

Concours : assistant ingénieur externe

Session : 2007

BAP : I

Spécialité : assistant financier et comptable

Centre organisateur : Université Paris 12 – Val de Marne

Epreuve d'admissibilité : étude d'un dossier technique

Durée : 3h

Coefficient : 4

Vous êtes affecté au service des marchés de l'université X.

A partir des documents joints, le secrétaire général de l'université vous demande de rédiger une note à l'attention des services financiers des composantes, en vue de les sensibiliser au nouveau code des marchés publics.

Après avoir donné les principes fondamentaux des marchés publics, vous insisterez particulièrement sur les notions de procédure et de seuils, ainsi que sur les modalités de paiement.

Pièces jointes :

- Code des marchés publics 2006 (articles 1 – 2 – 3, 26 à 40, 86 à 118)
- Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics (articles 2, 2.1, 2.2, 2.3, 2.4 (1 et 2) – 7 – 8.1 et 8.2 – 14)

Ce sujet est composé de 27 pages, cette page incluse

ANNEXE

CODE DES MARCHES PUBLICS

2006

PREMIÈRE PARTIE DISPOSITIONS APPLICABLES AUX POUVOIRS ADJUDICATEURS

TITRE Ier CHAMP D'APPLICATION ET PRINCIPES FONDAMENTAUX

Chapitre Ier

Définitions et principes fondamentaux

Article Ier

I. - Les dispositions du présent code s'appliquent aux marchés publics et aux accords-cadres ainsi définis :

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

Les accords-cadres sont les contrats conclus entre un des pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

II. - Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en oeuvre conformément aux règles fixées par le présent code.

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

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

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

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

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

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

Article 2

Les pouvoirs adjudicateurs soumis au présent code sont :

1° L'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ;

2° Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

Sauf dispositions contraires, les règles applicables à l'Etat le sont également à ceux de ses établissements publics auxquels s'appliquent les dispositions du présent code. De même, sauf dispositions contraires, les règles applicables aux collectivités territoriales le sont également aux établissements publics locaux.

Chapitre II

Exclusions

Article 3

Les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés et accords-cadres suivants passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 :

1° Accords-cadres et marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui à condition que, même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ou par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ;

2° Accords-cadres et marchés de services conclus avec un pouvoir adjudicateur soumis au présent code ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 susmentionnée, lorsque ce pouvoir adjudicateur bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité instituant la Communauté européenne ;

3° Accords-cadres et marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ; toutefois, les contrats de services financiers conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, entrent dans le champ d'application du présent code ;

4° Accords-cadres et marchés qui ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion par des organismes de radiodiffusion et aux marchés concernant les temps de diffusion ;

5° Accords-cadres et marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers et à des opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs, sous réserve des dispositions du 3°.

Sont également exclus les services fournis aux pouvoirs adjudicateurs par des banques centrales ;

6° Accords-cadres et marchés de services de recherche et de développement autres que ceux pour lesquels le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété exclusive des résultats et finance entièrement la prestation ;

7° Accords-cadres et marchés, autres que ceux qui sont passés en application du décret prévu au II de l'article 4 du présent code, 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. Un arrêté du Premier ministre fixe les conditions dans lesquelles est assuré, à l'occasion de la passation et de l'exécution des accords-cadres et des marchés mentionnés au présent alinéa, le respect de la protection du secret ainsi que des informations ou des intérêts concernant la défense nationale, la sécurité publique ou la sûreté de l'Etat ;

8° Accords-cadres et marchés passés en vertu de la procédure propre à une organisation internationale ;

9° Accords-cadres et marchés passés selon des règles de passation particulières prévues par un accord international relatif au stationnement de troupes ;

10° Accords-cadres et marchés passés selon des règles de passation particulières prévues par un accord international en vue de la réalisation ou de l'exploitation en commun d'un projet ou d'un ouvrage ;

11° Accords-cadres et marchés qui ont pour objet l'achat d'oeuvres et d'objets d'art existants, d'objets d'antiquité et de collection ;

12° Accords-cadres et marchés de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation ;

13° Accords-cadres et marchés de services concernant les contrats de travail ;

14° Accords-cadres et marchés 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 ;

15° Accords-cadres et marchés qui cessent d'être soumis aux dispositions du présent code en application de l'article 140.

Chapitre III

Dispositions spécifiques

à certains marchés de la défense

Article 4

I. - Dans les cas où s'appliquent les dispositions des articles L. 1111-1, L. 1111-2, L. 2141-1, L. 2141-2 et L. 2141-3 du code de la défense, un décret particulier remplace, si besoin est, pour les accords-cadres et marchés passés par les services de la défense, les dispositions du présent code.

II. - Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions particulières dans lesquelles sont passés certains accords-cadres et marchés pour les besoins de la défense.

Section 2

Le jury de concours

Article 24

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

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

b) Pour les collectivités territoriales, les membres du jury sont désignés dans les conditions prévues aux I, II et III de l'article 22.

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

d) Le président du jury peut en outre désigner comme membres du jury des personnalités dont il estime que la participation présente un intérêt particulier au regard de l'objet du concours, sans que le nombre de ces personnalités puisse excéder cinq.

e) En outre, lorsqu'une qualification professionnelle est exigée des candidats pour participer à un concours, au moins un tiers des membres du jury ont cette qualification ou une qualification équivalente. Ils sont désignés par le président du jury.

Tous les membres du jury ont voix délibérative.

II. - Le comptable public et un représentant du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sont invités à participer aux jurys de l'Etat. Ils peuvent participer, lorsqu'ils y sont invités par le président du jury, aux jurys des collectivités territoriales. Ils ont voix consultative. Leurs observations sont consignées au procès-verbal à leur demande.

III. - Le président du jury peut, en outre, faire appel au concours d'agents du pouvoir adjudicateur compétents dans la matière qui fait l'objet de la consultation ou en matière de marchés publics. Ces agents ont voix consultative.

IV. - Le jury peut auditionner toute personne susceptible de lui apporter des informations utiles.

Section 3

Règles communes de fonctionnement

Article 25

Les convocations aux réunions de la commission mentionnée aux articles 8, 21 à 23 ou du jury sont adressées à leurs membres au moins cinq jours francs avant la date prévue pour la réunion.

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

Si, après une première convocation, ce quorum n'est pas atteint, la commission d'appel d'offres ou le jury est à nouveau convoqué. Ils se réunissent alors valablement sans condition de quorum.

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

En cas d'urgence impérieuse prévue au 1° du II de l'article 35, le marché peut être attribué sans réunion préalable de la commission d'appel d'offres.

Chapitre II

Définition des seuils et présentation

des procédures de passation

Section 1

Présentation et seuils des procédures

Article 26

I. - Les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés et accords-cadres selon les procédures formalisées suivantes :

1° Appel d'offres ouvert ou restreint ;

2° Procédures négociées, dans les cas prévus par l'article 35 ;

3° Dialogue compétitif, dans les cas prévus par l'article 36 ;

4° Concours, défini par l'article 38 ;

5° Système d'acquisition dynamique, défini par l'article 78.

II. - Les marchés et accords-cadres peuvent aussi être passés selon une procédure adaptée, dans les conditions définies par l'article 28, lorsque le montant estimé du besoin est inférieur aux seuils suivants :

1° 135 000 EUR HT pour les fournitures et les services de l'Etat ;

2° 210 000 EUR HT pour les fournitures et les services des collectivités territoriales ;

3° 210 000 EUR HT pour les fournitures acquises par des pouvoirs adjudicateurs opérant dans le domaine de la défense autres que celles figurant dans la liste établie par arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé de la défense ;

4° 210 000 EUR HT pour les marchés de services de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété exclusive des résultats et qu'il finance entièrement ;

5° 210 000 EUR HT pour les travaux.

III. - Les pouvoirs adjudicateurs peuvent aussi mettre en oeuvre une procédure adaptée :

1° En application de l'article 30 ;

2° Pour certains lots, dans les conditions prévues par le III de l'article 27.

IV. - Pour les marchés et accords-cadres de travaux d'un montant estimé compris entre 210 000 EUR HT et 5 270 000 EUR HT, le pouvoir adjudicateur peut librement choisir entre toutes les procédures formalisées énumérées au I. Lorsque le montant estimé des marchés et accords-cadres de travaux est égal ou supérieur à 5 270 000 EUR HT, le pouvoir adjudicateur ne peut recourir aux différentes procédures formalisées, autres que l'appel d'offres, que dans les conditions prévues par les articles 35 à 38.

V. - Les marchés peuvent également être passés sur la base d'un accord-cadre conformément aux dispositions de l'article 76.

VI. - Pour les groupements de commandes mentionnés à l'article 8, les seuils à prendre en compte sont ceux qui sont applicables aux marchés et accords-cadres de l'Etat chaque fois qu'un service de l'Etat ou un établissement public à caractère autre qu'industriel et commercial de l'Etat est membre du groupement. Dans les autres cas, les seuils à prendre en compte sont ceux qui sont applicables aux marchés et accords-cadres des collectivités territoriales.

