite, en l'absence de lien de causalité entre l'absence de paiement des études préalables à l'aménagement de la ZAC " Cœur de ville " et la résiliation du traité de concession, la SFP Cœur de ville n'est pas fondée à en demander l'indemnisation** ».

CE, 9 mars 2018, n°406669 – Société GSN-DSP

« Considérant que le co-contractant de l'administration dont le contrat a été annulé par le juge peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, **au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé** ; que, dans le cas où le contrat a été annulé en raison d'une faute de l'administration, le co-contractant peut en outre, sous réserve du partage de responsabilités découlant le cas échéant de ses propres fautes, prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute de l'administration ; qu'à ce titre il peut demander le paiement des sommes correspondant aux autres dépenses exposées par lui pour l'exécution du contrat et aux gains dont il a été effectivement privé par son annulation, notamment du bénéfice auquel il pouvait prétendre, si toutefois l'indemnité à laquelle il a droit sur un terrain quasi-contractuel ne lui assure pas déjà une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée ; que, saisi d'une demande d'indemnité sur ce fondement, il appartient au juge d'apprécier si le préjudice allégué présente un caractère certain et s'il existe un lien de causalité direct entre la faute de l'administration et le préjudice ».

« Considérant que si le régime juridique applicable à l'indemnisation des frais financiers a été précisé par les dispositions du I de l'article 56 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, il résulte de l'article 78 de la même ordonnance que ces dispositions ne s'appliquent que lorsque l'annulation, la résolution ou la résiliation d'un contrat résulte d'une décision juridictionnelle intervenue à compter du 31 janvier 2016, lendemain du jour de la publication de l'ordonnance ».

CE 7 déc. 2012, Commune de Castres, n° 351752

« que pour condamner la commune à indemniser la société des dépenses utiles à la commune, elle a commis une deuxième **erreur de droit** en faisant **reposer sur la commune la charge de la preuve de l'inutilité de ces dépenses** ; qu'elle a commis une troisième erreur de droit et une erreur de qualification juridique des faits en estimant que la **société pouvait obtenir le remboursement des dépenses utiles sans tenir compte des fautes particulièrement graves qu'elle avait commises, lesquelles révélaient un manquement au principe de loyauté** »

« qu'en estimant que l'affectation au budget général de la commune des sommes versées par la société ne faisait pas obstacle à ce que la trésorerie ainsi apportée soit regardée comme utile à la commune,

alors que **l'utilité de la dépense doit être appréciée par rapport au service concerné**, elle a commis une cinquième erreur de droit ».

CE, 16 novembre 2005, n° 262360 - M. Auguste et Commune de Nogent-sur-Marne

« Considérant que le cocontractant de l'administration dont le contrat est entaché de nullité peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, **au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé** ».

« dans le cas où le contrat en cause est une concession de service public, il peut notamment, à ce titre, demander à être **indemnisé de la valeur non amortie, à la date à laquelle les biens nécessaires à l'exploitation du service font retour à l'administration, des dépenses d'investissement qu'il a consenties**, ainsi que du **déficit** qu'il a, le cas échéant, supporté à raison de cette exploitation, compte tenu notamment des **dotations aux amortissements** et des **frais afférents aux emprunts éventuellement contractés pour financer les investissements**, pour autant toutefois qu'il soit établi, au besoin après expertise, que ce **déficit était effectivement nécessaire, dans le cadre d'une gestion normale, à la bonne exécution du service** ».

Article L3136-8

Parmi les dépenses mentionnées à l'article L. 3136-7 figurent, s'il y a lieu, les frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat y compris, le cas échéant, les coûts pour le concessionnaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat.

La prise en compte des frais liés au financement est subordonnée à la mention, dans les annexes du contrat de concession, des principales caractéristiques des financements à mettre en place pour les besoins de l'exécution de la concession.

Article L3136-9

Lorsqu'une clause du contrat de concession fixe les modalités d'indemnisation du concessionnaire en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat de concession par le juge, elle est réputée **divisible** des autres stipulations du contrat.

CE, n° 455186, 16 décembre 2022, SNC Grasse-vacances

« Les parties à un contrat conclu par une personne publique peuvent déterminer l'étendue et les modalités des droits à indemnité du cocontractant en cas de résiliation amiable du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment de la personne publique, l'allocation au cocontractant d'une indemnisation excédant le montant du préjudice qu'il a subi résultant du gain dont il a été privé ainsi que des dépenses qu'il a normalement exposées et qui n'ont pas été couvertes en raison de la résiliation du contrat ».

Divisible

CE, 4 mai 2011, n° 334280, chambre de commerce et d'industrie de Nîmes

« En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, l'autorité concédante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier un contrat de concession, sous réserve des droits à indemnité du concessionnaire. L'étendue et les modalités de cette indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le concessionnaire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé ; que ce principe, découlant de l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités, ne s'appliquant pas aux personnes privées, **rien ne s'oppose à ce que des stipulations prévoient une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi par le cocontractant privé de l'administration** ».

« que, dès lors, en se fondant, pour statuer sur les conclusions de la CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE NIMES, UZES, BAGNOLS, LE VIGAN relatives à l'indemnisation de la valeur des investissements financés sur ses fonds propres, sur un principe selon lequel les stipulations contractuelles ne pouvaient avoir pour effet, quel que soit le statut du cocontractant de l'administration,

soit d'exclure toute indemnisation de celui-ci, soit de prévoir une indemnisation manifestement disproportionnée par rapport au préjudice subi, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit ;

Considérant, toutefois, que la chambre de commerce et d'industrie est un établissement public ; que le contrat qu'elle a souscrit ne pouvait dès lors, en application du principe énoncé ci-dessus, prévoir une indemnisation manifestement disproportionnée par rapport à son préjudice ; que ce motif, dont l'examen n'implique l'appréciation d'aucune circonstance de fait, doit être substitué au motif erroné retenu par l'arrêt attaqué, dont il justifie sur ce point le dispositif ».

