

Remise d'échantillons par les candidats à un marché public

I. Cas général des remises d'échantillons.

I.1. La remise d'échantillons au stade de la candidature.

Au stade de la candidature, l'acheteur public peut demander la remise d'échantillons pour évaluer la capacité technique des entreprises. Cette demande doit être justifiée par l'objet du marché et est limitée aux seules fournitures¹.

L'article 1^{er} de l'arrêté d'application de l'article 45 du code des marchés publics² mentionne les « *échantillons, descriptions et/ou photographies des fournitures* » parmi les documents pouvant être demandés aux opérateurs économiques à l'appui de leurs candidatures, dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation des capacités des candidats.

I.2. La remise d'échantillons au stade de l'offre.

L'article 49 du code des marchés publics dispose que « *Quel que soit le montant du marché, le pouvoir adjudicateur peut exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes concernant l'objet du marché (...)* ».

Compte tenu des spécificités de certaines consultations et afin de permettre à l'acheteur public de juger la valeur technique des offres remises, l'article 49 autorise le pouvoir adjudicateur à exiger des candidats la production d'échantillons, de maquettes ou de prototypes à l'appui de leurs offres.

Cette demande ne doit en aucun cas constituer un début d'exécution des prestations du marché³. Comme au stade des candidatures, la demande de remise d'échantillons doit être justifiée par l'objet du marché.

I.3. Les modalités de remise et d'examen des échantillons.

Qu'elle soit formulée au stade de la candidature ou de l'offre, la demande de remise d'échantillons doit être indiquée dans l'avis de publicité. Les modalités de remise de ces prestations, ainsi que les conditions de leur restitution ou de leur garde, sont précisées dans le règlement de la consultation.

Les échantillons que doivent envoyer les candidats sont des éléments intrinsèques de l'offre. Par conséquent, la date limite de remise des offres fixée dans l'avis de publicité s'applique également à la remise des échantillons.

1. Cf. article 48, 2, j de la directive 2004/18/CE : « *en ce qui concerne les produits à fournir : i) des échantillons, descriptions et/ou photographies dont l'authenticité doit pouvoir être certifiée à la demande du pouvoir adjudicateur* » ; repris à l'identique dans l'annexe XII, partie II, k) i) de la directive 2014/24/UE.

2. Article 1^{er} de l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs.

3. CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF/BTP*, n° 297711.

La demande d'échantillons formulée par l'acheteur public n'empêche en aucun cas la réponse à la consultation par voie dématérialisée. Si, conformément à l'article 56 du CMP, la candidature et l'offre doivent en principe faire l'objet d'un mode de transmission identique, dans le cas où l'acheteur exige la remise d'échantillons matériels, l'acheteur public doit accepter une transmission de ces échantillons par une autre voie.

L'acheteur public doit également veiller à informer les candidats dès l'avis de publicité s'il entend utiliser l'évaluation des échantillons comme un sous-critère de l'appréciation de la valeur technique des offres (révélant un critère distinct de celui de la valeur technique), et non comme une simple méthode de notation des offres⁴.

I.4. L'obligation de versement d'une prime en cas d'investissement significatif.

Lorsque les demandes d'échantillons, de maquettes ou de prototypes nécessitent un investissement significatif des candidats, elles doivent donner lieu au versement d'une prime⁵.

A contrario, l'acheteur peut demander, dans le cadre d'un marché portant sur des prestations juridiques, sur le fondement de l'article 49, que l'offre soit accompagnée, sans contrepartie financière, d'un avis juridique en rapport avec l'objet et l'importance du marché lorsque cette prestation ne représente pas un investissement significatif⁶.

L'investissement peut être considéré comme significatif lorsque les charges provoquées par la présentation d'échantillons, de maquettes ou de prototypes sont sensiblement plus élevées que celles généralement supportées par les candidats aux marchés publics pour lesquels aucune précision du contenu de l'offre n'est demandée et que cette différence, si elle n'était compensée par le versement d'une prime, aurait pour effet de dissuader les candidats potentiels de participer à la consultation. Il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer le niveau de la prime, en fonction du montant du marché et de l'investissement supporté par les candidats dans l'élaboration de leur offre afin d'assurer une juste compensation financière du coût des échantillons fournis.⁷

Le montant de la prime n'a pas à équivaloir, à l'euro près, le coût exposé par le candidat mais représente une atténuation du risque financier qu'il a pris. Elle est versée après remise et analyse des offres selon des modalités précisées par les documents de la consultation.