VII. - Les marchés sans formalités préalables mentionnés dans le code général des collectivités territoriales sont les marchés d'un montant inférieur aux seuils fixés au II.

Section 2

Méthode de calcul de la valeur estimée des marchés publics,
des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques

Article 27

I. - Le pouvoir adjudicateur ne peut pas 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.

II. - Le montant estimé du besoin est déterminé dans les conditions suivantes, quel que soit le nombre d'opérateurs économiques auxquels il est fait appel et quel que soit le nombre de marchés à passer.

1° En ce qui concerne les travaux, sont prises en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une opération portant sur un ou plusieurs ouvrages ainsi que la valeur des fournitures nécessaires à leur réalisation que le pouvoir adjudicateur met à disposition des opérateurs.

Il y a opération de travaux lorsque le pouvoir adjudicateur prend la décision de mettre en oeuvre, dans une période de temps et un périmètre limités, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique.

2° En ce qui concerne les fournitures et les services, il est procédé à une estimation de 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.

La délimitation d'une catégorie homogène de fournitures ou de services ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code.

Pour les marchés d'une durée inférieure ou égale à un an, conclus pour répondre à un besoin régulier, la valeur totale mentionnée ci-dessus est celle qui correspond aux besoins d'une année.

III. - Lorsqu'un achat peut être réalisé par lots séparés, est prise en compte la valeur globale estimée de la totalité de ces lots.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de mettre en oeuvre soit une procédure commune de mise en concurrence pour l'ensemble des lots, soit une procédure de mise en concurrence propre à chaque lot. Quelle que soit l'option retenue, lorsque la valeur cumulée des lots est égale ou supérieure aux seuils prévus au II de l'article 26, la ou les procédures à mettre en oeuvre sont les procédures formalisées mentionnées au I du même article.

Toutefois, même si la valeur totale des lots est égale ou supérieure aux seuils des marchés formalisés, il est possible de recourir à une procédure adaptée :

1° Pour les lots inférieurs à 80 000 EUR HT dans le cas de marchés de fournitures et de services et dans le cas de marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 270 000 EUR HT ;

2° Pour les lots inférieurs à 1 000 000 EUR HT dans le cas des marchés de travaux dont le montant est égal ou supérieur à 5 270 000 EUR HT,

à la condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur de la totalité des lots. Dans le cas où un minimum et un maximum sont fixés, les 20 % s'appliquent au montant minimum du marché.

Cette dérogation peut également s'appliquer à des lots déclarés infructueux ou sans suite au terme d'une première procédure ainsi qu'à des lots dont l'exécution est inachevée après résiliation du marché initial lorsque ces lots satisfont aux conditions fixées par les trois alinéas précédents.

Cette dérogation ne peut, en revanche, s'appliquer aux accords-cadres et aux marchés qui ne comportent pas de montant minimum.

IV. - Si le pouvoir adjudicateur prévoit des primes au profit des candidats, il prend en compte leur montant pour calculer la valeur estimée du besoin.

V. - Pour les accords-cadres et pour les systèmes d'acquisition dynamique, la valeur à prendre en compte est la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique.

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 mentionnés au II de l'article 26 du présent code.

Section 3

Procédure adaptée

Article 28

Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils mentionnés au II de l'article 26, les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur 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.

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.

Quel que soit son choix, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des opérateurs économiques plus de renseignements ou de documents que ceux prévus pour les procédures formalisées par les articles 45, 46 et 48.

Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si les circonstances le justifient, ou si son montant estimé est inférieur à 4 000 EUR HT, ou dans les situations décrites au II de l'article 35.

Section 4

Procédure applicable aux marchés de services

Article 29

Sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux règles prévues par le présent titre les marchés publics et les accords-cadres ayant pour objet les services énumérés ci-dessous :

1. Services d'entretien et de réparation ;
2. Services de transports terrestres, y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier ;
3. Services de transports aériens de voyageurs et de marchandises ;
4. Services de transports de courrier par transport terrestre et par air ;
5. Services de communications électroniques ;
6. Services financiers : services d'assurances, services bancaires et d'investissement, sous réserve des dispositions des 3° et 5° de l'article 3 ;
7. Services informatiques et services connexes ;

8. Services de recherche-développement, sous réserve des dispositions du 6° de l'article 3 ;
9. Services comptables, d'audit et de tenue de livres ;
10. Services d'études de marché et de sondages ;
11. Services de conseil en gestion et services connexes ;
12. Services d'architecture ; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie ; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère ; services connexes de consultations scientifiques et techniques ; services d'essais et d'analyses techniques ;
13. Services de publicité ;
14. Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés ;
15. Services de publication et d'impression ;
16. Services de voirie et d'enlèvement des ordures, services d'assainissement et services analogues.

Article 30

I. - Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet des prestations de services qui ne sont pas mentionnées à l'article 29 peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues par l'article 28.

II. - Toutefois :

1° Les dispositions des III et IV de l'article 40 ne sont pas applicables ;

2° Lorsque le montant estimé des prestations demandées est égal ou supérieur à 210 000 EUR HT, elles sont définies conformément aux dispositions de l'article 6 et le marché fait l'objet d'un avis d'attribution dans les conditions fixées à l'article 85 ;

3° Les marchés d'un montant égal ou supérieur à 210 000 EUR HT sont attribués par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales et après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux ;

4° Le pouvoir adjudicateur veille au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables, le cas échéant, aux professions concernées ;

5° Les marchés de services juridiques ne sont pas soumis aux dispositions du titre IV de la présente partie. En outre, ceux de ces marchés qui ont pour objet la représentation d'une collectivité territoriale en vue du règlement d'un litige ne sont pas transmis au représentant de l'Etat.

III. - Lorsqu'un marché ou un accord-cadre a pour objet à la fois des prestations de services mentionnées à l'article 29 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 le montant estimé est le plus élevé.

Section 5

Centrales d'achat

Article 31

Le pouvoir adjudicateur qui recourt à une centrale d'achat pour la réalisation de travaux ou pour l'acquisition de fournitures ou de services est considéré comme ayant respecté ses obligations de publicité et de mise en concurrence pour autant que la centrale d'achat est soumise, pour la totalité de ses achats, aux dispositions du présent code ou de l'ordonnance du 6 juin 2005 susmentionnée.

Chapitre III

Règles générales de passation

Section 1

Modalités de transmission des documents et des informations

Article 32

Les moyens de transmission des documents et des informations qui sont choisis par le pouvoir adjudicateur doivent être accessibles à tous les opérateurs économiques et ne peuvent avoir pour effet de restreindre l'accès des candidats à la procédure d'attribution.

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 le pouvoir adjudicateur ne prend connaissance du contenu des candidatures et des offres qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci.

Section 2

Définition des procédures

Article 33

L'appel d'offres est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

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

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

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

Le choix entre les deux formes d'appel d'offres est libre.

Article 34

Une procédure négociée est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

Article 35

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés négociés dans les cas définis ci-dessous.

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

1° Les marchés et les accords-cadres pour lesquels, après appel d'offres ou dialogue compétitif, il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter. 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, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer.

Les conditions initiales du marché ne doivent toutefois pas être substantiellement modifiées.

Le pouvoir adjudicateur est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité s'il ne fait participer à la négociation que le ou les candidats qui, lors de la procédure antérieure, ont soumis des offres respectant les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation des offres ;

2° Les marchés et les accords-cadres de services, notamment les marchés de services financiers mentionnés au 6° de l'article 29 et les marchés de prestations intellectuelles telles que la conception d'ouvrage, lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres ;

3° Les marchés et les accords-cadres de travaux qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point sans finalité commerciale immédiate ;

4° Dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas qui peuvent affecter leur réalisation ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix ;

5° Les marchés et les accords-cadres de travaux dont le montant est compris entre 210 000 EUR HT et 5 270 000 EUR HT.

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

1° Les marchés et les accords-cadres conclus pour faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait, et dont les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalable, et notamment les marchés conclus pour faire face à des situations d'urgence impérieuse liées à une catastrophe technologique ou naturelle. Peuvent également être conclus selon cette procédure les marchés rendus nécessaire pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux réalisés par des pouvoirs adjudicateurs en application des articles L. 1311-4, L. 1331-24, L. 1331-26-1, L. 1331-28, L. 1331-29 et L. 1334-2 du code de la santé publique et des articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation. Ces marchés sont limités aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence.