CE, 19 Décembre 2007, n° 260327, Société Sogeparc-CGST-Compagnie générale de stationnement

« Considérant que, pour le juge du contrat, la nullité du contrat est une question d'ordre public ; que, par suite, lorsqu'il constate la nullité de certaines stipulations du contrat, il appartient à ce juge de s'interroger, le cas échéant d'office, sur le point de savoir si ces stipulations sont ou non divisibles du contrat afin de déterminer si leur nullité entraîne ou non celle de l'ensemble du contrat ».

Article L3136-10

Lorsque la personne publique concédante résilie avant son terme normal le contrat de concession de travaux ou le contrat concédant un service public, le concessionnaire a droit à l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens, à titre gratuit, dans le patrimoine de la personne publique s'ils n'ont pas été totalement amortis, dans les conditions suivantes :

1° Lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, l'indemnité à laquelle peut prétendre le concessionnaire est égale à la valeur nette comptable des biens ;

2° Lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation supérieure à la durée du contrat, l'indemnité à laquelle peut prétendre le concessionnaire est égale à la valeur nette comptable des biens telle qu'elle résulterait de leur amortissement sur la durée du contrat.

L'indemnité à la charge de la personne publique ne saurait excéder le montant calculé au titre des alinéas précédents.

CAA Nancy, 8 décembre 2020, n° 20NC00843, MM F. M. et consorts

« Lorsque la convention arrive à son terme normal ou que la personne publique la résilie avant ce terme, le concessionnaire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, en application des principes énoncés au point 19, lorsqu'ils n'ont pu être totalement amortis, soit en raison d'une durée du contrat inférieure à la durée de l'amortissement de ces biens, soit en raison d'une résiliation à une date antérieure à leur complet amortissement. Lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, cette indemnité est égale à leur valeur nette comptable inscrite au bilan. Dans le cas où leur durée d'utilisation était supérieure à la durée du contrat, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat. Si, en présence d'une convention conclue entre une personne publique et une personne privée, il est loisible aux parties de déroger à ces principes, l'indemnité mise à la charge de la personne publique au titre de ces biens ne saurait en toute hypothèse excéder le montant calculé selon les modalités précisées ci-avant.

En premier lieu, la circonstance que la **clause contestée s'applique de la même manière en cas de non-renouvellement et en cas de résiliation anticipée ne saurait la rendre illégale** dès lors que, ainsi qu'il a été dit au point 30, le **préjudice subi par le concessionnaire à raison du retour des biens à titre gratuit dans le patrimoine du concédant est le même dans les deux cas** ».

CE, 27 janvier 2020, n° 422104, Toulouse Métropole

« Lorsque la collectivité publique résilie une concession de service public avant son terme normal, le concessionnaire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour des biens nécessaires au fonctionnement du service public à titre gratuit dans le patrimoine de cette collectivité, lorsqu'ils n'ont pu être totalement amortis, soit en raison d'une durée du contrat inférieure à la durée de l'amortissement de ces biens, soit en raison d'une résiliation à une date antérieure à leur

complet amortissement. Lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, cette indemnité est égale à leur valeur nette comptable inscrite au bilan. Dans le cas où leur durée d'utilisation était supérieure à la durée du contrat, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat. Si, en présence d'une convention conclue entre une personne publique et une personne privée, il est loisible aux parties de déroger à ces principes, l'indemnité mise à la charge de la personne publique au titre de ces biens ne saurait en toute hypothèse excéder le montant calculé selon les modalités précisées ci-dessus ».

CE Ass, 21 décembre 2012, n° 342788, Commune de Douai

« Considérant, enfin, que lorsque la personne publique résilie la convention avant son terme normal, le délégataire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, en application des principes énoncés ci-dessus, dès lors qu'ils n'ont pu être totalement amortis ; que lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, cette indemnité est égale à leur valeur nette comptable inscrite au bilan ; que, dans le cas où leur durée d'utilisation était supérieure à la durée du contrat, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat ; que si, en présence d'une convention conclue entre une personne publique et une personne privée, il est loisible aux parties de déroger à ces principes, l'indemnité mise à la charge de la personne publique au titre de ces biens ne saurait en toute hypothèse excéder le montant calculé selon les modalités précisées ci-dessus ».

Chapitre VII - Règlement alternatif des différends

Section 1 - Conciliation et médiation

Article L3137-1

Les parties à un contrat administratif peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur dans les conditions fixées par les chapitres Ier et II du titre II du livre IV du code des relations entre le public et l'administration.

Article L3137-2

Les parties à un contrat de concession de droit privé peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur dans les conditions fixées par les dispositions du chapitre Ier du titre VI du livre Ier et du chapitre II du titre Ier du livre V du code de procédure civile.

Section 2 - Transaction

Article L3137-3

Les parties à un contrat de concession peuvent recourir à une transaction ainsi que le prévoit l'article 2044 du code civil.

Section 3 - Arbitrage

Article L3137-4

Ainsi qu'en dispose le premier alinéa de l'article 2060 du code civil, les autorités concédantes qui sont des personnes morales de droit public ne peuvent recourir à l'arbitrage, sauf dans les cas prévus par la loi, notamment ceux mentionnés par l'article L. 311-6 du code de justice administrative.

Article L3137-5

Le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant des personnes privées dans l'exécution des contrats de concession est possible dans les conditions définies par le livre IV du code de procédure civile.

Livre II - AUTRES CONTRATS DE CONCESSION

Article L3200-1

Sans préjudice de dispositions législatives spéciales, les catégories de contrats de concession mentionnées au titre Ier du présent livre sont soumises aux règles particulières définies au titre II.

Titre Ier - CHAMP D'APPLICATION

Chapitre Ier - Relations internes au secteur public

Section 1 - Quasi-régie

Article L3211-1

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession conclus par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, avec une personne morale de droit public ou de droit privé lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- 1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;
- 2° La personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées soit par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, soit par d'autres personnes morales que celui-ci contrôle, soit par ce pouvoir adjudicateur et d'autres personnes morales qu'il contrôle ;
- 3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.

