

LES MARCHÉS PUBLICS NÉGOCIÉS SANS PUBLICITÉ NI MISE EN CONCURRENCE PRÉALABLES

A l'instar de l'ancien code des marchés publics, l'article 42 de l'[ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics](#) distingue deux types de procédure négociée auxquels peuvent avoir recours les acheteurs¹ :

- la procédure concurrentielle avec négociation prévue à l'article 42-1° b) pour les pouvoirs adjudicateurs et la procédure négociée avec mise en concurrence préalable prévue à l'article 42-1° c) pour les entités adjudicatrices ;
- la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence prévue à l'article 42-3°.

La négociation sans publicité ni mise en concurrence préalables peut être mise en œuvre dans certaines hypothèses limitativement énumérées à l'article 30 du [décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics](#) (1). A l'exception des cas pour lesquels il est prévu un seuil spécifique, les dispositions de cet article s'appliquent quelle que soit la valeur estimée du besoin.

L'acheteur doit pouvoir justifier que les conditions de recours à ces procédures, qui doivent s'interpréter strictement², sont remplies³. A défaut, le marché est entaché d'une nullité que le juge est tenu de soulever d'office⁴.

Dorénavant, seule la procédure concurrentielle avec négociation est une procédure formalisée⁵. Les acheteurs qui utilisent la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables ne sont donc pas soumis à l'ensemble des règles de procédure prévues par l'ordonnance et le décret. Ils doivent néanmoins respecter les grands principes de la commande publique, rappelés à l'article 1^{er} de l'ordonnance, ainsi que des règles qui leur sont propres (2).

L'attention des acheteurs est attirée sur le fait qu'une négociation ne doit en aucun cas se confondre avec un marchandage. Exiger de son cocontractant des rabais irréalistes sur les prix revient à exposer le marché au risque de défaillance de l'entreprise ou à celui de la passation ultérieure de coûteux avenants. La négociation requiert, de ce point de vue, une attention particulière. Une formation des acheteurs à cette technique est indispensable.

1. Les hypothèses de recours aux marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables.

1.1. Les marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence pouvant être passés par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.

1.1.1 En cas d'urgence impérieuse, notamment en application de certaines dispositions du code de la santé publique, du code de la construction et de l'habitation et du code rural et la pêche maritime (article 30-I 1° du décret)

Lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour l'acheteur et n'étant pas de son fait ne permet pas de respecter les délais minimum exigés par les procédures formalisées, l'acheteur peut conclure un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables.

¹ Les acheteurs publics ou privés sont les pouvoirs adjudicateurs de l'article 10 et les entités adjudicatrices de l'article 11 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précitée.

² CJUE, 14 septembre 2004, *Commission c/République Italienne*, aff. [C-385/02](#), points 19 et 37.

³ CJUE, 27 octobre 2011, *Commission c. République Hellénique*, aff. [C-601/10](#), point 32.

⁴ CE, 28 juillet 2000, *Jacquier*, n°[202792](#).

⁵ Article 42-1° b) de l'ordonnance n°[2015-899](#) du 23 juillet 2015 et article 25-I 2° du décret n°[2016-360](#) du 25 mars 2016.

L'article 30-I 1° du décret donne des exemples de marchés entrant dans cette catégorie. Tel est notamment le cas des marchés publics rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux réalisés par des acheteurs en application des articles L.1311-4, L.1331-24, L.1331-26, L.1331-28, L.1331-29, L.1334-2 du code de la santé publique et des articles L.123-, L.129-2, L.129-3, L.511-2 et L.511-3 du code de la construction et de l'habitation. Il en va de même pour les marchés publics passés pour faire face à des dangers sanitaires définis aux 1° et 2° de l'article L.201-1 du code rural et de la pêche maritime. Les marchés publics ainsi conclus sont limités aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence⁶.

En-dehors des exemples mentionnés expressément par l'article 30-I 1° du décret et rappelés ci-dessus, l'acheteur doit démontrer que deux conditions cumulatives sont remplies :

- il doit exister une urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés par les procédures formalisées ;
- l'urgence impérieuse doit résulter de circonstances imprévisibles pour l'acheteur qui ne doit pas en être responsable⁷. Elle ne peut pas résulter d'irrégularités ou de négligences commises lors de la passation d'un marché.

Cette possibilité est notamment offerte pour faire face à des situations d'urgence impérieuse liées à une catastrophe technologique ou naturelle⁸.

Ex: La survenance d'actes terroristes de l'ampleur de ceux du 13 novembre 2015 constitue une circonstance imprévisible. La gravité des événements, qui a entraîné la déclaration de l'état d'urgence, a rendu nécessaire la mise en place de mesures de sécurité renforcées dont la nécessité n'avait pu être anticipée jusqu'à présent. Si les marchés publics passés répondent à un besoin né à la suite de ces événements (par exemple, nécessité de renforcer la sécurité des bâtiments recevant du public), ils peuvent être conclus selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables.

Il doit exister un réel lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence. A mesure que la date des événements imprévisibles s'éloigne, la nécessité de réaliser les prestations présente de moins en moins le caractère d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles⁹.

Ex: Un marché public peut être conclu selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence :

- pour faire face aux conséquences directes d'une catastrophe naturelle, telle que la tempête Xynthia. Les mesures nécessaires pouvant faire l'objet d'un marché négocié doivent être prises dans les meilleurs délais. Au contraire, une tempête tropicale est prévisible sous les tropiques et ne permet pas, sauf exception, de recourir au marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables¹⁰ ;
- pour rétablir le fonctionnement du réseau téléphonique d'un hôpital lorsque cette mise en service a été retardée en raison de l'infructuosité d'un appel d'offres¹¹ ;
- pour assurer rapidement la sécurité des personnes et des biens et rétablir la circulation normale des habitants, compte-tenu des désordres causés par des intempéries aux ouvrages de soutènement de voirie et d'évacuation des eaux et dans la perspective de nouvelles intempéries¹² ;
- pour choisir un expert qui assure également la maîtrise d'œuvre de travaux rendus nécessaires par un éboulement rocheux qui menace des habitations¹³.