Par dérogation à l'article 13, lorsque l'urgence impérieuse est incompatible avec la préparation des documents constitutifs du marché, la passation du marché est confirmée par un échange de lettres ;

2° Les marchés et les accords-cadres de fournitures concernant des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou de récupération des coûts de recherche et de développement ;

3° Les marchés et les accords-cadres passés selon la procédure de l'appel d'offres, pour lesquels aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée ou pour lesquels seules des offres inappropriées ont été déposées, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué, à sa demande, à la Commission européenne. Est inappropriée une offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur et qui peut en conséquence être assimilée à une absence d'offre ;

4° Les marchés complémentaires de fournitures, qui sont exécutés par le fournisseur initial et qui sont destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur 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, périodes de reconduction comprises, ne peut dépasser trois ans. Le montant total du marché, livraisons complémentaires comprises, ne peut être égal ou supérieur aux seuils fixés au II de l'article 26, sauf si le marché a été passé initialement par appel d'offres et a fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne ;

5° Les marchés complémentaires de services ou de travaux 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 de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a exécuté ce service ou réalisé cet ouvrage :

a) Lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur ;

b) Lorsque 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 ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché principal ;

6° Les marchés de services ou de travaux 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 services ou travaux. La durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial ;

7° Les marchés et les accords-cadres de services qui sont attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à négocier ;

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 ;

9° Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées en bourse ;

10° Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur en cessation définitive d'activité, soit auprès des liquidateurs d'une faillite ou d'une procédure de même nature.

Article 36

La procédure de dialogue compétitif est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre.

Le recours à la procédure de dialogue compétitif est possible lorsqu'un marché public est considéré comme complexe, c'est-à-dire lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie :

1° Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;

2° Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

Les conditions de recours à la procédure de dialogue compétitif mentionnées ci-dessus ne sont pas exigées pour les marchés de travaux dont le montant est compris entre 210 000 EUR HT et 5 270 000 EUR HT.

Pour la réalisation des ouvrages pour lesquels la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée s'applique, le pouvoir adjudicateur peut recourir à la procédure de dialogue compétitif à condition de ne pas confier à l'opérateur économique, outre l'exécution, l'intégralité de la conception de l'ouvrage.

Article 37

Un marché de conception-réalisation est un marché de travaux qui permet au pouvoir adjudicateur de confier à un groupement

d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.

Les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée ne peuvent, en application du I de l'article 18 de cette loi, recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Ces motifs sont liés à la destination ou à la mise en oeuvre technique de l'ouvrage. Sont concernées des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en oeuvre ainsi que des opérations 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.

Article 38

Le concours est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit, après mise en concurrence et avis du jury mentionné à l'article 24, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours un marché.

Le concours peut être ouvert ou restreint.

Les participants au concours sont indemnisés selon des modalités prévues par le règlement du concours.

Section 3

Organisation de la publicité

Article 39

I. - A partir du seuil de 750 000 EUR HT pour les fournitures et les services et de 5 270 000 EUR HT pour les travaux, un avis de préinformation, conforme au modèle fixé par le règlement (CE) n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation de marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, peut être soit adressé pour publication à l'Office des publications officielles de l'Union européenne, soit publié sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur. Le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur est le site dématérialisé auquel il a recours pour ses achats.

Le pouvoir adjudicateur qui publie l'avis de préinformation sur son profil d'acheteur envoie au préalable, par voie électronique, à l'Office des publications officielles de l'Union européenne, un avis annonçant la publication de cet avis. La date de cet envoi est mentionnée sur l'avis de préinformation publié sur le profil d'acheteur.

II. - La publication d'un avis de préinformation n'est obligatoire que pour le pouvoir adjudicateur qui entend recourir à la faculté de réduire les délais de réception des offres en application du II de l'article 57 et du II de l'article 62.

III. - Pour les marchés de fournitures et de services, cet avis indique le montant total estimé des marchés ou des accords-cadres, pour chacune des catégories de produits ou de services homogènes, que le pouvoir adjudicateur envisage de passer au cours des douze mois suivants la publication de l'avis.

S'il concerne des fournitures ou des services à acquérir durant un exercice budgétaire, cet avis est adressé ou publié sur le profil d'acheteur le plus rapidement possible après le début de cet exercice budgétaire.

IV. - Pour les marchés de travaux, l'avis indique les caractéristiques essentielles des marchés ou des accords-cadres que le pouvoir adjudicateur entend passer.

L'avis est adressé ou publié sur le profil d'acheteur le plus rapidement possible après la décision de réaliser un programme de travaux, dans lequel s'inscrivent les marchés de travaux ou les accords-cadres que les pouvoirs adjudicateurs entendent passer.

Article 40

I. - En dehors des exceptions prévues au quatrième alinéa de l'article 28 ainsi qu'au II de l'article 35, tout marché ou accord-cadre d'un montant égal ou supérieur à 4 000 EUR HT est précédé d'une publicité, dans les conditions définies ci-après.

II. - Pour les achats de fournitures, de services et de travaux d'un montant compris entre 4 000 EUR HT et 90 000 EUR HT, ainsi que pour les achats de services relevant du I de l'article 30 d'un montant égal ou supérieur à 4 000 EUR HT, le pouvoir adjudicateur 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.

III. - En ce qui concerne les fournitures et les services :

1° Pour les achats d'un montant compris entre 90 000 EUR HT et 135 000 EUR HT pour l'Etat ou 210 000 EUR HT pour les collectivités territoriales, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. Le pouvoir adjudicateur apprécie de plus si, compte tenu de la nature ou du montant des fournitures ou des services en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné est par ailleurs nécessaire pour assurer une publicité conforme aux principes mentionnés à l'article 1er.

2° Pour les achats d'un montant égal ou supérieur à 135 000 EUR HT pour l'Etat et 210 000 EUR HT pour les collectivités territoriales, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne.

IV. - En ce qui concerne les travaux :

1° Pour les achats d'un montant compris entre 90 000 EUR HT et 5 270 000 EUR HT, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. Le pouvoir adjudicateur apprécie de plus si, compte tenu de la nature ou du montant des travaux en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné est par ailleurs nécessaire pour assurer une publicité conforme aux principes mentionnés à l'article 1er.

2° Pour les achats d'un montant égal ou supérieur à 5 270 000 EUR HT, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne.

V. - Les avis d'appel public à la concurrence mentionnés au 2° du III et au 2° du IV sont établis pour la publication au Journal officiel de l'Union européenne conformément au modèle fixé par le règlement (CE) n° 1564/2005 susmentionné. Ces avis sont conformes au modèle prévu par arrêté du ministre chargé de l'économie lorsqu'ils sont établis pour la publication au Bulletin officiel des annonces des marchés publics. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'y faire figurer une estimation du prix des prestations attendues. Le pouvoir adjudicateur peut choisir de faire paraître, en plus de ces avis, un avis d'appel public à la concurrence dans une autre publication, dans des conditions précisées par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

Les avis d'appel public à la concurrence mentionnés au 1° du III et au 1° du IV sont établis conformément au modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'y faire figurer une estimation du prix des prestations attendues.

VI. - Pour les marchés passés dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, l'avis d'appel public à la concurrence est un avis de marché simplifié établi pour publication au Journal officiel de l'Union européenne conformément au modèle fixé par le règlement (CE) n° 1564/2005 susmentionné.

VII. - Les avis destinés au Bulletin officiel des annonces des marchés publics sont envoyés par téléprocédure.

Le Bulletin officiel des annonces des marchés publics est tenu de publier les avis d'appel public à la concurrence, conformément au texte transmis, dans les six jours qui suivent la date de leur réception.

Lorsque la Direction des Journaux officiels est dans l'impossibilité de publier l'édition du Bulletin officiel des annonces des marchés publics dans sa version imprimée, elle peut se borner à la publier, à titre temporaire, sous sa forme électronique. Dans ce cas, elle avertit immédiatement les abonnés à la version imprimée de ce bulletin de l'interruption temporaire de sa parution.

VIII. - La publication des avis dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou sur tout autre support publicitaire ne peut intervenir avant l'envoi à l'Office des publications officielles de l'Union européenne.

Ces avis ne peuvent fournir plus de renseignements que ceux qui sont contenus dans les avis adressés à l'Office précité ou publiés sur un profil d'acheteur. Ils mentionnent la date d'envoi de l'avis à cet office.

IX. - Le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi des avis.

Section 4

Information des candidats

Article 41

Les documents de la consultation sont constitués de l'ensemble des documents et informations préparées par le pouvoir adjudicateur pour définir l'objet, les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché ou de l'accord-cadre.

Ces documents nécessaires à la consultation des candidats à un marché ou à un accord-cadre leur sont remis gratuitement. Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut décider que ces documents leur sont remis contre paiement des frais de reprographie. Le montant et les modalités de paiement de ces frais figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

Article 42

Les marchés et accords-cadres passés après mise en concurrence font l'objet d'un règlement de la consultation qui est un des documents de la consultation. Ce règlement est facultatif si les mentions qui doivent y être portées figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, le règlement de la consultation peut se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre.

Section 5

Interdictions de soumissionner

Article 43

Le pouvoir adjudicateur établit des fiches statistiques sur les marchés qu'il passe et les transmet aux services compétents de l'Etat, dans des conditions définies par décret.