Fiche DAJ, Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public

CJUE, 12 mai 2022, C-719/20, Comune di Lerici

« La Dir. 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la Dir. 2004/18/CE doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation ou à une pratique nationale en vertu de laquelle l'exécution d'un marché public, attribué initialement, sans appel à la concurrence, à une entité in house, sur laquelle le pouvoir adjudicateur exerçait, de manière conjointe, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, soit poursuivie automatiquement par l'opérateur économique ayant acquis cette entité, au terme d'une procédure d'appel d'offres, lorsque ce pouvoir adjudicateur ne dispose pas d'un tel contrôle sur cet opérateur et ne détient aucune participation dans son capital ».

CJUE, 18 Juin 2020, C-328/19, Porin Kaupunki

« L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens qu'un accord, aux termes duquel les communes parties à cet accord confient à l'une d'elles la responsabilité de l'organisation de services au profit de ces communes, est exclu du champ d'application de cette directive au motif qu'il constitue un transfert de compétences, au sens de l'article 4, paragraphe 2, TUE, tel qu'interprété dans l'arrêt du 21 décembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985) ».

CJUE, 3 octobre 2019, C-285/18, Kauno miesto savivaldybė

« L'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une règle nationale par laquelle un État membre subordonne la conclusion d'une

opération interne, notamment à la condition que la passation d'un marché public ne permette pas de garantir la qualité des services réalisés, leur accessibilité ou leur continuité, tant que le choix exprimé en faveur d'un mode de prestation de services en particulier, et effectué à un stade antérieur à celui de la passation de marché public, respecte les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence.

3) L'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24, lu à la lumière du principe de transparence, doit être interprété en ce sens que les conditions auxquelles les États membres subordonnent la conclusion d'opérations internes doivent être énoncées au moyen de règles précises et claires du droit positif des marchés publics, qui doivent être suffisamment accessibles et prévisibles dans leur application afin d'éviter tout risque d'arbitraire, ce qu'il appartiendra, en l'occurrence, à la juridiction de renvoi de vérifier ».

CE, 14 nov. 2018, n° 405628, Préfet du Puy-de-Dôme

« Il résulte de la combinaison des articles L. 1531-1, L. 1521-1 et L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales (CGCT) que, hormis le cas, prévu par l'article L. 1521-1 du CGCT, où l'objet social de la société s'inscrit dans le cadre d'une compétence que la commune n'exerce plus du fait de son transfert, après la création de la société, à un établissement public de coopération intercommunale, la participation d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales à une société publique locale (SPL), qui lui confère un siège au conseil d'administration ou au conseil de surveillance et a nécessairement pour effet de lui ouvrir droit à participer au vote des décisions prises par ces organes, est exclue lorsque cette collectivité territoriale ou ce groupement de collectivités territoriales n'exerce pas l'ensemble des compétences sur lesquelles porte l'objet social de la société ».

Contrôle analogue

CAA Bordeaux, 18 Juillet 2016, n°15BX00314, SPL Pompes funèbres publiques des communes associées

« Si la société Omnium de gestion et financement soutient que l'insuffisance de représentation des actionnaires minoritaires ne permettait pas à la commune de La Rochelle d'exercer sur la société publique locale un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services, il résulte de l'instruction que la commune dispose de la quasi-totalité du capital social et a le pouvoir de désigner tant les membres du conseil d'administration que le directeur général ; elle exerce ainsi sur la société publique locale, pour son compte et celui des autres actionnaires, un contrôle comparable à celui exercé sur ses propres services. »

CJCE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal

« La directive 93/36, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, ce qui n'est pas le cas dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne juridiquement distincte d'elle un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non ».

CJCE, 11 janvier 2005, C-26/03, Stadt Halle

« Conformément à la jurisprudence de la Cour, il n'est pas exclu qu'il puisse y avoir d'autres circonstances dans lesquelles l'appel à la concurrence n'est pas obligatoire même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Il en est ainsi dans l'hypothèse où l'autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, exerce sur l'entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent (voir, en ce sens, arrêt Teckal, précité, point 50). Il convient de rappeler que, dans le cas précité, l'entité distincte était entièrement détenue par des autorités publiques. En revanche, la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut

en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

Il faut, à cet égard, relever tout d'abord que le rapport entre une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. En revanche, tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente ».

Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession

« Toutefois, eu égard aux caractéristiques particulières des organismes publics à adhésion obligatoire, tels que les organisations chargées de la gestion ou de l'exécution de certains services publics, cette règle [l'interdiction de toute participation de capitaux privés au sein de la personne contrôlée] ne devrait pas s'appliquer dans les cas où la participation d'opérateurs économiques privés spécifiques dans le capital de la personne morale contrôlée est rendue obligatoire par des dispositions législatives nationales en conformité avec les traités, à condition que cette participation ne donne pas une capacité de contrôle ou de blocage et ne confère pas une influence décisive sur les décisions de la personne morale contrôlée. Il convient en outre de préciser que la participation privée directe dans le capital de la personne morale contrôlée constitue le seul élément déterminant.

Par conséquent, le fait que le ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle ou la ou les entités adjudicatrices de contrôle comportent une participation de capitaux privés ne fait pas obstacle à l'attribution de contrats publics à la personne morale contrôlée, sans appliquer les procédures prévues par la présente directive, étant donné que ces participations ne nuisent pas à la concurrence entre les opérateurs économiques privés ».