⁶ Voir fiche technique « L'urgence dans les marchés publics » (non actualisée).

⁷ CJUE, 27 octobre 2011, *Commission c. République Hellénique*, aff. [C-601/10](#), point 33 ; CJUE, 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, aff. [C-385/02](#), point 26 ; CAA Lyon, 18 mai 1989, *Société Royat automobiles*, n°[89LY00042](#).

⁸ Considérant 80 de la [directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics](#).

⁹ CE, 1^{er} octobre 1997, *Hemmerdinger*, n°[151578](#).

¹⁰ CE, 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie de la Réunion*, n°[117717](#).

¹¹ CE, 11 octobre 1985, *Compagnie générale de construction téléphonique*, n°[38788](#).

¹² CAA Marseille, 12 mars 2007, *Commune de Bollène*, n°[04MA00643](#).

¹³ CAA Nantes, 13 juillet 2015, *Mme B*, n°[13NT02444](#).

- 1.1.2. Lorsque, dans le cadre de certaines procédures de passation, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables au sens du IV de l'article 55 ou des offres inappropriées au sens du I de l'article 59, ont été présentées (article 30-I 2° du décret).

Les acheteurs peuvent avoir recours à la négociation sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits par les documents de la consultation initiale, soit seules des candidatures irrecevables ou des offres inappropriées ont été présentées.

Le recours à une négociation sans publicité ni concurrence n'est ouvert que sous réserve de l'absence de modifications substantielles des conditions initiales du marché public.

L'infructuosité des procédures d'appel d'offres lancées par des pouvoirs adjudicateurs et des procédures formalisées par les entités adjudicatrices, ainsi que celle des procédures de passation d'un marché public répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée ou d'un marché public relevant des articles 28 ou 29 du décret, peuvent donner lieu à un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence. En revanche, l'infructuosité d'une procédure de dialogue compétitif ou d'une procédure concurrentielle avec négociation ne permet pas de recourir à un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence.

Il n'est toutefois pas interdit à l'acheteur de se soumettre à des exigences plus contraignantes en termes de publicité. Ainsi, il peut choisir d'envoyer le dossier de consultation à plusieurs sociétés.

L'acheteur qui recourt, pour des besoins dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil des procédures formalisées, à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence en raison de l'infructuosité d'une procédure d'appel d'offres pour les pouvoirs adjudicateurs, d'une procédure formalisée pour les entités adjudicatrices, ou d'une procédure de passation d'un marché public relevant de l'article 28 du décret, doit communiquer un rapport à la Commission européenne, si celle-ci le demande. Dans ce rapport, l'acheteur devra démontrer que les conditions du recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables sont satisfaites.

1.1.2.1. Candidature irrecevable et offre inappropriée¹⁴

Une candidature est irrecevable au sens du IV de l'article 55 du décret lorsque le candidat se trouve dans un cas d'interdiction de soumissionner, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur ou ne peut pas produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur.

Une offre inappropriée au sens du I de l'article 59 du décret est une offre sans rapport avec le marché public parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre aux besoins et aux exigences de l'acheteur formulés dans les documents de la consultation.

Ex: Une offre a été jugée inappropriée, sous l'empire de l'ancien article 35-II 3° du code, car elle ne répondait pas aux spécifications techniques imposées par les documents de la consultation alors que le respect de telles spécifications techniques était indispensable à la réalisation du projet¹⁵.

Le recours à un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence est possible même en cas de dépôt d'une offre appropriée par un candidat, dès lors que sa candidature était irrecevable au sens du IV de l'article 55 du décret.

S'il apparaît que l'absence d'offres ou le dépôt d'offres inappropriées sont la conséquence d'une définition erronée du besoin, il ne sera pas possible de recourir à la négociation sans publicité ni concurrence. En effet, la modification du cahier des charges qui s'impose nécessitera de nouvelles mesures de publicité et de mise en concurrence. L'acheteur doit en effet avoir organisé la consultation initiale dans des conditions permettant d'en assurer la réussite.

¹⁴ Voir la fiche « Examen des offres » (à paraître).

¹⁵ CJUE, 4 juin 2009, *Commission contre République Hellénique*, aff. [C-250/07](#), points 42 à 44.

Ex: L'acheteur porte une responsabilité si aucun des candidats n'a été en mesure de comprendre ce qui était demandé dans les documents de la consultation. Il en va ainsi lorsque les conditions de la consultation pour l'acquisition d'ordinateurs de bureau aboutissent à des offres ne présentant que des ordinateurs portables ou si, pour l'acquisition d'avions de transport légers de petite capacité, les seules offres reçues ne concernent que des avions de transport de grande capacité.

1.1.2.2. La négociation ne doit pas modifier substantiellement les conditions initiales du marché.

Le recours à un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence est possible si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées¹⁶. Le dossier de consultation initial peut être adapté pour tenir compte des résultats de la première consultation ou être corrigé afin de prendre en compte les propositions faites par les candidats lors de la négociation¹⁷. Cependant, la négociation ne doit pas avoir pour effet d'altérer de manière substantielle l'objet ou les conditions initiales de réalisation du marché¹⁸, sauf à rendre la procédure irrégulière.