Article 85

I. - Pour les marchés et les accords-cadres donnant lieu à l'une des procédures formalisées et pour les marchés de services relevant de l'article 30 d'un montant égal ou supérieur à 210 000 EUR HT, le pouvoir adjudicateur envoie pour publication, dans un délai maximal de quarante-huit jours à compter de la notification du marché ou de l'accord-cadre, un avis d'attribution. Le pouvoir adjudicateur est dispensé d'envoyer un avis d'attribution pour les marchés fondés sur un accord-cadre.

Le pouvoir adjudicateur envoie un avis sur le résultat de la passation des marchés fondés sur un système d'acquisition dynamique au plus tard quarante-huit jours après la notification de chaque marché. Toutefois, il peut n'envoyer qu'un avis global chaque trimestre, au plus tard quarante-huit jours après la fin de chaque trimestre.

II. - L'avis d'attribution est publié dans l'organe qui a assuré la publication de l'avis d'appel public à la concurrence et selon les mêmes modalités de transmission que celles définies à l'article 40 du présent code.

III. - Pour les marchés de fournitures et de services d'un montant égal ou supérieur à 135 000 EUR HT pour l'Etat et 210 000 EUR HT pour les collectivités territoriales et pour les marchés de travaux d'un montant égal ou supérieur à 5 270 000 EUR HT, l'avis est établi pour la publication au Journal officiel de l'Union européenne conformément au modèle fixé par le règlement (CE) n° 1564/2005 susmentionné. Cet avis est conforme au modèle prévu par arrêté du ministre chargé de l'économie lorsqu'il est établi pour la publication au Bulletin officiel des annonces des marchés publics.

Pour les marchés de travaux compris entre 210 000 EUR HT et 5 270 000 EUR HT, les avis sont publiés au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un journal habilité à recevoir des annonces légales conformément au modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie.

IV. - Pour les marchés relevant de l'article 30 d'un montant égal ou supérieur à 210 000 EUR HT, le pouvoir adjudicateur adresse l'avis d'attribution à l'Office des publications officielles de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces des marchés publics en indiquant s'il en accepte la publication.

V. - Certaines informations relatives à la passation du marché ou à la conclusion de l'accord-cadre peuvent ne pas être publiées lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des candidats ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci.

TITRE IV EXÉCUTION DES MARCHÉS

Chapitre Ier

Régime financier

Section 1

Règlement, avances, acomptes

Article 86

Les marchés donnent lieu à des versements à titre d'avances, d'acomptes, de règlements partiels définitifs ou de solde, dans les conditions fixées par la présente section.

Sous-section 1

Avances

Article 87

I. - 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 EUR HT et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois. Cette avance n'est due au titulaire du marché que sur la part du marché qui ne fait pas l'objet de sous-traitance.

Dans le cas d'un marché à bons de commande, comportant un montant minimum supérieur à 50 000 EUR HT, l'avance est accordée en une seule fois sur la base de ce montant minimum.

Dans le cas d'un marché à bons de commande ne comportant ni minimum ni maximum, l'avance est accordée pour chaque bon de commande d'un montant supérieur à 50 000 EUR HT et d'une durée d'exécution supérieure à deux mois.

Dans le cas d'un marché à bons de commande, comportant un montant minimum supérieur à 50 000 EUR HT, passé en application des articles 7 et 8 et lorsque chaque service ou organisme procède lui-même au paiement des prestations qu'il a commandées, le marché

peut prévoir que le régime de l'avance est celui qui relève des dispositions applicables aux marchés à bons de commande ne comportant ni minimum ni maximum.

Le titulaire peut refuser le versement de l'avance.

II. - Le montant de l'avance est fixé, sous réserve des dispositions du III du présent article et de celles de l'article 115 :

1° A 5 % du montant initial, toutes taxes comprises, du marché ou de la tranche affermée si leur durée est inférieure ou égale à douze mois ; si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant mentionné ci-dessus divisé par cette durée exprimée en mois ;

2° Dans le cas d'un marché à bons de commande comportant un montant minimum supérieur à 50 000 EUR HT, à 5 % du montant minimum si la durée du marché est inférieure ou égale à douze mois ; si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant minimum divisé par la durée du marché exprimée en mois ;

3° Dans le cas d'un marché à bons de commande ne comportant ni minimum ni maximum ou qui comporte un minimum et un maximum fixé en quantité, pour chaque bon de commande d'un montant supérieur à 50 000 EUR HT et d'une durée d'exécution supérieure à deux mois, à 5 % du montant du bon de commande si la durée prévue pour l'exécution de celui-ci est inférieure ou égale à douze mois ; si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant du bon de commande divisé par la durée prévue pour l'exécution de celui-ci exprimée en mois.

Le montant de l'avance ne peut être affecté par la mise en oeuvre d'une clause de variation de prix.

III. - Le marché peut prévoir que l'avance versée au titulaire du marché dépasse les 5 % mentionnés au II.

En tout état de cause, l'avance ne peut excéder 30 % des montants mentionnés au II.

L'avance peut toutefois être portée à un maximum de 60 % des montants mentionnés ci-dessus, sous réserve que le titulaire constitue une garantie à première demande conformément aux dispositions de l'article 90.

Le taux et les conditions de versement de l'avance sont fixés par le marché. Ils ne peuvent être modifiés par avenant.

IV. - Les dispositions du présent article s'appliquent aux marchés reconductibles, sur le montant de la période initiale et aux marchés reconduits, sur le montant de chaque reconduction.

V. - Le marché peut prévoir le versement d'une avance dans les cas où elle n'est pas obligatoire.

Article 88

I. - 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.

Il doit, en tout état de cause, 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 du marché ou de la tranche affermée, du bon de commande dans le cas d'un marché à bons de commande ne comportant ni minimum ni maximum, du montant minimum dans le cas d'un marché à bons de commandes comportant un montant minimum.

II. - Dans le silence du marché, le remboursement s'impute sur les sommes dues au titulaire quand le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 65 % des montants mentionnés au I.

III. - Les dispositions du présent article s'appliquent aux marchés reconductibles, sur le montant de la période initiale et aux marchés reconduits, sur le montant de chaque reconduction.

Article 89

Lorsque le montant de l'avance est inférieur ou égal à 30 % du montant du marché, les collectivités territoriales peuvent conditionner son versement à la constitution d'une garantie à première demande portant sur tout ou partie du remboursement de l'avance. Les deux parties peuvent s'accorder pour substituer à cette garantie une caution personnelle et solidaire.

Cette disposition n'est pas applicable aux organismes publics titulaires d'un marché.

Article 90

Lorsque le montant de l'avance est supérieur à 30 % du montant du marché, le titulaire du marché ne peut recevoir cette avance qu'après avoir constitué une garantie à première demande. La constitution de cette garantie n'est toutefois pas exigée des organismes publics titulaires d'un marché.

Pour les marchés passés pour les besoins de la défense, 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.

Sous-section 2

Acomptes

Article 91

Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit à des acomptes.

Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte.

La périodicité du versement des acomptes est fixée au maximum à trois mois. Lorsque le titulaire est une petite ou moyenne entreprise au sens de l'article 48, une société coopérative ouvrière de production, un groupement de producteurs agricoles, un artisan, une société coopérative d'artisans, une société coopérative d'artistes ou une entreprise adaptée, ce maximum est ramené à un mois pour les marchés de travaux. Pour les marchés de fournitures et de services, il est ramené à un mois à la demande du titulaire.

Sous-section 3

Régime des paiements

Article 92

Constitue un règlement partiel définitif un règlement non susceptible d'être remis en cause par les parties après son paiement, notamment lors de l'établissement du solde.

Les marchés de travaux ne donnent pas lieu à des règlements partiels définitifs.

Les acomptes n'ont pas le caractère de paiements non susceptibles d'être remis en cause.

Article 93

Dans le cas des marchés passés en lots séparés, le titulaire de plusieurs lots présente des factures distinctes pour chacun des lots ou une facture globale identifiant distinctement les différents lots.

Article 94

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.

Lorsque la valeur finale des références n'est pas connue à la date où doit intervenir un acompte ou un paiement partiel définitif, le pouvoir adjudicateur procède à un règlement provisoire sur la base des dernières références connues.

Le paiement calculé sur la base des valeurs finales de référence intervient au plus tard trois mois après la date à laquelle sont publiées ces valeurs.

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.

Article 95

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, le pouvoir adjudicateur lui verse 80 % de ce montant. S'il est créditeur au profit du pouvoir adjudicateur, 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 104.

Article 96

Est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé.

Article 97

Les opérations 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 le pouvoir adjudicateur ou vérifié et accepté par lui.

Article 98

Le délai global de paiement d'un marché public ne peut excéder 45 jours. Toutefois, pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées, cette limite est de 50 jours.

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.

Un décret précise les modalités d'application du présent article.

Article 99

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 ainsi prévues par le marché.