CJUE, 13 juin 2013, C-386/11

« Un contrat tel que celui en cause au principal, par lequel, sans instaurer une coopération entre les entités publiques contractantes en vue de la mise en œuvre d'une mission de service public commune, une entité publique confiée à une autre entité publique la mission de nettoyer certains bâtiments à usage de bureaux, de locaux administratifs et d'établissements scolaires, tout en se réservant le pouvoir de contrôler la bonne exécution de cette mission, moyennant une compensation financière censée correspondre aux coûts engendrés par la réalisation de ladite mission, la seconde entité étant en outre autorisée à recourir à des tiers ayant éventuellement la capacité d'agir sur le marché pour l'accomplissement de cette mission, constitue un marché public de services au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous d), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ».

CE, 6 novembre 2013, n°365079, Commune de Marsannay-la-Côte

« Il résulte des dispositions des articles L. 300-4 (deuxième alinéa) et L. 300-5-2 du code de l'urbanisme qu'une collectivité territoriale peut concéder la réalisation d'opérations d'aménagement à une société publique locale d'aménagement (SPLA), créée sur le fondement de l'article L. 327-1 du même code et qui ne peut dès lors exercer son activité que pour le compte de ses actionnaires et sur leur territoire, sans publicité ni mise en concurrence préalables, à la condition que cette collectivité exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Pour être regardée comme exerçant un tel contrôle sur cette société, conjointement avec la ou les autres personnes publiques également actionnaires, cette collectivité doit non seulement participer au capital mais également aux organes de direction de cette société...» 2) Cas d'une commune détenant 1,076% du capital de la SPLA et qui, d'une part, ne dispose pas d'un représentant propre au sein de son conseil d'administration, alors que cette instance, principal organe de direction de la société, approuve les concessions d'aménagement et n'y a voix délibérative que de façon indirecte, par l'intermédiaire d'un représentant commun des petits actionnaires, d'autre part, ne peut seule requérir l'inscription d'un projet à l'ordre du jour et, enfin, n'est directement représentée qu'au sein d'organes ne disposant pas de pouvoir décisionnaire en matière d'exécution des concessions d'aménagement confiées à la société. Pas d'erreurs de droit ni de qualification juridique à avoir estimé que la commune ne pouvait pas être regardée comme participant, de façon effective, aux organes de direction de la société ni, par suite,

comme exerçant sur elle, même conjointement avec les autres actionnaires, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Exclusion du bénéficiaire de la dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme prévue par l'article L. 300-5-2 du même code ».

CJCE, 17 juillet 2008, C-371/05, Commission/Italie

« Il en résulte que ladite commune avait la **faculté d'influencer de manière déterminante tant les objectifs stratégiques** que les **décisions importantes** d'ASI par la désignation des membres des organes de direction de cette société et d'un fonctionnaire communal chargé d'orienter et de contrôler l'action de celle-ci. Ladite faculté suffit à caractériser l'existence d'un **pouvoir de contrôle structurel et fonctionnel** de la commune de Mantoue sur ladite société analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, de sorte que la première condition posée par la Cour au point 50 de l'arrêt Teckal, précité, est remplie ».

CJCE, 11 mai 2006, C-340/04, Carbotermo et Consorzio Alisei

« Pour apprécier si le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, il convient de **tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes**. Il doit résulter de cet examen que la société adjudicataire est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions de ladite société. Il doit s'agir d'une **possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société**.

La circonstance que **le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire** tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ».

80% de son activité

CJUE, 8 décembre 2016, aff. C-553/15, Undis Servizi Srl c/ Comune di Sulmona

« Toute activité de l'entité attributaire qui est consacrée à des personnes autres que celles qui la détiennent, à savoir à des personnes qui n'ont aucun rapport de contrôle avec cette entité, fussent-elles des autorités publiques, doit être considérée comme étant exercée en faveur de tiers [...] afin de déterminer si l'entité adjudicataire exerce l'essentiel de son activité pour le pouvoir adjudicateur, notamment les collectivités territoriales qui sont ses associées et qui la contrôlent, il convient de ne pas inclure dans cette activité celle qu'impose à cette entité une autorité publique, non associée de cette entité, en faveur de collectivités territoriales qui ne sont pas non plus associées de ladite entité et n'exercent aucun contrôle sur elle, cette dernière activité devant être considérée comme exercée pour des tiers [...] »

Pas de participation directe de capitaux privés au capital

Fiche DAJ, Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public p.6

« Focus sur la présence de capitaux privés au sein de l'entité contrôlée :

Le seul fait que la société contrôlée soit constituée avec la participation de capitaux privés en application de la loi, par exemple, sous la forme d'une société d'économie mixte (SEM) ne suffit pas à considérer que la loi requiert que son capital soit mixte au sens de la disposition de l'article 17 de l'ordonnance n° 2015-899 ou de l'article 16 de l'ordonnance n° 2016-65. Si la législation française applicable à ce type de sociétés prévoit bien la participation de capitaux privés, cette seule exigence de participation de capitaux privés ne suffit néanmoins pas à remplir le critère de l'exception de quasi-régie. En effet, le sens de cette participation obligatoire est précisé au considérant 32 de la directive 2014/24/UE. Celui-ci indique que l'exception de quasi-régie n'est établie que dans les cas de participation obligatoire d'opérateurs économiques privés spécifiques au capital de la personne morale contrôlée. L'exigence légale d'une présence d'actionnaires privés au capital des SEM ne remplit pas en tant que telle l'exigence d'adhésion obligatoire d'opérateurs économiques privés spécifiques : en effet, n'importe quel opérateur économique privé peut devenir actionnaire minoritaire d'une SEM. »

CJUE, 1er août 2022, C-332/20, Roma Multiservizi SpA et Rekeep SpA c. Roma Capitale et Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato (pt. 76-77).