Ex: Les modifications affectant le fractionnement en tranches, les clauses de variation des prix, les délais d'exécution, les pénalités de retard, les garanties de bonne exécution ou l'introduction d'une variante non-autorisée peuvent être considérées comme substantielles.

1.1.3. Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique particulier pour des raisons artistiques (a), techniques (b) ou tenant à la protection de droits d'exclusivité (c) (article 30-I 3° du décret).

Un marché public peut être conclu selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons artistiques, techniques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité. Les raisons financières ou économiques ne permettent pas de recourir à cette procédure¹⁹.

A défaut de pouvoir justifier que les conditions pour avoir recours à cette procédure dérogatoire sont remplies, la procédure négociée est irrégulière²⁰. L'acheteur doit établir que deux conditions cumulatives²¹ sont remplies :

- La prestation ne peut être réalisée que par un seul opérateur : aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable ne doit exister et l'absence de concurrence ne doit pas résulter d'une réduction artificielle des caractéristiques du marché publics;
- La nécessité de recours à cet opérateur résulte soit de raisons artistiques, soit de raisons techniques, soit de raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité.

1.1.3.1. L'opérateur doit être le seul à pouvoir répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur.

L'acheteur doit démontrer que la société retenue est la seule à pouvoir répondre à ses besoins et qu'aucun autre procédé ne peut satisfaire ses besoins²². La définition du besoin par l'acheteur ne doit pas non plus avoir réduit la concurrence.

¹⁶ CAA Marseille, 24 février 2014, *Société Autocars Rignon*, n°11MA02562.

¹⁷ CE, 12 mars 1999, *Entreprise Porte*, n°171293.

¹⁸ CAA Douai, 28 janvier 2016, *Commune de Saint-Leu d'Esserent*, n°14DA00039.

¹⁹ CE, 27 septembre 1991, *Commune de Chartres de Bretagne*, n°81786 ; les investissements préalables ou le savoir-faire ne sont plus au nombre des raisons permettant un marché négocié (article 104 du code des marchés publics de 2001).

²⁰ CE, 2 novembre 1988, *Préfet Commissaire de la République des Hauts-de-Seine*, n°64954.

²¹ CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise*, n°368846.

²² CE, 11 octobre 1999, *M. Avrillier*, n°165510.

Il appartient à l'acheteur de déterminer que son besoin ne peut pas être satisfait par d'autres procédés. Il doit justifier de l'absence de solutions de remplacement ou rechange raisonnables telles que le recours à d'autres canaux de distribution, y compris en dehors de l'Etat membre de l'acheteur ou le fait d'envisager des travaux, fournitures ou services ayant une fonction comparable²³.

Dès la définition du besoin, l'acheteur doit, en principe, définir les prestations qui font l'objet du marché par des spécifications techniques²⁴. Ces spécifications, qui doivent être neutres²⁵, ne doivent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'accès à ce marché²⁶. En revanche, une spécification technique, même discriminante, peut être utilisée dès lors que l'acheteur établit qu'elle est justifiée par l'objet du marché²⁷. Pour cela, il doit vérifier de façon sérieuse si son besoin peut être couvert par d'autres solutions²⁸, c'est-à-dire si une technique ou des caractéristiques différentes permettraient de satisfaire son besoin²⁹.

Ex: L'acheteur peut justifier la référence à une marque dans un marché d'acquisition de matériels si, eu égard à l'objet du marché, un seul produit est susceptible de répondre au besoin³⁰ ou si des nécessités techniques justifient une telle référence, avec la mention « *ou équivalent* »³¹.

L'objet du marché peut justifier la mention d'une marque lorsqu'il porte sur la maintenance d'équipements de cette même marque au sein du parc de l'acheteur.

L'acheteur doit démontrer que l'opérateur retenu est le seul à pouvoir répondre à ses besoins.

Ex: La conclusion d'un marché public négocié sur le fondement de l'ancien article 35-II 8° du code des marchés publics n'a pas été considérée justifiée:

- dès lors que d'autres sociétés pouvaient réaliser les prestations commandées pour la gestion du stationnement sur la voie publique³² ;
- dès lors que la préservation de l'homogénéité des travaux dans un programme de réhabilitation ne permet pas d'établir que la société titulaire d'un premier marché de travaux est la seule à qui la commune pouvait demander la réalisation des travaux suivants³³ ;
- lorsque le pouvoir adjudicateur, bien que visant à assurer l'interopérabilité de la flotte pour réduire les coûts logistiques, opérationnels et de formation des pilotes, ne démontre pas que les hélicoptères d'une marque particulière, qu'il a déjà acquis dans le cadre d'un marché antérieur, seraient les seuls à posséder les spécificités requises, ni en quoi un changement de fournisseurs aurait été de nature à entraîner des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien disproportionnées³⁴.

En revanche, la conclusion d'un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence pour le traitement des déchets est justifiée :

- lorsque, bien que d'autres sociétés sont à même de collecter les déchets d'une communauté d'agglomération en vue de leur traitement sur le site, seule la société titulaire, propriétaire du centre et titulaire d'une autorisation d'exploitation de celui-ci, est en mesure d'assurer la prestation de traitement des déchets³⁵ ;
- lorsqu'une entreprise, qui a acquis les brevets de fabrication de dalles, est la seule à disposer de brevets lui permettant la réalisation de travaux de réparation provisoire de désordres et de consolidation portant sur ces dalles³⁶.

²³ Considérant 50 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics précitée.

²⁴ Articles 6 à 9 du décret.