Article 100

En cas de résiliation du marché ouvrant droit à indemnisation, si les parties ne parviennent pas à un accord dans un délai de six mois à compter de la date de la résiliation sur le montant de l'indemnité, le pouvoir adjudicateur verse au titulaire, qui en fait la demande, le montant qu'il a proposé.

Section 2

Garanties

Sous-section 1

Retenue de garantie

Article 101

Le marché peut prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie qui est prélevée par fractions sur chacun des versements autres qu'une avance. Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial augmenté, le cas échéant, du montant des avenants. La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie. Le délai de garantie est le délai, qui peut être prévu par le marché, pendant lequel le pouvoir adjudicateur peut formuler des réserves sur des malfaçons qui n'étaient pas apparentes ou dont les conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception.

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 fixées à l'article 102.

Cette disposition n'est pas applicable aux organismes publics titulaires d'un marché.

Article 102

La retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire par une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire. Le montant de la garantie à première demande ou de la caution personnelle et solidaire ne peut être supérieur à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent. Leur objet est identique à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent.

La garantie à première demande ou la caution personnelle et solidaire est établie selon un modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

L'organisme apportant sa garantie est choisi parmi les tiers agréés par le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement mentionné à l'article L. 612-1 du code monétaire et financier. Lorsque cet organisme est étranger, il est choisi parmi les tiers agréés dans son pays d'origine. Le pouvoir adjudicateur peut refuser l'organisme qui doit apporter sa garantie.

Lorsque le titulaire du marché est un groupement solidaire, la garantie est fournie par le mandataire pour le montant total du marché, avenants compris.

Lorsque le titulaire est un groupement conjoint, chaque membre du groupement fournit une garantie correspondant aux prestations qui lui sont confiées. Si le mandataire du groupement conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement, la garantie peut être fournie par le mandataire pour la totalité du marché.

Dans l'hypothèse où la garantie ou la caution 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.

Le titulaire a la possibilité, pendant toute la durée du marché, de substituer une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire à la retenue de garantie. Toutefois, cette garantie à première demande ou cette caution personnelle et solidaire est constituée pour le montant total du marché y compris les avenants. Les montants prélevés au titre de la retenue de garantie sont reversés au titulaire après constitution de la garantie de substitution.

Article 103

La retenue de garantie est remboursée un mois au plus tard après l'expiration du délai de garantie.

En cas de retard de remboursement, des intérêts moratoires sont versés selon les modalités définies par le décret mentionné à l'article 98.

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 au titulaire du marché ou aux établissements ayant accordé leur caution ou leur garantie à première demande pendant le délai de garantie 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 2

Autres garanties

Article 104

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 95, pour reverser au pouvoir adjudicateur 80 % du montant de l'éventuel solde créditeur apparu au profit de celui-ci, le titulaire fournit une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire.

Article 105

Le cahier des charges détermine, s'il y a lieu, les autres garanties qui peuvent être demandées au titulaire du marché pour l'exécution d'un engagement particulier.

Section 3

Financement

Sous-section 1

Cession ou nantissement

des créances résultant des marchés

Article 106

Le pouvoir adjudicateur remet au titulaire soit une copie de l'original du marché revêtue d'une mention dûment signée, par lui, indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemplaire en vue de permettre au titulaire de céder ou de nantir des créances résultant du marché, soit un certificat de cessibilité conforme à un modèle défini par arrêté du ministre chargé de l'économie.

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.

Lorsque le secret exigé en matière de défense fait obstacle à la remise au bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de la copie du marché, le pouvoir adjudicateur délivre au titulaire un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité ne contenant que les indications compatibles avec le secret.

Le titulaire du marché peut, pour toute autre cause, demander que le contenu de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité soit

réduit aux indications nécessaires à la cession ou au nantissement.

S'il est procédé à une modification dans la désignation du comptable ou dans les conditions du règlement du marché, le pouvoir adjudicateur annoté l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité d'une mention constatant la modification.

Pour tout marché prévoyant plusieurs comptables assignataires, le pouvoir adjudicateur 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.

Dans le cas d'un marché à bons de commande ou d'un marché à tranches, il est délivré, au gré du titulaire, soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité du marché, soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité de chaque bon de commande ou de chaque tranche.

Dans le cas d'un marché exécuté par un groupement conjoint, il est délivré à chaque entreprise un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité limité au montant des prestations qui lui sont confiées.

Dans le cas d'un marché exécuté par un groupement solidaire, il est délivré un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité au nom du groupement, dès lors que les prestations réalisées par les entreprises ne sont pas individualisées. Si les prestations sont individualisées, un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité correspondant à la prestation qu'elle exécute est délivré à chaque entreprise.

Article 107

Le bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de créance au titre d'un marché public notifie ou signifie cette cession ou ce nantissement au comptable public assignataire.

Ce bénéficiaire encaisse seul, à compter de cette notification ou signification au comptable, le montant de la créance ou de la part de créance qui lui a été cédée ou donnée en nantissement.

Quand la cession ou le nantissement de créance a été constitué au profit de plusieurs bénéficiaires, chacun d'eux encaisse seul la part de la créance qui lui a été affectée dans la cession ou le nantissement dont les mentions ont été notifiées au comptable.

En cas de sous-traitance prévue dès la passation du marché, le titulaire indique dans le marché la nature et le montant des prestations qu'il envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant, dans les conditions prévues à l'article 115 du présent code, du paiement direct. Ce montant est déduit du montant du marché pour déterminer le montant maximum de la créance que le titulaire peut céder ou donner en nantissement.

Article 108

En cas de cession ou de nantissement effectué conformément aux 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.

Article 109

Les bénéficiaires de nantissements ou cessions de créances peuvent, au cours de l'exécution du marché, demander au pouvoir adjudicateur soit un état sommaire des prestations effectuées, accompagné d'une évaluation qui n'engage pas le pouvoir adjudicateur, soit le décompte des droits constatés au profit du titulaire du marché ; ils peuvent demander, en outre, un état des avances et des acomptes mis en paiement. La personne chargée de fournir ces divers renseignements est désignée dans le marché.

Les mêmes bénéficiaires peuvent demander au comptable un état détaillé des oppositions au paiement de la créance détenue par le titulaire du marché qu'il a reçues.

S'ils en font la demande par lettre recommandée avec avis de réception postal, en justifiant de leur qualité, le pouvoir adjudicateur est tenu de les aviser, 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.

Ils ne peuvent exiger d'autres renseignements que ceux prévus ci-dessus ni intervenir en aucune manière dans l'exécution du marché.

Article 110

Les seuls fournisseurs susceptibles de bénéficier du privilège résultant de l'article L. 143-6 du code du travail sont ceux qui ont été agréés par le pouvoir adjudicateur, dans des conditions fixées par décret.

Le privilège ne porte que sur les fournitures livrées postérieurement à la date à laquelle la demande d'agrément est parvenue à l'autorité compétente.

Sous-section 2

Intervention d'OSEO Banque de développement des petites et moyennes entreprises (OSEO BDPME)

Article 111

Lorsqu'OSEO BDPME envisage d'accorder des avances de trésorerie au bénéfice des titulaires des marchés soumis aux dispositions du présent code ou au bénéfice de leurs sous-traitants ayant droit au paiement direct, il peut obtenir du pouvoir adjudicateur toute pièce justificative validant l'existence de la créance financée.

Chapitre II

Dispositions relatives à la sous-traitance

Article 112

Le titulaire d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou d'un marché industriel peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement.

Un marché industriel est un marché ayant pour objet la fourniture d'équipements ou de prototypes conçus et réalisés spécialement pour répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur.

Article 113

En cas de sous-traitance, le titulaire demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du marché.

Article 114

L'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement sont demandés dans les conditions suivantes :

1° Dans le cas où la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ou de la proposition, le candidat fournit au pouvoir adjudicateur une déclaration mentionnant :

- a) La nature des prestations sous-traitées ;
- b) Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;
- c) Le montant maximum des sommes à verser par paiement direct au sous-traitant ;
- d) Les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, les modalités de variation des prix ;
- e) Les capacités professionnelles et financières du sous-traitant.

Il lui remet également une déclaration du sous-traitant indiquant qu'il ne tombe pas sous le coup d'une interdiction d'accéder aux marchés publics.

La notification du marché emporte acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement ;

2° Dans le cas où la demande est présentée après le dépôt de l'offre, le titulaire remet contre récépissé au pouvoir adjudicateur ou lui adresse par lettre recommandée, avec demande d'avis de réception, une déclaration contenant les renseignements mentionnés au 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'article 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.

L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement sont alors constatés par un acte spécial signé des deux parties.

Figurent dans l'acte spécial les renseignements ci-dessus mentionnés au 1° ;

3° 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 ;

4° Le silence du pouvoir adjudicateur gardé pendant vingt et un jours à compter de la réception des documents mentionnés aux 2 et 3 vaut acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.