« À cet égard, s'il est vrai que, en vertu de cette disposition, une entité in house peut comporter des formes de participation directe de capitaux privés, encore faut-il que ces dernières n'offrent pas de capacité de contrôle ou de blocage, qu'elles soient requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, et qu'elles ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur cette société, le pouvoir adjudicateur devant, au contraire, conserver une telle influence. Or, s'agissant de la condition selon laquelle ces formes de participation doivent être imposées par les dispositions législatives nationales, il y a lieu de constater que la création de la société à capital mixte en cause au principal et, par voie de conséquence, la participation d'un associé privé au capital de celle-ci apparaissent découler non pas d'une obligation légale s'imposant à la ville de Rome, mais du libre choix de ce pouvoir adjudicateur de recourir à une procédure de partenariat public-privé afin de gérer les services accessoires aux activités scolaires. »

Article L3211-2

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession conclus par une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, avec :

- 1° Soit le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, y compris lorsque ce contrôle est exercé conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, dans les conditions fixées à l'article L. 3211-3 ;
- 2° Soit une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale à laquelle est attribué le contrat de concession ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Article L3211-3

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession conclus par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, qui n'exerce pas sur une personne morale un contrôle dans les conditions prévues à l'article L. 3211-1, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- 1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services ;
- 2° La personne morale réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs ;
- 3° La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Article L3211-4

Les pouvoirs adjudicateurs sont réputés exercer un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- 1° Les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ;
- 2° Ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée ;
- 3° La personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

Contrôle conjoint

CJUE, 29 nov. 2012, C-182/11, Econord SpA,

Lorsque plusieurs autorités publiques, en leur qualité de pouvoir adjudicateur, établissent en commun une entité chargée d'accomplir leur mission de service public ou lorsqu'une autorité publique adhère à une telle entité, la condition établie par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle ces autorités, afin d'être dispensées de leur obligation d'engager une procédure de passation de marchés publics selon les règles du droit de l'Union, doivent exercer conjointement sur cette entité un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services est remplie lorsque chacune de ces autorités participe tant au capital qu'aux organes de direction de ladite entité.

CJCE, 13 novembre 2008, C-324/07, Coditel Brabant SA

« Dans le cas où plusieurs autorités publiques détiennent une entité concessionnaire à laquelle elles confient l'accomplissement d'une de leurs missions de service public, le contrôle que ces autorités publiques exercent sur cette entité peut être exercé conjointement par ces dernières ».

Article L3211-5

Le pourcentage d'activités mentionné à la présente section est déterminé en prenant en compte le chiffre d'affaires total moyen ou tout autre paramètre approprié fondé sur les activités, tel que les coûts supportés, au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du contrat de concession. Lorsque ces éléments ne sont pas disponibles ou ne sont plus pertinents, le pourcentage d'activités est déterminé sur la base d'une estimation réaliste.

Section 2 - Coopération entre pouvoirs adjudicateurs

Article L3211-6

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession par lesquels les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, établissent ou mettent en œuvre une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- 1° La mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général ;
 - 2° Les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération.
- Le pourcentage d'activités est déterminé dans les conditions fixées à l'article L. 3211-5.

Coopération

Fiche DAJ, Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public, p.10

« La CJUE indique que la mission d'intérêt général doit être commune aux personnes publiques contractantes, de sorte que se trouvent exclus tous les cas où une mission serait simplement confiée unilatéralement par une personne publique à une autre et où la première se bornerait à jouer un rôle d'auxiliaire pendant que la seconde prendrait en charge l'ensemble de la mission.

Cela ne signifie pas nécessairement que chaque personne publique doit participer à l'exécution de la mission d'une manière identique. La coopération peut, en effet, reposer sur une division des tâches ou sur un certain degré de spécialisation. Néanmoins, la Commission européenne estime que le contrat doit impliquer une exécution conjointe de la même mission, une véritable coopération, par opposition à un marché public ordinaire, où l'une des parties exécute une prestation définie contre rémunération. Une attribution unilatérale d'une tâche par un pouvoir adjudicateur à un autre ne saurait être regardée, selon la Commission, comme une coopération. L'un des pouvoirs adjudicateurs ne doit ainsi pas pouvoir être considéré comme un donneur d'ordres et l'autre comme un prestataire. »

CJUE, 30 juin 2020, C-618/19, Ge.Fi.L. – Gestione Fiscalità Locale SpA

« La participation conjointe de toutes les parties à l'accord de coopération est indispensable pour garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés. Cette condition ne saurait être réputée satisfaite lorsque l'unique contribution de certains cocontractants se limite à un simple remboursement des frais encourus par l'une des parties contractantes (arrêt du 4 juin 2020, Remondis, C-429/19, EU:C:2020:436, point 29). En effet, si un tel remboursement des frais suffisait à lui seul à caractériser une « coopération », au sens de l'article 12, paragraphe 4, de la directive 2014/24, aucune différenciation ne pourrait être établie entre une telle « coopération » et un « marché public » non couvert par l'exclusion prévue à cette disposition ».

CJUE, 4 Juin 2020, C-429/19, Remondis GmbH

« Les pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir choisir de fournir conjointement leurs services publics par la voie de la coopération, sans être contraints de recourir à une forme juridique particulière. Cette coopération pourrait porter sur tous les types d'activités liées à l'exécution de services et à l'exercice de responsabilités confiées aux pouvoirs adjudicateurs participants ou assumées par eux, telles que des missions obligatoires ou volontaires relevant d'autorités locales ou régionales ou des services confiés à des organismes particuliers par le droit public. Les services fournis par les différents pouvoirs adjudicateurs participants ne doivent pas nécessairement être identiques ; ils pourraient également être complémentaires.

Les marchés concernant la fourniture conjointe de services publics ne devraient pas être soumis à l'application des règles établies dans la présente directive, à condition qu'ils soient conclus exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs, que la mise en œuvre de cette coopération n'obéisse qu'à des considérations d'intérêt public et qu'aucun prestataire privé de services ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

Pour que ces conditions soient remplies, il convient que la coopération soit fondée sur le concept de coopération. Cette coopération n'exige pas que tous les pouvoirs participants se chargent de l'exécution des principales obligations contractuelles, tant que l'engagement a été pris de coopérer à l'exécution du service public en question. En outre, la mise en œuvre de la coopération, y compris tout transfert financier entre les pouvoirs adjudicateurs participants, ne devrait obéir qu'à des considérations d'intérêt public ».