²⁵ CJUE, 10 mai 2012, *Max Havellar*, aff. [C-368/10](#), point 62 notamment ; CJUE, 22 avril 2010, *Commission c. Espagne*, aff. [C-423/07](#), point 58 ; CJUE, 28 octobre 1999, *République d'Autriche*, aff. [C-328/96](#) ; CE, 11 septembre 2006, *Commune de Saran*, n°[257545](#).

²⁶ CJUE, 22 septembre 1988, *Commission et Royaume d'Espagne c. Irlande*, aff. [C-45/87](#) ; Cass. Crim, 30 juin 2004, n°[03-86287](#).

²⁷ CJUE 26 septembre 2000, *Commission c. France*, aff. [C-225/98](#) ; CE, 11 septembre 2006, *Commune de Saran* précitée.

²⁸ CJUE, 15 octobre 2009, *République fédérale d'Allemagne*, aff. [C-275/08](#).

²⁹ CJUE, 8 avril 2008, *Commission c. Italie*, aff. [C-337/05](#).

³⁰ CE, 12 mars 1999, *Entreprises Porte*, n°[171293](#).

³¹ CJUE, 24 janvier 1995, *Commission c. Pays-Bas*, aff. [C-359/93](#) ; TA Strasbourg, 24 juillet 2001, *Préfet Bas-Rhin contre Département du Bas-Rhin, Société SMAC ACIEROÏD*, n°010495 à 010504.

³² CE, 2 avril 1997, *Commune de Montgeron*, n°[124883](#).

³³ CE, 8 janvier 1992, *Préfet des Yvelines*, n°[85439](#).

³⁴ CJUE, 8 avril 2008, *Commission c. Italie*, aff. [C-337/05](#).

³⁵ CE, 19 septembre 2007, *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne Métropole*, n°[296192](#).

³⁶ CAA Douai, 31 octobre 2002, *SA Quille*, n°99DA01074.

La notion d' « opérateur économique déterminé » ne paraît pas compatible avec celle de groupement d'entreprises lorsque celui-ci ne dispose pas de la personnalité morale³⁷. Dans ces conditions, si seul un des membres du groupement détient un droit d'exclusivité sur une prestation, l'acheteur ne peut pas attribuer un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence à ce groupement.

1.1.3.2. Les raisons artistiques.

Si l'acheteur peut démontrer que la prestation ne peut être réalisée que par un seul opérateur, il doit établir que la nécessité de recours à cet opérateur résulte de raisons artistiques tenant à la création ou à l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique. En matière d'œuvre d'art, l'identité de l'artiste détermine en soi le caractère unique et la valeur de l'œuvre d'art³⁸.

Lorsqu'un acheteur souhaite faire réaliser une œuvre artistique, le marché public ainsi conclu doit être précédé d'une publicité et d'une mise en concurrence, sauf à justifier que l'attributaire du marché est le seul à même de réaliser la prestation souhaitée.

Il appartient à l'acheteur de justifier que le choix d'un prestataire relève de « *raisons artistiques particulières* »³⁹ et que les prestations artistiques n'auraient pu être exécutées par d'autres opérateurs avec des compétences et des moyens techniques ou artistiques équivalents pour des résultats comparables⁴⁰.

Ex: Le recours à la procédure négociée de l'ancien article 35-II 8° du code des marchés publics n'a pas été considéré justifié :

- lorsque l'acheteur confie à des associations l'organisation et la direction artistique d'un festival départemental sans établir en quoi ces prestations n'auraient pas pu être exécutées par d'autres organismes⁴¹ ;
- lorsque l'acheteur ne peut justifier des raisons artistiques particulières qui auraient justifié que la commande d'une sculpture monumentale devant être implantée sur le domaine public soit confiée exclusivement à un artiste⁴² ;
- lorsque l'acheteur ne peut pas établir que, même si la fontaine commandée, du fait de son caractère original, exigeait de la part des constructeurs des compétences particulières et un talent artistique, le tailleur de pierre choisi était le seul à pouvoir réaliser cette sculpture⁴³.

1.1.3.3. Les raisons techniques.

L'acheteur doit rigoureusement justifier l'existence de raisons techniques rendant la mise en concurrence impossible.

Ex: La quasi-impossibilité technique, pour un autre opérateur économique, de réaliser les prestations requises, ou la nécessité de recourir à un savoir-faire, des outils ou des moyens spécifiques dont ne dispose qu'un seul opérateur économique constituent des raisons techniques invocables⁴⁴.

Le recours à un marché négocié de fourniture de compteurs d'eau individuels, conclu avec l'entreprise qui a initialement installé les réseaux et les compteurs, est justifié par des raisons techniques liées au maintien de l'homogénéité du réseau⁴⁵.

³⁷ Article 45 du décret.

³⁸ Considérant 50 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics précitée.

³⁹ CAA Marseille, 30 septembre 2013, *Commune du Barcarès*, n°[11MA00299](#).

⁴⁰ TA Melun, 1^{er} décembre 2006, *Préfet de Seine et Marne c/ Dpt de Seine et Marne*, n°065188.

⁴¹ TA Melun, 1^{er} décembre 2006 précité.

⁴² CAA Marseille, 30 septembre 2013, précité.

⁴³ CE, 8 décembre 1995, *Préfet du département de la Haute Corse*, n°[168253](#).

⁴⁴ Considérant 50 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics précitée.

⁴⁵ CE, 21 mai 1986, *Société Schlumberger et Syndicat intercommunal mixte pour l'eau et l'assainissement du département de la Vienne c. COREP de la Vienne*, n°[56848](#).

L'article 30-I 3° b) donne un exemple de raisons techniques invocables. Ainsi, tel est le cas lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire.