Article 115

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 EUR 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.

Toutefois, en ce qui concerne les marchés industriels passés par le ministère de la défense, notamment les marchés de réalisation de prototypes, de fabrication, d'assemblage, d'essais, de réparations non courantes 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 à 10 % du montant total du marché ;

2° Lorsqu'une partie du marché est sous-traitée, l'assiette de l'avance prévue à l'article 87 est réduite, pour le titulaire, au montant correspondant aux prestations lui incombant.

Une avance est versée, sur leur demande, aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct.

Les limites fixées à l'article 87 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 au 2° de l'article 114.

Le droit du sous-traitant à une avance est ouvert dès la notification du marché ou de l'acte spécial par le pouvoir adjudicateur.

Le remboursement de cette avance s'effectue selon les modalités prévues à l'article 88.

Si le titulaire du marché qui a perçu l'avance sous-traite une part du marché postérieurement à sa notification, il rembourse l'avance correspondant au montant des prestations sous-traitées, même dans le cas où le sous-traitant ne peut pas ou ne souhaite pas bénéficier de l'avance.

Le remboursement par le titulaire s'impute sur les sommes qui lui sont dues par le pouvoir adjudicateur dès la notification de l'acte spécial.

Article 116

Le sous-traitant adresse sa demande de paiement libellée au nom du pouvoir adjudicateur au titulaire du marché, sous pli recommandé avec accusé de réception, ou la dépose auprès du titulaire contre récépissé.

Le titulaire dispose d'un délai de quinze jours à compter de la signature de l'accusé de réception ou du récépissé pour donner son accord ou notifier un refus, d'une part, au sous-traitant et, d'autre part, au pouvoir adjudicateur ou à la personne désignée par lui dans le marché.

Le sous-traitant adresse également sa demande de paiement au pouvoir adjudicateur ou à la personne désignée dans le marché par le pouvoir adjudicateur, accompagnée des factures et de l'accusé de réception ou du récépissé attestant que le titulaire a bien reçu la demande ou de l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou n'a pas été réclamé.

Le pouvoir adjudicateur ou la personne désignée par lui dans le marché adresse sans délai au titulaire une copie des factures produites par le sous-traitant.

Le pouvoir adjudicateur procède au paiement du sous-traitant dans le délai prévu par l'article 98. Ce délai court à compter de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'accord, total ou partiel, du titulaire sur le paiement demandé, ou de l'expiration du délai mentionné au deuxième alinéa si, pendant ce délai, le titulaire n'a notifié aucun accord ni aucun refus, ou encore de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'avis postal mentionné au troisième alinéa.

Le pouvoir adjudicateur informe le titulaire des paiements qu'il effectue au sous-traitant.

Article 117

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 106 ou, le cas échéant, de l'acte spécial prévu à l'article 114 désignant un sous-traitant admis au paiement direct, est remise à chaque sous-traitant bénéficiant du paiement direct.

Chapitre III

Exécution complémentaire

Article 118

Dans le cas particulier où le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée, que les prix indiqués au marché soient forfaitaires ou unitaires, à la conclusion d'un avenant ou, si le marché le prévoit, à une décision de poursuivre prise par le pouvoir adjudicateur.

Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics

NOR: ECOM0620004C

Paris, le 3 août 2006.

Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et le ministre délégué au budget et à la réforme de l'Etat, porte-parole du Gouvernement, à Mesdames et Messieurs les ministres et ministres délégués

Avertissement

Le décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics est publié au Journal officiel de ce jour. Il entre en vigueur le 1er septembre 2006.

Des mesures transitoires ont été prévues pour permettre d'éviter les conséquences d'un changement brutal des règles sur les marchés en cours de passation. Il ressort des dispositions de l'article 8 du décret précité que :

1. Les marchés notifiés avant le 1er septembre 2006 restent soumis pour leur passation comme pour leur exécution aux seules dispositions du code des marchés publics en vigueur jusqu'au 31 août 2006 (c'est-à-dire le code du 7 janvier 2004 modifié), tant pour leur passation que pour leur exécution. Les difficultés et les litiges qui sont susceptibles de survenir concernant ces marchés ne seront donc pas concernés par les dispositions du nouveau code des marchés publics 2006.
2. Les marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence aura été envoyé à compter du 1er septembre 2006 seront soumis aux seules dispositions du nouveau code des marchés publics tant pour leur passation que pour leur exécution. Les difficultés et litiges qui sont susceptibles de survenir concernant ces marchés ne seront donc plus concernés par les dispositions du code des marchés publics 2004.
3. Les marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence aura été envoyé avant le 1er septembre 2006, le marché étant notifié après cette date, seront, pour leur seule passation, aux dispositions du code des marchés publics en vigueur jusqu'au 31 août 2006 et, pour leur seule exécution, aux dispositions du nouveau code des marchés publics. Les difficultés et litiges concernant leur passation, et notamment les règles de publicité, la production des attestations fiscales et sociales, le choix des candidats et des offres, ne seront concernés que par les dispositions du code en vigueur jusqu'au 31 août 2006, alors que les difficultés et litiges concernant l'exécution, et notamment les avenants, les conditions de résiliation, de paiement, ne seront concernés que par les dispositions du nouveau code 2006.

*

**

La circulaire NOR : ECOZ0300024C du 7 janvier 2004 modifiée prise pour l'application du code des marchés publics est abrogée.

2. Le contrat envisagé est-il un marché public ?

Lorsque l'acheteur constate qu'il est soumis au code, il doit vérifier que le contrat qu'il souhaite conclure est bien un marché public.

L'article 1er du code donne une définition précise du marché public.

2.1. Un marché public est un contrat

Les marchés publics sont des contrats consacrant l'accord de volonté entre deux personnes dotées de la personnalité juridique, ce qui exclut notamment toute décision unilatérale.

2.2. Un marché public est conclu à titre onéreux

Le caractère onéreux exprime l'idée d'une charge pesant sur l'acheteur. Dans la majorité des cas, le marché donnera lieu au versement d'une somme d'argent. Néanmoins, en l'absence d'un tel versement, le caractère onéreux peut aussi bien résulter d'un abandon par l'acheteur public d'une possibilité de recette liée à l'exécution du marché.

Il s'agira, par exemple, de l'autorisation donnée au cocontractant d'exploiter les panneaux publicitaires installés sur le domaine public, en se rémunérant par les recettes publicitaires y afférentes, ou de l'autorisation donnée au cocontractant de vendre le sable ou les graviers tirés d'un cours d'eau dont il a réalisé le curage.

En revanche, les prestations que la personne publique obtient à titre gratuit ne peuvent jamais être qualifiées de marchés publics.

2.3. Un marché public peut être passé

avec des personnes publiques ou privées

Un marché est un contrat signé entre deux personnes distinctes dotées chacune de la personnalité juridique. Aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une entité publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public. Toutefois, les modalités d'intervention de la personne publique candidate ne doivent pas fausser les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence entre cette entité publique et d'autres entreprises afin de respecter le principe d'égalité d'accès à la commande publique. La personne publique qui soumissionne devra être en mesure de justifier, le cas échéant, que le prix proposé a été déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, et qu'elle n'a pas bénéficié, pour déterminer le prix proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public (2).

2.4. Un marché public est un contrat qui doit répondre aux besoins de l'administration en matière de fournitures, services et travaux

L'objet du marché est un élément fondamental qui doit être précisément défini en vue de répondre à un besoin de la personne publique.

2.4.1. Les marchés publics se distinguent des subventions.

Les contrats que l'administration signe fréquemment avec différents partenaires, notamment des associations, ne sont pas obligatoirement des marchés publics. C'est le fait de répondre à un besoin exprimé par l'administration qui permet de différencier les marchés publics des conventions qui accompagnent, par exemple, certaines décisions d'octroi de subventions.

Le marché public se différencie de la subvention, qui constitue une contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général mais qui est initiée et menée par un tiers. Il s'agira d'une subvention si l'initiative du projet vient de l'organisme bénéficiaire et si aucune contrepartie directe n'est attendue par la personne publique du versement de la contribution financière. Dans le cas contraire, il s'agira d'un marché public. La notion d'initiative implique non seulement l'impulsion du projet mais aussi sa conception et sa définition.

2.4.2. Les marchés publics se distinguent également des délégations de service public.

La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite « loi MURCEF » introduit dans la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite « loi Sapin » une définition de la délégation de service public : « 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 au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. ».

La différence fondamentale entre un marché public et une délégation de service public résulte du mode de rémunération retenu. Pour un marché public, le paiement est intégral et immédiat et effectué par l'acheteur public. Pour une délégation de service public, la rémunération est tirée principalement de l'exploitation du service.

(2) Cf. avis du Conseil d'Etat du 8 novembre 2000, société Jean-Louis Bernard consultants.