CJUE, 18 oct. 2018, C-606/17, IBA Molecular Italy Srl

L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens **que la notion de « contrats à titre onéreux » englobe la décision par laquelle un pouvoir adjudicateur attribue directement à un opérateur économique déterminé, et donc sans organiser de procédure de passation de marché public, un financement intégralement affecté à la fabrication de produits devant être fournis gratuitement par celui-ci à différentes administrations qui sont exemptées du paiement de toute contrepartie audit fournisseur, à l'exception du versement, à titre de frais de livraison, d'une somme forfaitaire de 180 euros par expédition**

2) L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), et l'article 2 de la directive 2004/18 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui, en assimilant les hôpitaux privés « classés » aux hôpitaux publics en raison de leur intégration dans le système de la programmation publique de santé nationale régie par des conventions ad hoc, différentes des rapports ordinaires d'accréditation avec les autres opérateurs privés participant au système de fourniture des prestations de santé, les soustrait à la réglementation nationale et à celle de l'Union en matière de marchés publics, y compris dans les cas où ils sont chargés de fabriquer et de fournir gratuitement aux structures de santé publiques des produits spécifiques nécessaires à l'accomplissement du service de santé en contrepartie d'un financement public affecté à la fabrication et à la fourniture de ces produits.

Considérations d'intérêt général

Fiche DAJ, Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public, p. 6

« La mise en œuvre des dispositions relatives à la « coopération public-public » est conditionnée à la poursuite exclusive de considérations d'intérêt public. En effet, la « coopération public-public » ne peut obéir à un intérêt commercial. Les transferts financiers entre les pouvoirs adjudicateurs participants ne doivent pas pouvoir être regardés comme le résultat d'une activité commerciale. Ainsi, alors même que les pouvoirs adjudicateurs répondent, par le biais de leur coopération, à des objectifs communs de service public, la condition d'intérêt public exclusif ne peut donc être satisfaite que pour autant qu'aucune relation commerciale n'en découle ».

Section 3 - Contrats de concession attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée

Article L3211-7

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession qui, d'une part, sont conclus par une entité adjudicatrice avec une entreprise liée ou par un organisme exclusivement constitué par plusieurs entités adjudicatrices en vue de réaliser une ou plusieurs activités d'opérateur de réseau avec une entreprise liée à l'une de ces entités adjudicatrices et, d'autre part, présentent les caractéristiques suivantes :

1° S'agissant des contrats de concession de services lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du contrat au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de services avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée ;

2° S'agissant des contrats de concession de travaux lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du contrat au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de travaux avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée.

Lorsque l'entreprise liée a été créée ou a commencé à exercer son activité moins de trois ans avant l'année de passation du contrat de concession, elle peut se borner à démontrer, notamment par des projections d'activités, que la réalisation de son chiffre d'affaires dans les conditions prévues aux 1°, 2° ci-dessus est vraisemblable.

Lorsque des services ou des travaux, identiques ou comparables, sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, le pourcentage de 80 % mentionné ci-dessus est apprécié en tenant compte de la totalité des services ou des travaux fournis par ces entreprises.

Article L3211-8

Sont des entreprises liées à une entité adjudicatrice au sens de la présente partie :

1° Les entreprises dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice ;

2° Les entreprises qui sont susceptibles d'être, directement ou indirectement, soumises à l'influence dominante de l'entité adjudicatrice au sens du deuxième alinéa de l'article L. 1212-2 ;

3° Les entreprises qui sont susceptibles d'exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice au même sens ;

4° Les entreprises qui sont soumises à l'influence dominante d'une entreprise exerçant elle-même une telle influence dominante sur l'entité adjudicatrice au même sens.

Section 4 - Contrats de concession attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise

Article L3211-9

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession conclus par un organisme constitué exclusivement par des entités adjudicatrices pour exercer une ou plusieurs des activités d'opérateur de réseaux avec l'une de ces entités adjudicatrices ainsi que les contrats de concession conclus par une entité adjudicatrice avec un tel organisme lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° L'organisme a été constitué pour exercer son activité pendant une période d'au moins trois ans ;

2° Aux termes des statuts de cet organisme, les entités adjudicatrices qui l'ont constitué en sont membres au moins pendant la période mentionnée au 1°.

Chapitre II - Contrats de concession conclus par une autorité concédante

Section 1 - Contrats de concession conclus en application de règles internationales

Article L3212-1

Lorsqu'ils sont conclus par des autorités concédantes, sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession qui doivent être conclus selon des procédures prévues par :

- 1° Un accord international ou un arrangement administratif, conclu entre un Etat membre de l'Union européenne et un ou plusieurs Etat tiers ou une subdivision de ceux-ci, portant sur des travaux ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses parties signataires. Cet accord est communiqué à la Commission européenne ;
- 2° Une organisation internationale.

Article L3212-2

Lorsqu'ils sont conclus par des autorités concédantes, sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession qui sont conclus :

- 1° Selon la procédure propre à une organisation internationale lorsque le contrat de concession est entièrement financé par cette organisation internationale ;
- 2° Selon la procédure convenue entre une organisation internationale et un pouvoir adjudicateur, lorsque le contrat de concession est cofinancé majoritairement par cette organisation internationale.

Section 2 - Contrats de concession liés à la sécurité ou à la protection d'intérêts essentiels de l'Etat

Article L3212-3

Lorsqu'ils sont conclus par des autorités concédantes, sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige, à condition que cette sécurité ou cette protection ne puisse pas être garantie par d'autres moyens.