Ex: Un pouvoir adjudicateur qui souhaite faire réaliser une crèche au rez-de-chaussée d'un immeuble construit en vente en l'état futur d'achèvement pour les besoins d'autres personnes est obligé de faire réaliser les travaux par le même constructeur.

L'acheteur doit démontrer que les éléments techniques inhérents à l'objet du marché impliquent des difficultés d'exécution réelles et qu'ils sont d'un degré de spécificité technique tel que seul un prestataire déterminé est en mesure d'assurer la prestation. Le recours à une procédure sans publicité ni mise en concurrence n'est pas justifié lorsque la prestation est d'une nature courante, sans aucune difficulté technique particulière.

Ex: Le recours à une telle procédure n'est pas justifié lorsque l'acheteur n'apporte pas la preuve que le choix d'un traitement thermique des déchets ou la proximité du lieu d'élimination des déchets constituent des raisons techniques justifiant que le marché ne soit attribué qu'à un prestataire déterminé, notamment car il ne démontre pas le danger pour l'environnement ou la santé publique d'un transport des déchets sur une plus grande distance⁴⁶.

1.1.3.4. Les raisons tenant aux droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle.

L'acheteur doit justifier que ses besoins ne peuvent être satisfaits que par la prestation protégée par un droit d'exclusivité, à l'exclusion de tout autre procédé⁴⁷, et qu'un seul opérateur économique est en mesure de fournir cette prestation⁴⁸. Cette circonstance rend en effet toute mise en concurrence impossible.

Le recours à la négociation sans publicité ni mise en concurrence préalables n'est justifié qu'en cas d'exclusivité objective. L'exclusivité ne doit pas avoir été créée par l'acheteur lui-même en vue de la passation du marché⁴⁹.

Ex: Le recours à la procédure dérogatoire du marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables est justifié lorsque le prestataire ayant conçu un logiciel est le seul à disposer du droit d'exclusivité pour la maintenance et l'exploitation de ce logiciel⁵⁰.

En revanche, dans le cadre de la réhabilitation d'un bâtiment existant réalisé par un cabinet d'architecte, l'acheteur peut avoir recours à un autre architecte, sans préjudice du droit moral du cabinet, qui ne détient pas de droit d'exclusivité pour des travaux de modification de l'ouvrage⁵¹.

Il appartient à l'acheteur d'obtenir, préalablement à la mise en œuvre de la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables, la preuve de l'exclusivité dont se prévaut une société et de s'assurer de l'absence de toute concurrence.

Ex: L'acheteur doit vérifier que la société est bien la seule à disposer d'un droit d'exclusivité sur des prestations de maintenance, notamment au regard des clauses relatives à la propriété intellectuelle du marché d'acquisition de l'outil informatique.

⁴⁶ CJUE, 10 avril 2003, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. [C-20/01](#), points 64 et 65.

⁴⁷ CE, 29 novembre 1996, *Département des Alpes de Haute-Provence*, n° [102165](#).

⁴⁸ CE, 10 octobre 1979, *Préfet de la Loire*, n° [01652](#).

⁴⁹ Considérant 50 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics précitée.

⁵⁰ CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise*, n° [368846](#).

⁵¹ CE, 13 juillet 2007, *Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence*, n° [296096](#).

1.1.4. Lorsque le marché public de fournitures a pour objet des livraisons complémentaires exécutées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes (article 30-I 4° a) du décret).

Pour les marchés publics de fournitures, l'acheteur peut faire exécuter par le fournisseur initial des livraisons complémentaires destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, s'il démontre que le changement de fournisseur l'obligerait à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées.

Lorsqu'un tel marché public est passé par un pouvoir adjudicateur, sa durée ne peut dépasser, sauf cas dûment justifié, trois ans, périodes de reconduction comprises. Cette durée est calculée à compter de la notification du marché ayant pour objet les livraisons complémentaires.

La possibilité de conclure ultérieurement un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence sur le fondement de l'article 30-I 4° du décret ne doit pas être utilisée par les acheteurs pour éviter d'appliquer une procédure formalisée au stade de la passation du marché initial. La sous-estimation volontaire de son besoin par l'acheteur qui aurait ensuite recours à un tel marché public négocié constituerait un détournement de procédure.

S'il existe des raisons économiques ou techniques telles que l'interchangeabilité ou l'interopérabilité avec les fournitures achetées dans le cadre du marché initial et si le changement de cocontractant présente un inconvénient majeur ou entraîne une augmentation substantielle des coûts pour le pouvoir adjudicateur, ce dernier peut modifier son marché public en cours d'exécution. Le 2 de l'article 139 du décret prévoit en effet cette possibilité pour les fournitures supplémentaires ne figurant pas dans le marché initial et devenues nécessaires, à la condition que l'augmentation du montant du marché ne soit pas supérieure à 50% du montant initial. Au-delà de ce seuil, l'acheteur doit conclure un marché public qu'il peut alors passer selon la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables, si les conditions posées à l'article 30-I 4° a) du décret sont satisfaites.

Le marché public ayant pour objet des livraisons complémentaires peut être conclu avant ou après la fin du marché initial. Il n'est pas nécessaire que le marché initial soit totalement exécuté pour qu'un marché complémentaire puisse être passé.

1.1.5. Lorsque le marché public de fournitures a pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées en bourse (article 30-I 4° b) du décret).

Un marché public ou un accord-cadre peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il a pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées directement en bourse.

Il peut s'agir, notamment, de l'achat de fournitures achetées directement sur une bourse de matières premières, notamment les plateformes d'échange de produits de base telles que les bourses de produits agricoles, de matières premières et de produits énergétiques, où la structure d'échange multilatérale réglementée et contrôlée garantit naturellement les prix du marché⁵².