6.2.3. Le cas des achats d'énergie.

Le code prévoit un dispositif particulier pour la réalisation des achats d'énergies non stockables.

Ces achats peuvent donner lieu à la passation d'un marché ou d'un accord-cadre. Quelles que soient les modalités de passation choisies, les acheteurs sont autorisés à ne pas indiquer, a priori, la quantité précise d'énergie qui leur sera fournie. Cette quantité sera alors constatée à l'issue du marché ou de l'accord-cadre.

6.2.4. Les marchés à tranches conditionnelles.

Dans un marché à tranches conditionnelles, l'acheteur public n'est engagé que sur la tranche ferme, et non pas sur les tranches conditionnelles. Mais l'évaluation doit être faite, pour l'appréciation des seuils de procédure et de publicité, en additionnant les montants estimés de l'ensemble des tranches.

6.3. Le système d'acquisition dynamique (SAD)

Le système d'acquisition dynamique est un processus d'acquisition entièrement électronique destiné à l'achat de fournitures courantes. Il est limité dans le temps et ouvert pendant toute sa durée aux opérateurs économiques satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté des offres indicatives conformes aux documents de la consultation.

La spécificité du système d'acquisition dynamique réside dans la faculté offerte à tout opérateur économique qui, d'une part, satisfait aux critères de sélection et, d'autre part, présente une offre indicative conforme aux documents de la consultation, d'être admis dans le système durant toute la durée de son existence.

La définition des besoins doit être précise et préalable.

Il est important de noter que le pouvoir adjudicateur doit publier un avis de marché simplifié au Journal officiel de l'Union européenne et attendre impérativement un délai de quinze jours à compter de la date d'envoi de cet avis avant de procéder à la mise en concurrence.

Le pouvoir adjudicateur, selon l'expression de ses besoins, invite ensuite les opérateurs admis dans le système à présenter leurs offres définitives.

7. Comment savoir si on dépasse un seuil ?

Il existe deux types de seuils :

- des seuils, exclusivement nationaux, au-delà desquels s'imposent des modalités, notamment de publicité, applicables aux marchés passés selon une procédure adaptée ;

- des seuils, calés sur les seuils communautaires, qui déclenchent l'application des procédures formalisées.

Les seuils sont fixés à l'article 26 du code.

Le montant des seuils des procédures formalisées est modifié tous les deux ans par décret. En effet, tous les deux ans, les seuils des directives européennes sur les marchés publics sont révisés par la Commission européenne de manière à respecter les engagements internationaux de l'Union pris en vertu de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (décision 94/800/CE du 22 décembre 1994, JOCE n° L 336/1 du 23 décembre 1994).

Cet accord prévoit des seuils exprimés en droits de tirage spéciaux (DTS). Le DTS étant un panier de monnaies (euro, dollar américain, yen), les seuils des directives exprimés en euros doivent donc être révisés régulièrement pour tenir compte de la variation du cours des monnaies.

Le pouvoir adjudicateur doit vérifier si les seuils fixés à l'article 26 qui déclenchent l'application des procédures formalisées définies dans le titre III du code sont atteints. Il est rappelé qu'aucun besoin ne doit être scindé ou abusivement fractionné dans le but d'échapper aux règles du code des marchés publics.

Dans la mesure où le pouvoir adjudicateur doit adopter, pour la satisfaction de ses besoins ainsi évalués, une procédure formalisée, il a la faculté soit de passer un seul marché, soit, s'il le juge utile, de passer autant de marchés qu'il estime nécessaire. A titre d'exemple, la réalisation de travaux dont le montant estimé est supérieur aux seuils de procédure doit donner lieu à une procédure formalisée mais pourra indifféremment faire l'objet d'un marché ou de plusieurs marchés. Dans cette dernière hypothèse, chacun de ces marchés devra respecter la procédure formalisée même s'ils sont individuellement inférieurs aux seuils correspondants.

L'évaluation des besoins s'effectue à partir des notions suivantes :

7.1. Pour les marchés de travaux :

les notions d'ouvrage et d'opération

Le marché de travaux, qui est défini à l'article 1er du code, se caractérise par le fait que le pouvoir adjudicateur en est le maître d'ouvrage, c'est-à-dire la personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit.

TROISIÈME PARTIE

La mise en oeuvre de la procédure

8. Comment faire connaître ses besoins

aux candidats potentiels ?

8.1. Pourquoi faut-il faire de la publicité ?

La publicité est un principe fondamental de la commande publique. La publicité a une double utilité. Elle doit permettre le libre accès à la commande publique de l'ensemble des prestataires intéressés ; elle est aussi la garantie d'une véritable mise en concurrence.

On doit considérer qu'un marché a été passé dans des conditions satisfaisantes au regard de l'exigence de transparence si les moyens de publicité utilisés ont réellement permis aux prestataires potentiels d'être informés et ont abouti à une diversité d'offres suffisante pour garantir une vraie mise en concurrence.

Il appartient donc à l'acheteur de déterminer les modalités de publicité les plus pertinentes au regard de l'objet et du montant du marché en cause. Toutefois, il est précisé que la publicité ne signifie pas systématiquement publication, notamment pour les plus petits marchés.

En la matière, le code laisse une grande marge de manoeuvre aux acheteurs ; c'est à ce stade que leur professionnalisme et leur responsabilisation prennent tout leur sens.

Toutefois, à partir d'un seuil fixé à 90 000 EUR HT, la publication d'un avis d'appel public à la concurrence est obligatoire sous réserve des exceptions mentionnées au point 8.4. En outre, et s'agissant des supports de publicité, l'ensemble des moyens complémentaires listés au point 8.3 ci-après peut être utilisé.

8.2. Comment faire de la publicité ?

L'efficacité de la publicité constitue une composante essentielle de la régularité du marché, les modalités de publicité devront être choisies en conséquence. C'est pourquoi une attention toute particulière doit être portée au choix des supports utilisés.

Les modalités de publicité sont précisées à l'article 40 ; il convient donc de s'y conformer strictement.

Les avis émis par voie de presse ne peuvent, d'une part, contenir plus de renseignements que ceux contenus dans les avis adressés à l'office des publications officielles de l'Union européenne, ni, d'autre part, intervenir avant l'envoi à cet office.

8.2.1. En dessous du seuil de 4 000 EUR HT.

En dessous du seuil de 4 000 EUR HT, les marchés peuvent être passés sans publicité. En effet, s'agissant d'achats d'un très faible montant, une publicité peut devenir un élément d'alourdissement et de dépense inutile.

8.2.2. Entre les seuils de 4 000 EUR HT et de 90 000 EUR HT.

La question du bon niveau de publicité se pose essentiellement pour les achats compris entre 4 000 EUR HT et 90 000 EUR HT puisque, en dessous de 4 000 EUR HT, aucune mesure de publicité n'est imposée par le code, et qu'au-dessus de 90 000 EUR HT, le code impose des modalités de publicité précisément définies.

Entre 4 000 EUR HT et 90 000 EUR HT, il convient surtout de garder à l'esprit l'idée de proportionnalité des mesures de publicité à mettre en oeuvre. Il est évident que plus les montants augmentent, plus il faudra que les mesures de publicité soient conséquentes. Tout dépend des situations.

Le mode de publicité retenu ne sera pas seulement fonction du montant du marché mais il devra aussi être adapté à l'objet, à la nature, à la complexité, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et à l'urgence du besoin. L'important est que la publicité choisie garantisse l'efficacité de l'achat, c'est-à-dire qu'elle soit à même de susciter la concurrence nécessaire.

En outre, pour les achats de faible montant, la publicité ne se traduit pas nécessairement par une publication. L'essentiel est d'assurer une mise en concurrence suffisante entre les prestataires potentiels.

L'achat sera regardé comme effectué dans des conditions satisfaisantes au regard des principes de la commande publique si les moyens de publicité utilisés permettent aux prestataires potentiels, sans considération de nationalité ou de frontière, d'être informés de l'intention d'acheter, manifestée par les collectivités publiques, et du contenu de l'achat, en vue d'aboutir à une diversité d'offres suffisante pour garantir une réelle mise en concurrence.

Le choix de la bonne publicité doit également être guidé par l'équilibre économique général de l'opération et être en rapport avec l'objet et le montant estimé du marché. Il ne faut pas que l'investissement consacré à la publicité constitue un élément significatif de surcoût. Ainsi, lorsque la publication d'une annonce détaillée dans la presse écrite apparaîtra trop coûteuse au regard du montant de l'achat, il conviendra de trouver d'autres solutions, telles une publicité par voie d'affichage, sur un support internet, ou encore la consultation de plusieurs fournisseurs.

Concernant l'affichage, s'il n'est pas toujours adapté à l'organisation d'une mise en concurrence efficace, il est possible pour les collectivités d'habituer les fournisseurs au recours à ce support, en les informant dans un premier temps de son utilisation par le biais d'une publication préalable d'annonces, notamment dans l'organe d'information de la collectivité et/ou dans la presse écrite locale.