Section 3 - Autres contrats de concession

Article L3212-4

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession suivants :

- 1° Les services d'acquisition ou de location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ;
- 2° Les services relatifs à la recherche et développement pour lesquels l'acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation ;
- 3° Les services relatifs à l'arbitrage et aux autres modes alternatifs de règlement des litiges ;
- 4° Les services financiers liés à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers définis à l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, à des services fournis par des banques centrales ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le Mécanisme européen de stabilité ;
- 5° Les contrats d'emprunt, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers mentionnés au 4° ;
- 6° Lorsqu'ils sont conclus avec une organisation ou une association à but non lucratif :
 - a) Les contrats de concession de services d'incendie et de secours ;
 - b) Les contrats de concession de services de protection civile ;
 - c) Les contrats de concession de services de sécurité nucléaire ;
 - d) Les contrats de concession de services ambulanciers, à l'exception de ceux ayant pour objet exclusif le transport de patients ;
- 7° Les services juridiques suivants :
 - a) Les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires ;

- b) Les services fournis par des administrateurs, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction ;
- c) Les services liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique ;
- 8° Les services qui :

- a) Soit sont relatifs aux temps de diffusion ou à la fourniture de programmes lorsqu'ils sont attribués à des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou à des organismes de radiodiffusion ;
- b) Soit ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion et attribués par des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou radiophonique.

Au sens du présent 8°, la notion de programme inclut le matériel pour programme à l'exclusion du matériel technique ;

9° Les services d'exploitation de la loterie attribués à un opérateur économique sur la base d'un droit exclusif.

Les dispositions instituant un tel droit exclusif sont publiées au Journal officiel de l'Union européenne ;

10° Les services de transport aérien basés sur l'octroi d'une licence d'exploitation au sens de l'article L. 6412-2 du code des transports.

TA de Pau, 21 mars 2022, n° 2200424, Société Chalair Aviation

« Il résulte des dispositions précitées du code de la commande publique que les dispositions des articles L. 3120[-1] et suivants du même code ne sont pas applicables aux **contrats de concession relatifs aux services de transport aérien basé sur l'octroi d'une licence d'exploitation**. Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 3124-2 du code de la commande publique est inopérant.

Il résulte **toutefois** de l'article 5 du règlement particulier de consultation, relatif à la présentation et à l'envoi des candidatures et des offres, que le dossier de candidature doit notamment comporter "une attestation sur l'honneur, datée et signée, que le soumissionnaire ne fait l'objet d'aucune des exclusions de la participation à la présente procédure prévue aux articles L. 3123-1 à L. 3123-5 du code de la commande publique". En application de ces dispositions, la candidature de la société Volotea est donc soumise aux dispositions précitées de l'article L. 3123-4 du code de la commande publique ».

CJUE, 6 juin 2019, C-264/18, Ministerraad

« Ainsi, en ce qui concerne, en premier lieu, les services d'arbitrage et de conciliation, visés à l'article 10, sous c), de la directive 2014/24, le considérant 24 de celle-ci énonce que les organismes ou personnes fournissant des services d'arbitrage et de conciliation ainsi que d'autres modes alternatifs similaires de règlement des conflits sont sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation de marchés publics.

En effet, les arbitres et conciliateurs doivent toujours être acceptés par toutes les parties au litige et sont désignés d'un commun accord par celles-ci. Un organisme public qui lancerait une procédure de passation de marchés publics pour un service d'arbitrage ou de conciliation ne saurait, dès lors, imposer à l'autre partie l'adjudicataire de ce marché en tant qu'arbitre ou conciliateur commun.

Compte tenu de leurs caractéristiques objectives, les services d'arbitrage et de conciliation, visés à cet article 10, sous c), ne sont, partant, pas comparables aux autres services inclus dans le champ d'application de la directive 2014/24. Il s'ensuit que c'est sans porter atteinte au principe de l'égalité de traitement que le législateur de l'Union a pu, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, écarter les services visés à l'article 10, sous c), de la directive 2014/24 du champ d'application de cette dernière ».

CE, sect., 8 févr. 1991, n° 57679, Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne et autres

« Ne sauraient légalement avoir recours à ce contrat de vente de droit privé, dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage et qui échappe tant aux règles de passation, notamment aux règles de concurrence, prévues par le code des marchés, qu'au régime d'exécution des marchés de travaux publics, lorsque, comme en l'espèce, l'objet de l'opération est la

construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres ».

CAA Bordeaux, 26 mars 2013, n° 11BX01637, Garde des sceaux, min. Justice

« Il résulte de l'instruction que les contrats de location financière conclus les 19 juin 2000 et 19 février 2004, qui avaient pour objet une prestation de services bancaires, étaient soumis au code des marchés publics ».

Chapitre III - Contrats de concession conclus par un pouvoir adjudicateur

Article L3213-1

Lorsqu'ils sont conclus par des pouvoirs adjudicateurs, sont soumis aux règles définies au titre II, les contrats de concession de services conclus avec un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, une ou plusieurs entités adjudicatrices mentionnées au 1° de l'article L. 1212-1 ou un opérateur économique lorsqu'ils bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Droit exclusif

Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, DAJ, septembre 2014, p. 14

« Le droit exclusif peut être défini comme la situation dans laquelle est confié à une personne, par un acte législatif ou réglementaire, l'exercice d'une mission d'intérêt général. **Ce droit a pour effet de réserver à cette personne l'exercice de l'activité en cause.** En conséquence, l'acheteur public peut s'adresser à cette personne directement, c'est-à-dire sans formalité de publicité ou de mise en concurrence, pour lui demander une prestation de services. Lorsqu'un droit exclusif est confié à plusieurs opérateurs, on parle alors de droit spécial. Les conditions de validité de ces droits spéciaux sont les mêmes que celles des droits exclusifs ».

CE, 26 janvier 2007, n° 276928, Syndicat des professionnels de la géomatique

« Considérant qu'il résulte de ces stipulations que s'il est loisible aux Etats membres d'accorder à des entreprises gérant des services d'intérêt économique général des droits exclusifs pouvant faire obstacle à l'application des règles du traité relatives à la concurrence, **ces restrictions à la concurrence ne doivent pas excéder les limites de ce qui est nécessaire à l'accomplissement de leur mission particulière et doivent rester proportionnées à ces nécessités** ».