1.1.6. Lorsque des marchés publics de fournitures ou de services sont passés dans des conditions particulièrement avantageuses auprès de certains opérateurs (article 30-I 5° du décret).

L'acheteur peut avoir recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque le marché public de fournitures ou de services est passé dans des conditions particulièrement avantageuses soit auprès d'un opérateur économique en cessation définitive d'activité soit, sous réserve du 3° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précitée, auprès d'un opérateur économique soumis à l'une des procédures prévues par le livre VI du code de commerce, à l'exception de celles mentionnées au titre I, ou une procédure de même nature prévue par une législation d'un autre Etat.

L'achat de fournitures et de services, certes à des conditions avantageuses, doit cependant répondre à un réel besoin de l'acheteur.

⁵² Considérant 50 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics précitée.

L'expression « *procédure de même nature* » renvoie à des procédures similaires à celles existant en droit français, et non pas à toute procédure aboutissant à des ventes à des conditions particulièrement avantageuses, à l'instar des ventes au déballage, des soldes ou des ventes en magasins d'usines⁵³ ou des ventes effectuées par le service des domaines de l'Etat.

Trois conditions cumulatives doivent être remplies :

- le marché ne peut avoir que pour objet l'achat de fournitures et de services ;
- cet achat doit être fait à des conditions particulièrement avantageuses, c'est-à-dire à des conditions financières très favorables pour le pouvoir adjudicateur, par rapport aux conditions normales du marché ;
- l'achat doit être réalisé auprès d'un fournisseur ou d'un prestataire de services en cessation définitive d'activité ou auprès d'un opérateur économique soumis à l'une des procédures prévues par le livre VI du code de commerce, à l'exception de celles mentionnées au titre I, ou d'une procédure équivalente.

Ex: L'acheteur peut acquérir un équipement dans le cadre d'une vente aux enchères faisant suite à la liquidation judiciaire du fournisseur.

Dans le cas où le marché public est conclu avec un opérateur économique soumis à l'une des procédures prévues par le livre VI du code de commerce, à l'exception de celles mentionnées au titre I, ou une procédure de même nature prévue par une législation d'un autre Etat, l'acheteur doit s'assurer que l'opérateur ne se trouve pas dans l'un des cas d'interdiction de soumissionner prévu à l'article 3° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précitée. Cela signifie qu'un acheteur ne peut pas acheter, même à des conditions avantageuses, directement auprès d'un opérateur soumis à une procédure de liquidation judiciaire, à une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer ou à une procédure de redressement judiciaire sans justifier avoir été habilité à poursuivre son activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché public.

L'acheteur peut donc conclure un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence sur le fondement de l'article 30-I 7° du décret auprès d'un opérateur qui fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou d'une procédure de redressement à condition d'avoir été habilité à poursuivre son activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché. Au titre de la procédure de liquidation judiciaire, les actifs de l'opérateur peuvent être vendus par le liquidateur ou le juge-commissaire⁵⁴. L'acheteur peut donc également procéder à l'achat de fournitures aux conditions avantageuses auprès de ces derniers.

1.1.7. Lorsqu'un marché public de services est attribué au lauréat ou à l'un des lauréats d'un concours (article 30-I 6° du décret).

Un marché public de services peut être négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il est attribué à un ou plusieurs lauréats d'un concours.

Conformément à l'article 8 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, le concours est un mode de sélection par lequel l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, 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 du traitement de données.

Le concours restreint est la procédure utilisée obligatoirement par l'Etat, ses établissements publics à caractère autre qu'industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics pour les marchés de maîtrise d'œuvre dont le montant est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée⁵⁵, sous réserve des cas mentionnés à l'article 90-II du décret permettant de retenir une autre procédure.

Lorsque l'acheteur entend attribuer un marché public de services au lauréat ou à l'un des lauréats du concours en application de l'article 30-I 6° du décret, il doit alors l'indiquer dans l'avis de concours⁵⁶.

Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à participer aux négociations. Ces négociations peuvent porter, notamment, sur le projet, les moyens pour le réaliser ou les clauses du marché.

⁵³ Articles [L.310-2](#) et suivants du code de commerce.

⁵⁴ Articles [L.642-18 à L.642-20-1](#) du code de commerce.

⁵⁵ Article 90-II 1° du décret.

⁵⁶ Article 88-I du décret.

1.1.8. Lorsque les marchés publics de travaux ou de services ont pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché public précédent passé après mise en concurrence (article 30-I 7° du décret).

L'acheteur peut avoir recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'il conclut un marché public de travaux ou de services ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché public précédent passé après mise en concurrence. Cette possibilité n'est pas offerte pour les marchés publics de fournitures.

Les prestations similaires doivent être entendues comme réalisables à l'identique, en application des seules spécifications techniques du marché initial. Il s'agit de nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires à ceux qui ont été confiés au titulaire du marché initial, à condition que ces nouveaux travaux ou services soient conformes au projet de base ayant fait l'objet du marché initial. Le marché de prestations similaires ne peut pas se rapporter à une opération de travaux différente de celle prévue par le marché initial.

Si les modifications apportées au cahier des charges sont substantielles et entraînent une modification des conditions initiales de mise en concurrence, la réalisation des prestations devrait alors être confiée à un prestataire à l'issue d'une mise en concurrence.

Le marché public initial doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé y compris celui des nouveaux travaux ou services. Le montant du marché négocié peut être différent de celui du marché initial, dès lors que le choix de ces éléments intervient lors de la préparation de la consultation initiale.