S'agissant du recours à internet, les acheteurs peuvent utiliser des profils d'acheteurs : le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur est le site dématérialisé auquel il a recours pour ses achats. Dans la mesure où un profil d'acheteur a une forte audience, on peut considérer ce moyen de publicité comme un moyen unique suffisant dans la mesure où la collectivité publique a procédé préalablement à une information générale des candidats potentiels sur son intention de publier ses avis par ce moyen.

En revanche, pour des sites à audience plus réduite, il convient de ne considérer ce mode d'information que comme un moyen de publicité complémentaire venant appuyer une publication par voie de presse, même succincte, mais qui renverrait pour les détails à l'annonce mise en ligne.

Pour prouver, si nécessaire, qu'il a pris toute mesure pour susciter une réelle mise en concurrence, l'acheteur pourra produire divers justificatifs : envoi des publicités, documents d'affichage, justificatifs de mise en ligne ou demandes de présentation de devis.

Ne sont retenues comme pertinentes que les mesures procédant de l'initiative propre du pouvoir adjudicateur. Les mesures de publicité intervenues « indépendamment de sa volonté » sont « sans influence sur la régularité des mesures de publicité auxquelles il a procédé » (7). L'accent est donc mis sur la responsabilité individuelle qui incombe à chaque pouvoir adjudicateur.

8.2.3. Entre le seuil de 90 000 EUR HT et les seuils communautaires.

Les modalités de publicité sont précisées à l'article 40 ; il convient donc de s'y conformer strictement.

Pour les besoins de fournitures ou de services d'un montant compris entre 90 000 EUR HT et 135 000 EUR HT pour l'Etat ou 210 000 EUR HT pour les collectivités territoriales, et pour les marchés de travaux compris entre 90 000 EUR HT et 5 270 000 EUR HT, le code impose l'obligation de procéder à une publicité dans les conditions suivantes.

Les avis d'appel public à la concurrence sont obligatoirement publiés soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL). Le code invite, en outre, l'acheteur à compléter, si nécessaire, sa publicité obligatoire par une publicité supplémentaire dans un organe de presse spécialisée. C'est à l'acheteur d'apprécier, compte tenu de la nature et du montant des travaux, des fournitures ou des services en cause, la nécessité d'une telle publication complémentaire.

Le montant estimé du marché, sa complexité, ses caractéristiques techniques sont autant de critères qui devront guider l'acheteur dans le choix du ou des journaux, en fonction notamment de leur diffusion et de leur lectorat.

Les avis adressés au BOAMP sont obligatoirement transmis par téléprocédure. Pour toutes les catégories de marchés, les acheteurs devront pour la publication de leurs avis, tant au BOAMP, dans un journal d'annonces légales que dans la presse spécialisée, utiliser les formulaires obligatoires fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie.

8.2.4. Au-dessus des seuils communautaires.

Au-dessus des seuils de 135 000 EUR HT pour l'Etat ou 210 000 EUR HT pour les collectivités territoriales pour les marchés de fournitures ou services, et de 5 270 000 EUR HT pour les marchés de travaux, les avis d'appel public à la concurrence sont publiés au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE).

Les avis adressés au JOUE sont établis conformément aux formulaires obligatoires établis par le règlement communautaire (CE) n° 1564/2005 de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation des marchés publics.

Les avis adressés au BOAMP le sont conformément aux modèles fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie et par téléprocédure.

Les avis de publicité nationale ne peuvent contenir plus de renseignements que ceux adressés au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE). L'attention des acheteurs est appelée sur le fait qu'en cas de transmission papier des avis de publicité au JOUE leur contenu ne doit pas dépasser 650 mots environ (équivalent d'une page du JOUE), à défaut de quoi l'Office de publication de l'Union européenne pourra en refuser la publication.

Il est rappelé que, lorsque le pouvoir adjudicateur établit un avis d'appel public à la concurrence communautaire, il est tenu de faire référence au numéro de nomenclature du règlement n° 2195/02/CE relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics, dit CPV pour Common Procurement Vocabulary (8). L'utilisation de cette nomenclature garantit la transparence de l'information et l'ouverture des marchés publics européens en traduisant l'objet du marché par des codes communs qui permettent de lever les barrières linguistiques.

(7) Conseil d'Etat, 7e et 2e sous-sections réunies, 7 octobre 2005, « Région Nord - Pas-de-Calais » n° 278732.

(8) Depuis le 7 janvier 2004, date d'entrée en vigueur du règlement n° 2151/03/CE modifiant le règlement n° 2195/02/CE, la référence au CPV est obligatoire pour les marchés d'ampleur européenne. Les nomenclatures antérieures (« CPA » pour les fournitures, « NACE Rév. 1 » pour les travaux et « CPC provisoire » pour les services) ne sont plus applicables qu'en cas de divergence d'interprétation avec le CPV. Les nomenclatures sont disponibles sur le site internet : <http://www.simap.eu.int>

QUATRIÈME PARTIE

L'exécution des marchés

14. Comment contribuer à la bonne exécution des marchés publics ?

Seul le comptable public du pouvoir adjudicateur est compétent pour payer les prestations d'un marché public (cf. art. 12 du code). La quatrième partie du code énumère différentes mesures facilitant le financement des opérateurs économiques tout en assurant la protection des intérêts financiers des pouvoirs adjudicateurs (art. 92 à 100, par exemple).

14.1. Le paiement direct du sous-traitant

Le recours par l'entrepreneur à d'autres entreprises pour exécuter certaines prestations, qu'il ne peut ou qu'il ne veut pas assurer lui-même, favorise l'accès à la commande publique des entreprises spécialisées et des PME.

Les conditions dans lesquelles l'entrepreneur peut faire appel à un ou plusieurs sous-traitants, leur acceptation et l'agrément de leurs conditions de paiement ainsi que les modalités de règlement de leurs prestations sont détaillés aux articles 112 à 117 du code.

Il importe de rappeler que :

- la sous-traitance ne peut être utilisée que pour les marchés de travaux, les marchés de services et les marchés industriels (art. 112) ;
- le choix de sous-traiter peut être opéré par le titulaire au moment de l'offre, de la proposition ou après la conclusion du marché (art. 112) ;
- la sous-traitance ne peut être totale (art. 112 et 113) ;
- l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement doivent être prononcés avant l'exécution des travaux rémunérés par le paiement (art. 114) ;
- il n'y a pas de relation contractuelle entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant. Seul le titulaire du marché est tenu par l'obligation contractuelle : il est responsable de l'ensemble des prestations exécutées au titre du marché, par lui-même et par les sous-traitants (art. 113) ;
- le sous-traitant de premier rang a droit au paiement direct dès lors que les conditions d'acceptation et d'agrément sont satisfaites et que le montant de sa créance est d'au moins 600 euros TTC (art. 115 à 117).

Les sous-traitants peuvent désormais être réglés plus rapidement grâce à la simplification de la procédure de paiement. Le sous-traitant doit adresser sa demande de paiement au titulaire du marché ainsi qu'au pouvoir adjudicateur ou à la personne désignée par lui dans le marché.

Le titulaire dispose d'un délai de 15 jours pour donner son accord ou notifier son refus au sous-traitant ainsi qu'au pouvoir adjudicateur ou à la personne désignée par lui dans le marché. Le pouvoir adjudicateur procède au paiement du sous-traitant dans le délai prévu à l'article 98.

Ce délai court à compter de la réception de l'accord du titulaire ou de l'expiration du délai de 15 jours précédemment mentionné si le titulaire n'a notifié aucun accord ou refus au pouvoir adjudicateur.

14.2. Le versement d'avances aux titulaires de marchés publics

L'octroi des avances vise à faciliter l'exécution des marchés et assurer l'égalité d'accès aux marchés entre les entreprises disposant d'une trésorerie suffisante pour démarrer l'exécution des prestations et celles qui n'en disposent pas.

Tel est le cas notamment des petites et moyennes entreprises et de la majorité des associations qui oeuvrent dans des secteurs économiques susceptibles de se voir appliquer les règles du code des marchés publics.

S'agissant des dispositions régissant l'avance prévue à l'article 87, le montant à partir duquel cette avance est obligatoirement accordée au titulaire ou au sous-traitant d'un marché est de 50 000 EUR HT. Le montant de l'avance est fixé à 5 % du montant initial, toutes taxes comprises, du marché, du bon de commande ou de la tranche affermée. Le marché peut prévoir que l'avance versée dépasse ces 5 %, sans pour autant excéder 30 % de ces montants. Cependant, l'avance peut être portée à un maximum de 60 % si l'entreprise qui en bénéficie (titulaire ou sous-traitant) constitue une garantie à première demande.

Les modalités et le rythme de remboursement de l'avance sont prévus au marché. Le remboursement de l'avance doit être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par l'entreprise qui en a bénéficié atteint 80 % du montant TTC des prestations qui lui sont confiées (art. 88 à 90).