Le pouvoir adjudicateur doit évaluer un niveau de prime suffisant qui permette de garantir le respect des principes de la commande publique, et notamment ceux de la libre concurrence et de l'égalité de traitement des candidats. Seule une rémunération sérieuse des partenaires économiques garantit une véritable mise en concurrence.⁸

L'absence de versement de primes pourrait avoir pour effet de restreindre l'accès aux marchés aux seuls candidats capables de supporter financièrement leur élaboration sans contrepartie. La prime permet à des petites structures d'accéder à la commande publique par la réduction des charges nécessaires à la réalisation d'une esquisse ou d'un projet. Elle est un des éléments garantissant l'efficacité de la commande publique par la préservation d'un marché concurrentiel.

4. CE, 23 mai 2011, *Commune d'Ajaccio*, n° 339406.

5. Cf. art 49 du CMP « *Lorsque ces demandes impliquent un investissement significatif pour les candidats, elles donnent lieu au versement d'une prime* ».

6. CAA Versailles, 2 févr. 2012, *Cabinet Bruno Kern Avocats SELAS*, n° 09VE01405.

7. Réponse ministérielle n° 85717 du 12 octobre 2010, JOAN p. 11184.

8. Réponse ministérielle n° 102865 du 3 octobre 2006, JOAN p. 10351 ; Réponse ministérielle n° 30427 du 10 septembre 2013, JOAN p. 9469.

Ce dispositif d'indemnisation des candidats non retenus est également ouvert aux artistes présélectionnés dans le cadre d'une procédure engagée pour une commande de réalisations artistiques⁹.

2. Cas particulier des maquettes remises lors des concours de maîtrise d'œuvre

Dans le cadre de la procédure de concours, le jury se prononce sur les orientations dans la conception de l'ouvrage proposées par les équipes candidates, au vu des objectifs et contraintes du programme défini par le maître d'ouvrage. Après avis du jury, le pouvoir adjudicateur choisit « *un plan ou un projet [...] avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours un marché* » (article 38 du CMP).

L'acheteur public doit donc choisir parmi plusieurs réponses au programme qu'il a défini, celle qui correspond le mieux à ses attentes. Pour ce faire, il doit préciser dans les documents de la consultation le niveau de prestations demandées et peut exiger des candidats la remise d'une maquette.

La maquette matérialisant le projet du candidat apparaît, souvent, nécessaire à une bonne compréhension par les membres du jury des orientations proposées par l'équipe de maîtrise d'œuvre. En effet, seul un tiers des membres du jury a la même qualification professionnelle (ou une qualification équivalente) que celle des candidats au concours, comme l'exige le code des marchés publics (article 24). La production d'une maquette à l'appui de plans peut donc permettre de visualiser le futur ouvrage, de se rendre compte de son impact architectural et environnemental et permettre, ainsi, une meilleure analyse et un jugement plus pertinent des projets par le jury.

L'acheteur doit cependant veiller à ce que le niveau de précision demandé aux candidats, dans la présentation de leur projet, soit justifié par la nature de l'opération en cause et, principalement, par son degré de complexité. Ces demandes doivent être strictement nécessaires au choix par la personne publique du projet répondant à ses besoins. L'acheteur public ne peut jamais exiger des candidats la production d'une maquette précise, détaillée et correspondant à un projet élaboré et fini.

La remise d'une maquette dans le cadre d'un concours de maîtrise d'œuvre s'analyse nécessairement comme un investissement significatif, au sens de l'article 49. Elle doit donc donner lieu au versement d'une prime aux candidats qui ont remis des prestations conformes au règlement du concours.

Le montant de cette prime devra être réaliste et correspondre à l'investissement fourni par les candidats compte tenu du degré de précision demandé dans la remise de leurs prestations et de la complexité de l'opération. L'article 74-III du code des marchés publics impose aux maîtres d'ouvrage d'indemniser chaque équipe de maître d'œuvre, à hauteur de 80% minimum du prix estimé des études fournies. Cette juste rémunération est également garante d'une véritable et efficace mise en concurrence des opérateurs économiques.

9. Réponse ministérielle n° 123634 du 3 avril 2012, JOAN p. 2725.