L'avis de publicité ou les autres documents de la consultation doit porter une telle mention. Si les formulaires européens sont obligatoires, la rubrique relative aux options de l'avis de publicité doit alors être remplie⁵⁷.

Pour apprécier le seuil de publicité et de procédure de passation du marché initial, l'acheteur doit considérer le montant total envisagé, incluant ainsi les prestations de services ou les travaux qu'il envisage de confier au même prestataire. Pour une meilleure information des candidats potentiels, l'avis de marché peut décomposer le montant global des prestations en indiquant la part relative au marché initial et celle relative au marché similaire. La mention d'une telle information est toutefois facultative, et son absence ne rend pas irrégulière le recours à la procédure décrite à l'article 30-I 7° du décret.

L'acheteur doit s'assurer au moment de la passation du marché initial que le titulaire a les capacités suffisantes pour effectuer les prestations du marché similaire⁵⁸. Il peut passer un marché public négocié de prestations similaires si toutes les conditions mentionnées ci-dessus sont respectées, alors même que le marché initial est toujours en cours d'exécution.

Lorsqu'un tel marché public est passé par un pouvoir adjudicateur, la durée pendant laquelle les nouveaux marchés publics peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché public initial, et non pas de l'achèvement des prestations du marché initial⁵⁹.

1.1.9. Lorsque le marché public répondant à un besoin d'une valeur estimée inférieure à 25 000 euros HT (article 30-I 8° du décret).

Les marchés publics dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros HT peuvent être conclus selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables. L'acheteur ne se voit donc pas imposer un formalisme, parfois coûteux en temps et en moyens, pour les marchés de très faible montant et faible enjeu.

Il est toutefois soumis à l'obligation, de bon sens, de veiller à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin⁶⁰.

⁵⁷ Voir la fiche technique « Comment utiliser les formulaires européens ? » (à paraître).

⁵⁸ Réponse ministérielle n°48786, JOAN du 19 août 2014, p.7021.

⁵⁹ CJUE, 14 septembre 2004, *Commission c. République italienne* précitée, point 34.

⁶⁰ Voir la fiche technique « Quelles mesures de publicité et de mise en concurrence pour les achats d'un montant inférieur à 25.000 euros HT ? » (non actualisée).

- 1.1.10. Lorsque le marché public de fournitures de livres non scolaires est passé par un pouvoir adjudicateur mentionné aux 1° et 2 de l'article 3 de la loi du 10 août 1981 relative au prix du livre et répond à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 90 000 euros HT (article 30-I 9° du décret).

L'Etat, les collectivités territoriales, les établissements d'enseignement, de formation professionnelle ou de recherche, les syndicats représentatifs, les comités d'entreprise ou les gestionnaires de bibliothèques accueillant du public⁶¹ peuvent bénéficier d'un prix effectif de vente des livres pouvant être compris entre 91% et 100% du prix de vente au public.

Lorsqu'un marché de fournitures de livres non scolaires est passé par l'une des personnes mentionnées ci-dessus ayant la qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice au sens des articles 10 et 11 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, il peut être conclu à l'issue d'une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence si la valeur estimée du besoin est inférieure à 90 000 euros HT.

L'acheteur est toutefois soumis à l'obligation, de bon sens, de veiller à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin. Il doit également tenir compte de l'impératif de maintien sur le territoire d'un réseau dense de détaillants qui garantit la diversité de la création éditoriale et l'accès du plus grand nombre à cette création.

- 1.1.11. Lorsque le marché public répond à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils européens et lorsque la mise en concurrence est impossible ou manifestement inutile en raison notamment de l'objet du marché public ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré (article 30-I 10° du décret).

Lorsqu'un acheteur souhaite conclure un marché public qui répond à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils européens et lorsqu'il justifie que la mise en concurrence est impossible ou manifestement inutile, il peut avoir recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence.

Le recours à cette exception doit être justifié au regard des circonstances de chaque espèce. Peuvent ainsi être invoqués la singularité ou le caractère unique des prestations faisant l'objet du marché que seul un prestataire est en mesure de réaliser⁶² ou la circonstance que le faible degré de concurrence dans un secteur économique considéré rend inutile l'organisation d'une concurrence entre les rares fournisseurs concernés⁶³.

Ex: Le Conseil d'Etat a illustré la notion d'absence de mise en concurrence et de publicité lorsque « ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles en raison de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré », sur le fondement de l'ancien article 28-II du code des marchés publics. Si l'acquisition de places par le conseil général du Rhône pour assister à des matchs de l'Olympique Lyonnais constitue un marché public, ces prestations ont un caractère unique et, en conséquence, une mise en concurrence pour l'achat spécifique de ces billets, dont seul le club de football est le distributeur, s'avère impossible⁶⁴.

1.2. Les marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence pouvant être passés par les seuls pouvoirs adjudicateurs (article 30-II du décret).

Les marchés publics de fournitures concernant des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'essai et d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou de récupération des coûts de recherche et de développement, peuvent être conclus selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables. Cette possibilité n'est pas offerte pour les marchés de services ou de travaux.

⁶¹ Personnes mentionnées aux 1° et 2° de l'article 3 de la loi 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre

⁶² CE, 28 janvier 2013, *Département du Rhône*, n°[356670](#).

⁶³ Réponse ministérielle du 15 octobre 2013, JOAN, QE n°[32663](#), p. 10816.

⁶⁴ CE, 28 janvier 2013 précité.

La dérogation ne s'applique pas aux marchés publics qui prévoient la production de fournitures en quantité visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement et concerne uniquement les marchés publics de fournitures qui ne peuvent être utilisées en l'état. Cela signifie que les prestations demandées doivent être soit du matériel expérimental, soit du matériel devant être adapté en fonction des besoins des utilisateurs.