Article L3213-2

Lorsqu'ils sont conclus par des pouvoirs adjudicateurs, sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communications électroniques.

Chapitre IV - Contrats de concession conclus par une entité adjudicatrice

Article L3214-1

Lorsqu'ils sont conclus par des entités adjudicatrices, sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession de services conclus avec un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, une ou plusieurs entités adjudicatrices mentionnées au 1° de l'article L. 1212-1 ou un opérateur économique lorsqu'ils bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les actes juridiques de l'Union établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités d'opérateur de réseau.

Article L3214-2

Lorsqu'ils sont conclus par des entités adjudicatrices, sont soumis aux règles définies au titre II les

contrats de concession conclus par les entités adjudicatrices dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans une aire géographique déterminée d'un Etat membre, lorsque la Commission européenne a reconnu que, dans cet Etat ou dans l'aire géographique concernée, cette activité est exercée sur des marchés concurrentiels dont l'accès n'est pas limité.

Chapitre V - Contrats de concession de défense ou de sécurité

Article L3215-1

Sont soumis aux règles définies au titre II les contrats de concession de défense ou de sécurité :

- 1° Présentant les caractéristiques mentionnées aux articles L. 3212-4, L. 3213-1 et L. 3213-2 ;
- 2° Pour lesquels, lorsque la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Etat ne peut être garantie par d'autres mesures :
 - a) L'application de la présente partie obligerait à une divulgation d'informations contraire aux intérêts essentiels de sécurité de l'Etat ;
 - b) L'attribution et l'exploitation sont déclarées secrètes ou doivent être assorties de mesures particulières de sécurité, conformément aux dispositions nationales en vigueur ;
- 3° Conclues en vertu de la procédure propre à une organisation internationale et dans le cadre des missions de celle-ci ou qui doivent être attribués conformément à cette procédure ;
- 4° Conclues selon des règles de passation particulières prévues par un accord international ou un arrangement administratif, relatif au stationnement de troupes ou conclu entre au moins un Etat membre de l'Union européenne et au moins un Etat tiers ;
- 5° Conclues dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de recherche et développement mené conjointement par l'Etat et un autre Etat membre de l'Union européenne en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, de tout ou partie des phases ultérieures du cycle de vie de ce produit tel que défini au 3° de l'article L. 1113-1. Lorsque seules participent au programme des personnes relevant d'Etats membres, l'Etat notifie à la Commission européenne, au moment de la conclusion de l'accord ou de l'arrangement de coopération, la part des dépenses de recherche et développement par rapport au coût global du programme, l'accord relatif au partage des coûts ainsi que, le cas échéant, la part envisagée d'achat pour chaque Etat membre telle que définie dans l'accord ou l'arrangement ;
- 6° Passés dans un pays tiers, lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'Union européenne et que les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques implantés dans la zone des opérations ;
- 7° Passés par l'Etat et attribués à un autre Etat ou à une subdivision de ce dernier.

Titre II - RÈGLES APPLICABLES

Chapitre unique.

Article L3221-1

Les contrats de concessions mentionnés au présent livre ne sont pas soumis aux titres I et II du livre Ier de la présente partie.

Article R3221-1

Sans préjudice de dispositions réglementaires spéciales, en application de l'article L. 3200-1, les contrats de concession mentionnés aux articles L. 3211-1 à L. 3215-1 sont soumis au régime juridique particulier défini au présent titre.

Article L3221-2

L'attribution des contrats de concession mentionnés à l'article L. 3214-1 est soumise à la publication d'un avis d'attribution dans les conditions prévues par voie réglementaire.

Article R3221-2

Pour l'application de l'article L. 3214-1, l'autorité concédante publie un avis d'attribution

lorsque les conditions cumulatives suivantes sont remplies :

1° La valeur estimée du contrat de concession est égale ou supérieure au seuil mentionné dans un avis figurant en annexe du présent code ;

2° La législation sectorielle de l'Union européenne ne prévoit pas d'obligations de transparence pour l'attribution de ce contrat

Article L3221-3

Les dispositions des articles L. 3132-4 à L. 3132-6 s'appliquent lorsqu'il y a lieu.

Article R3221-3

Les contrats de concession mentionnés aux articles L. 3211-1 à L. 3215-1 sont soumis aux règles relatives aux délais de paiement prévues à la section 2 du chapitre III du titre III du livre 1er et à l'article R. 3114-4.

Article L3221-4 Les contrats de concession mentionnés au présent livre sont soumis aux règles relatives aux délais de paiement prévues à la section 2 du chapitre III du titre III du livre 1er.

Article D3221-4

Les dispositions des articles D. 3133-1 et D. 3133-2 sont applicables aux factures émises en exécution des contrats de concession mentionnés par les dispositions législatives des chapitres 1er à IV du titre 1er.

Article L3221-5

L'autorité concédante peut résilier un contrat de concession mentionné au présent livre, dans les conditions fixées au livre 1er.
Elle peut résilier un contrat de droit privé mentionné au présent livre dans les conditions prévues par le code civil.

Article R. 3221-5

Les dispositions de l'article R. 3133-3 sont applicables aux factures émises en exécution des contrats de concession mentionnés par les dispositions législatives des chapitres 1er à IV du titre 1er.

Article L3221-6

Pour le règlement amiable des différends entre les parties à un contrat de concession mentionné au présent livre, les dispositions du chapitre VII du titre III du livre 1er sont applicables.

Art. L. 3221-7

Les contrats de concession mentionnés aux chapitres I à IV du titre 1er du présent livre sont soumis aux règles relatives à la facturation électronique prévues à la section 1 du chapitre III du titre III du livre 1er de la présente partie.

Livre III - DISPOSITIONS RELATIVES À L'OUTRE-MER

ANNEXE