La formulation « *sans objectif de rentabilité ou de récupération de coûts de recherche et développement* » signifie que ces marchés ne doivent pas avoir de finalité commerciale immédiate. Il s'agit donc du cas particulier de prestations ne relevant pas des gammes commerciales courantes.

Ex: Un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables ne peut pas être conclu pour la mise au point d'un prototype préjudant à la commercialisation ou pour l'achat de biens d'équipement destinés à des laboratoires de recherche ou d'expérimentation, même si ces biens sont achetés pour l'exécution de la recherche.

Un contrat d'acquisition d'un matériel informatique et non informatique bien défini, décrit de manière très détaillée par le pouvoir adjudicateur, déjà présent sur le marché et qu'un fournisseur moyen du secteur aurait été en mesure de réaliser, n'est pas un contrat destiné à la fourniture de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement⁶⁵.

1.3. Les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence pouvant être passés par les seules entités adjudicatrices.

1.3.1. Lorsque le marché public est conclu à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement (article 30-III 1° du décret).

Des marchés négociés peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence par les entités adjudicatrices à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement. Cette hypothèse s'étend aux marchés de travaux, de services et de fournitures.

Les prestations demandées doivent concerner soit du matériel expérimental, soit du matériel devant être adapté en fonction des besoins des utilisateurs. Les marchés ne doivent pas avoir de finalité commerciale immédiate.

La passation d'un tel marché public ne doit pas porter préjudice à la mise en concurrence des marchés publics ultérieurs qui poursuivent ces mêmes objectifs. Cela signifie que le marché public conclu sur le fondement de l'article 30-III 1° du décret ne doit pas avoir pour conséquence automatique l'attribution au même titulaire d'un marché ultérieur de recherche et de développement conclu avec un objectif de rentabilité.

1.3.2. Lorsque le marché public a pour objet l'achat de fournitures qu'il est possible d'acquérir en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui se présente dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché (article 30-III 2° du décret).

L'entité adjudicatrice peut avoir recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque le marché public de fournitures est passé dans des conditions particulièrement avantageuses dès lors que le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché. Cette occasion ne se présente que dans une période de temps très courte et nécessite que l'entité adjudicatrice puisse faire preuve de réactivité.

Les conditions posées par l'article 30-I 5° du décret ne sont pas reprises, offrant ainsi une plus grande souplesse aux entités adjudicatrices pour réaliser des achats d'opportunité.

⁶⁵ Tribunal de l'Union européenne, 15 janvier 2013, *Commission c. Royaume d'Espagne*, Aff. [T-54/11](#), points 41 à 45.

2. Les spécificités de la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence

Les marchés publics qui satisfont aux conditions posées par l'article 30 du décret ne sont pas conclus selon une procédure formalisée. Ils ne sont toutefois pas exclus du champ d'application de l'ordonnance et du décret et doivent respecter les grands principes de la commande publique et certaines règles qui lui sont propres.

Les grands principes de la commande publique définis à l'article 1^{er} de l'ordonnance du 23 juillet 2015 doivent être respectés pendant toute la durée de la procédure. Ainsi, si les marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence sont, le plus souvent, conclus avec le seul opérateur appelé à négocier avec l'acheteur, une négociation peut être menée avec plusieurs opérateurs dans le cadre de la procédure d'attribution du marché à plusieurs lauréats de concours. Dans cette hypothèse, le pouvoir adjudicateur doit veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée par la participation d'un opérateur économique disposant d'informations susceptibles de l'avantager.

La négociation implique nécessairement l'engagement de discussions entre l'acheteur et les candidats, dans le but d'obtenir de meilleures conditions de passation du marché⁶⁶.

Le pouvoir adjudicateur et l'opérateur économique peuvent négocier sur :

- le prix ou ses éléments : peuvent, par exemple, être négociés le coût d'acquisition, le coût de stockage ou de transformation, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, de l'assurance, du transport, etc. ;
- la quantité : peuvent être négociées la quantité nécessaire, la fréquence des commandes, la structure des remises accordées, etc. ;
- la qualité : peuvent être négociés la qualité, suffisante ou, au contraire, surestimée au regard des besoins, son incidence sur le prix, si le niveau de qualité demandé est modifié à la hausse ou à la baisse ;
- le délai : peuvent être négociés l'incidence sur le prix des exigences en terme de délai, la part du transport et des formalités diverses, etc. ;
- les garanties de bonne exécution du marché (pénalités, résiliation...).

A l'issue de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs doivent établir un rapport de présentation conformément à l'article 105 du décret. Ce rapport comprend notamment les motifs de la passation du marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables. Dans la mesure où l'avis d'attribution, si un tel avis a été publié, contient les informations exigées, le pouvoir adjudicateur peut renvoyer, dans le rapport de présentation, à cet avis.

Les motifs de la passation du marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables font partie des informations que les entités adjudicatrices doivent conserver conformément à l'article 106 du décret. Dans la mesure où l'avis d'attribution contient les informations demandées à cet article, l'entité adjudicatrice peut s'y référer. Ces informations, documents ou leurs principaux éléments sont communiqués à la Commission européenne à sa demande et, le cas échéant, aux autorités chargées du contrôle des marchés publics en même temps que les documents contractuels.

⁶⁶ CAA Marseille, 27 juin 2002, *Syndicat d'agglomération nouvelle du Nord-Ouest de l'Etang de Berre, Préfet des Bouches-du-Rhône*, n°00MA001402.